

Das Gesetz ordnet den Fortbestand der Arbeitnehmervertretungen **ohne zeitliche Begrenzung** an²⁷ und unterscheidet sich hierdurch deutlich von dem zeitlich befristeten Übergangsmandat (§ 21a BetrVG) bzw. dem funktional beschränkten Restmandat (§ 21b BetrVG)²⁸ des Betriebsrates. Am ehesten ist die Rechtsfolge in § 47 Abs. 2 SEBG mit § 1 Mitbest-Beibehaltungsgesetz vergleichbar, da dieses ebenfalls von einer zeitlichen Begrenzung absieht²⁹. Das Gesetz beschränkt den Fortbestand auf „Arbeitnehmervertretungen“. Zu ihnen zählten unstreitig der Gesamt- sowie der Konzernbetriebsrat³⁰; nicht zu den Arbeitnehmervertretungen gehört indes der Wirtschaftsausschuss³¹. Wegen der Maßgeblichkeit der Legaldefinition in § 2 Abs. 6 SEBG für den Begriff „Arbeitnehmervertretung“ ordnet § 47 Abs. 2 SEBG den Fortbestand nicht für die Sprecherausschussverfassung an (s. insoweit auch § 2 SEBG Rz. 26).

§ 48 SEBG

Sonderregelung aus Anlass der COVID-19-Pandemie

Bis zum Ablauf des 7. April 2023 können im Rahmen der Unterrichtung und Anhörung die Teilnahme an Sitzungen eines SE-Betriebsrats oder einer Arbeitnehmervertretung nach § 21 Absatz 2 sowie die Beschlussfassung auch mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Eine Aufzeichnung ist unzulässig.

Literatur: S. Vor § 1 SEBG.

Die Vorschrift wurde durch Art. 8 Nr. 2 des Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie vom 10.12.2021¹ in das Gesetz eingefügt und entspricht den ebenfalls durch das vorgenannte Gesetz geschaffenen § 50 SCEBG sowie § 41b EBRG. Eine vergleichbare Sonderregelung schuf zuvor Art. 11 Nr. 2 des Gesetzes zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung vom 20.5.2020², der in § 48 SEBG – in Übereinstimmung mit dem gleichfalls neu geschaffenen § 50 SCEBG – eine Teilnahme an Sitzungen des SE-Betriebsrats oder einer Arbeitnehmervertretung nach § 21 Abs. 2 SEBG mittels Video- und Telefonkonferenz ermöglichte. Die ursprünglich für den 1.1.2021 festgelegte Aufhebung dieser Bestimmung³ wurde durch Art. 4 des Beschäftigungssicherungsgesetzes vom 3.12.2020⁴ auf den 1.7.2021 verschoben, so dass § 48 SEBG mit diesem Tag zunächst ersatzlos aufgehoben war.

Wie § 50 SCEBG war die Anwendung von § 48 SEBG zunächst befristet auf den Ablauf des 19.3.2022. Eine nach § 48 Abs. 2 SEBG a.F. mögliche Verlängerung um maximal drei Monate durch Beschluss des Deutschen Bundestags unterblieb, so dass die Sonderregelung zunächst zu dem vorgenannten Termin endete, ohne jedoch formell außer Kraft zu treten. Wegen der

27 Ebenso *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, § 47 SEBG Rz. 8.

28 Für diese Parallele aber *Heinze*, ZGR 2002, 66, 88.

29 S. *Oetker* in Großkomm. AktG, 5. Aufl., MitbestR Rz. 115.

30 *Habersack* in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 47 SEBG Rz. 6; *Sagan* in NK-Gesamtes Arbeitsrecht, § 47 SEBG Rz. 5.

31 *Sagan* in NK-Gesamtes Arbeitsrecht, § 47 SEBG Rz. 5; a.A. *Habersack* in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 47 SEBG Rz. 6.

1 BGBl. I 2021, 5162.

2 BGBl. I 2020, 1044.

3 S. Art. 12 des Gesetzes v. 20.5.2020 i.V.m. Art. 19 Abs. 6 des Gesetzes v. 20.5.2020.

4 BGBl. I 2020, 2691.

hohen Inzidenz an COVID-19-Infektionen und der unsicheren Entwicklung des Pandemiegeschehens im Herbst und Winter 2022/2023 wurde sie nochmals durch Art. 6g des Gesetzes zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19 vom 16.9.2022⁵ aktiviert⁶. Unter Verzicht auf die Verlängerungsoption zugunsten des Deutschen Bundestags in § 48 Abs. 2 SEBG a.F. wurde der bisherige Regelungsinhalt von § 48 Abs. 1 SEBG für die Zeit vom Inkrafttreten des Gesetzes vom 16.9.2022 am 1.10.2022 bis zum 7.4.2023 wieder in Kraft gesetzt. Zur Rechtslage **nach dem 7.4.2023** s. Rz. 6.

- 3 Die Durchführung von Sitzungen sowie die Beschlussfassung mittels Video- und Telefonkonferenz ermöglicht § 48 SEBG lediglich für den SE-Betriebsrat sowie für eine nach § 21 Abs. 2 SEBG errichtete Arbeitnehmervertretung. Wegen des offenen Gesetzeswortlauts ist nicht nur ein **kraft Gesetzes gebildeter SE-Betriebsrat**, sondern auch ein solcher einbezogen, der aufgrund einer **Beteiligungsvereinbarung** errichtet wurde⁷. Unberücksichtigt bleibt das **BVG** und dessen Sitzungen. Da die parallele Sonderregelung in § 41b Satz 1 EBRG neben dem Europäischen Betriebsrat und einer nach § 19 EBRG errichteten Arbeitnehmervertretung ausdrücklich das **BVG** benennt, liegt an sich ein formaler Umkehrschluss nahe, so dass Sitzungen des **BVG** stets als Präsenzsitzung durchzuführen wären. Allerdings ist diese Annahme nicht zwingend⁸, da sich aus den Gesetzesmaterialien keine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers entnehmen lässt. Das Schweigen der Gesetzesmaterialien kann auch i.S.e. gesetzgeberischen Versehens bewertet werden, das vor dem Hintergrund der Regelung in § 41b EBRG mittels eines Analogieschlusses korrigiert werden kann. Wird der Schritt einer Rechtsfortbildung verworfen⁹, bleibt zu beachten, dass die Vorgaben der §§ 12 ff. SEBG zu den Sitzungen des **BVG** so offen formuliert sind, dass sich aus Ihnen kein Zwang zu einer Präsenzsitzung ableiten lässt¹⁰. Dementsprechend wird die Durchführung virtueller Sitzungen und Beschlussfassungen im **BVG** im Schrifttum auch unabhängig von § 48 SEBG verbreitet für zulässig erachtet (s. § 12 SEBG Rz. 5 a.E.).
- 4 Die Möglichkeit einer Video- und Telefonkonferenz beschränkt § 48 Satz 1 SEBG ebenso wie vergleichbare Bestimmungen in § 129 BetrVG, § 41b EBRG und § 50 SCEBG auf „Sitzung“ sowie Abstimmungen („Beschlussfassungen“). Hieraus folgt, dass **Wahlen** ausgeklammert sind und nur im Rahmen einer Präsenzsitzung durchgeführt werden können¹¹. Für das **Verhältnis zu einer Präsenzsitzung** lassen sich aus § 48 Satz 1 SEBG keine Rückschlüsse ziehen. Weder setzt die Anwendung von § 48 Satz 1 SEBG tatbestandlich voraus, dass eine Präsenzsitzung unmöglich ist¹² noch begründet § 48 Satz 1 SEBG einen mit § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BetrVG vergleichbaren Vorrang der Präsenzsitzung¹³. Vielmehr steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Vorsitzenden, ob er Sitzung und Beschlussfassung mittels Video- und Telefonkonferenz ermöglicht. Angesichts der Offenheit des Gesetzeswortlauts lässt sich aus § 48

5 BGBl. I 2022, 1454.

6 Grundlage für die im Entwurf der BReg. noch nicht vorgesehene Regelung waren die Beschlussempfehlungen des BT-Ausschusses für Gesundheit v. 7.9.2022, s. BT-Drucks. 20/3312 (Beschlussempfehlungen), BT-Drucks. 20/3326, S. 40 (Bericht).

7 Unabhängig davon können die Parteien der Beteiligungsvereinbarung in dieser die Zulässigkeit virtueller Sitzungen regeln, ohne hierbei an die Vorgaben in § 48 SEBG gebunden zu sein.

8 In diesem Sinne auch *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, § 48 SEBG Rz. 1.

9 So *Häferer* in Dornbusch/Krumbiegel/Löwisch, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2021, § 48 SEBG Rz. 5; *Jacobs* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl., § 48 SEBG Rz. 7; offen hingegen *Krois/Wendler*, DB 2020, 1009, 1013.

10 Wie hier *Wilm*, Virtuelle Beschlussfassung im Betriebsverfassungsrecht, 2023, S. 470.

11 *Jacobs* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl., § 48 SEBG Rz. 4.

12 *Jacobs* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl., § 48 SEBG Rz. 5.

13 *Jacobs* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl., § 48 SEBG Rz. 5.

SEBG auch kein Vorrang zugunsten einer Video- und Telefonkonferenz ableiten¹⁴. Wegen der aus § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BetrVG deutlich werdenden Präferenz des Gesetzgebers für eine Präsenzsitzung sprechen jedoch gute Gründe für eine Einschränkung des Ermessensspielraums, so dass die Wahl einer Sitzungsteilnahme und Beschlussfassung mittels Video- und Telefonkonferenz nur dann einer pflichtgemäßen Ermessensausübung entspricht, wenn die Durchführung einer Präsenzsitzung nicht möglich oder unzumutbar ist. Ein Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie ist hierfür jedoch nicht erforderlich.

Die Durchführung einer Sitzung oder Beschlussfassung mittels Video- und Telefonkonferenz hängt nicht von dem **Einvernehmen der Teilnehmer** ab. Im Unterschied zu § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BetrVG eröffnet § 48 SEBG auch nicht die Möglichkeit eines Widerspruchs durch die Mitglieder des Gremiums. Damit gleicht die Vorschrift den parallelen Regelungen in § 41b EBRG und § 50 SCEBG. Hieraus folgt allerdings nicht zwingend, dass der Vorsitzende einen von Mitgliedern des Gremiums artikulierten Widerspruch gegen die Durchführung einer Sitzung oder Beschlussfassung mittels Video- und Telefonkonferenz ignorieren kann. Einer pflichtgemäßen Ermessensausübung entspricht die Durchführung einer virtuellen Sitzung jedenfalls dann nicht, wenn sich der Vorsitzende hierdurch in Widerspruch zu einem von der Mehrheit der Mitglieder artikulierten Willen begibt. Die aus § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BetrVG abzuleitende Wertung spricht sogar dafür einen Ermessensfehlgebrauch des Vorsitzenden bereits dann anzunehmen, wenn mindestens ein Viertel der Mitglieder einer virtuellen Sitzung und Beschlussfassung widersprechen.

Offen ist die Rechtslage nach **Ablauf der Sonderregelung** in § 48 SEBG, also ab dem **8.4.2023**. Für eine Rückkehr zu einer Ansicht, die virtuelle Sitzungen und Beschlussfassungen generell als unzulässig ansieht, spricht zwar auf den ersten Blick ein formallogischer Umkehrschluss. Aus den Gesetzesmaterialien zu § 48 SEBG ergeben sich aber keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der aus Anlass der COVID-19-Pandemie geschaffenen Sonderregelung die gegenläufige Auffassung zementieren wollte. Im Vordergrund stand vielmehr die Herstellung von Rechtssicherheit¹⁵, da bereits vor Schaffung von § 48 SEBG und vergleichbarer Sonderbestimmungen in § 41b EBRG sowie § 129 BetrVG beachtliche Stimmen im Schrifttum das tradierte Verständnis zu § 29 BetrVG bzw. § 33 BetrVG infrage gestellt hatten¹⁶. Da auch bei virtuellen Sitzungen der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit gewahrt werden kann und das Gebot einer Beschlussfassung unter „Anwesenden“ vor dem Hintergrund moderner Informations- und Kommunikationstechnologien einer erweiterten Auslegung zugänglich ist, sprechen gute Gründe dafür, virtuelle Sitzungen und Beschlussfassungen unter Wahrung der in § 48 SEBG normierten Voraussetzungen auch nach Ablauf der Frist in § 48 Satz 1 SEBG jedenfalls dann als zulässig anzusehen, wenn die Durchführung einer Präsenzsitzung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich oder unzumutbar ist. Für das **BVG** wurde bereits vorstehend (s. Rz. 3) darauf hingewiesen, dass der offene Wortlaut des § 12 SEBG keinen Zwang zu einer Präsenzsitzung begründet. Für den **kraft Gesetzes errichteten SE-Betriebsrat** deutet zwar für die Beschlussfassung der Gesetzeswortlaut in § 24 Abs. 3 SEBG („anwesend“) auf eine Präsenzsitzung hin, lässt aber Spielraum für Sachverhalte, in denen die Durchführung einer Präsenzsitzung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich oder unzumutbar ist¹⁷. Beruht die Errichtung des SE-Betriebs-

14 Häferer in Dornbusch/Krumbiegel/Löwisch, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2021, § 48 SEBG Rz. 2; Jacobs in MünchKomm. AktG, 5. Aufl., § 48 SEBG Rz. 5.

15 S. BT-Ausschuss für Arbeit und Soziales, BT-Drucks. 19/18753, S. 28 sowie zur vorherigen Erklärung des Bundesministers für Arbeit und Soziales Heil am 20.3.2020 Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 409, 412 f.; Lütkehaus/Powietzka, NZA 2020, 552, 554; Mück/Wittek, DB 2020, 1289, 1289.

16 S. Raab in GK-BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 33 BetrVG Rz. 10.

17 A.A. Wilm, Virtuelle Beschlussfassung im Betriebsverfassungsrecht, 2023, S. 471 f., die für generelle Unzulässigkeit virtueller Sitzungen und Beschlussfassungen beim SE-Betriebsrat kraft Gesetzes plädiert.

§ 21 SEAG Anmeldung und Eintragung

(1) Die SE ist bei Gericht von allen Gründern, Mitgliedern des Verwaltungsrats und geschäftsführenden Direktoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

(2) In der Anmeldung haben die geschäftsführenden Direktoren zu versichern, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 40 Abs. 1 Satz 4 entgegenstehen und dass sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind. In der Anmeldung sind Art und Umfang der Vertretungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren anzugeben. Der Anmeldung sind die Urkunden über die Bestellung des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren sowie die Prüfungsberichte der Mitglieder des Verwaltungsrats beizufügen.

(3) Das Gericht kann die Anmeldung ablehnen, wenn für den Prüfungsbericht der Mitglieder des Verwaltungsrats die Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 des Aktiengesetzes gegeben sind.

(4) Bei der Eintragung sind die geschäftsführenden Direktoren sowie deren Vertretungsbefugnis anzugeben.

(5) (weggefallen)¹

I. Überblick	1	III. Erklärungen und beizufügende Unterlagen (§ 21 Abs. 2 SEAG)	7
II. Anmeldung der Gründung (§ 21 Abs. 1 SEAG)		IV. Eintragung (§ 21 Abs. 3 und 4 SEAG) .	12
1. Verpflichteter Personenkreis	2		
2. Allgemeines Gründungsrecht	5		

I. Überblick

- 1 Das Gründungsverfahren einer SE richtet sich nach den **im künftigen Sitzstaat geltenden Vorschriften**, soweit die SE-VO keine abweichenden Regelungen trifft (Art. 15 Abs. 1 SE-VO). Das deutsche Aktienrecht ist jedoch hier ebenso wie in anderen Bereichen vom dualistischen System mit Vorstand und Aufsichtsrat geprägt. Daher nimmt § 21 SEAG in Bezug auf die Anmeldung (Abs. 1), die dabei abzugebenden Erklärungen und einzureichenden Unterlagen (Abs. 2) sowie die Eintragung und deren Bekanntmachung (Abs. 3 und 4) gewisse Anpassungen an das monistische System vor². Im Übrigen bleibt es bei der Anwendung der allgemeinen aktienrechtlichen Gründungsregeln (näher dazu die Kommentierung zu Art. 15 SE-VO). Bei Anwendung des § 21 Abs. 1 SEAG ist allerdings eine **teleologische Reduktion** vorzunehmen³: Er passt nicht auf den Fall der Entstehung einer SE durch Verschmelzung (vgl. Art. 26 SE-VO Rz. 8) oder durch Formwechsel (vgl. Art. 36 SE-VO Rz. 66).

1 Entfallen durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister v. 10.11.2006, BGBl. I 2006, 2553, zusammen mit § 21 Abs. 2 Satz 4 SEAG.

2 Vgl. die tabellarischen Übersichten bei *Manz* in *Manz/Mayer/Schröder*, 3. Aufl., Art. 43 SE-VO Rz. 59; *Siems/Müller-Leibenger* in *KölnKomm. AktG*, 4. Aufl., § 21 SEAG Rz. 5 sowie die Zusammenstellung im SE-RegE, BT-Drucks. 15/3405, S. 36.

3 Eingehend *Verse* in *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, § 21 SEAG Rz. 6 ff.; *Siems/Müller-Leibenger* in *KölnKomm. AktG*, 4. Aufl., § 21 SEAG Rz. 6.

II. Anmeldung der Gründung (§ 21 Abs. 1 SEAG)

1. Verpflichteter Personenkreis

Für Gründungsbericht, Gründungsprüfung und Anmeldung der Gründung einer SE in Deutschland gelten die §§ 32 ff. AktG (vgl. dazu näher die Kommentierung zu Art. 15 SE-VO). Die Orientierung dieser Vorschriften am dualistischen Leitungsmodell zeigt sich schon rein äußerlich an der häufigen Nennung von Vorstand und Aufsichtsrat, die mit der Zuweisung spezifischer Aufgaben im Gründungsverfahren verbunden wird (beispielsweise der Gründungsprüfung gem. § 33 Abs. 1 AktG). Soweit das SEAG hierzu keine spezielle Regelung trifft, gilt der **Grundsatz des § 22 Abs. 6 SEAG**: Rechte und Pflichten, die das Aktiengesetz Vorstand oder Aufsichtsrat zuweist, treffen im monistischen Modell allein den **Verwaltungsrat**.

Für die Anmeldung der Gründung zum Handelsregister weicht § 21 Abs. 1 SEAG von diesem Grundsatz ab und überträgt damit den **Regelungsgedanken des § 36 Abs. 1 AktG** in das monistische Modell. Gem. § 36 Abs. 1 AktG ist eine neu gegründete Aktiengesellschaft von allen Gründern und allen Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden⁴. Die Anmeldung ist Voraussetzung der späteren Eintragung und leitet das zur Entstehung der AG führende Registerverfahren ein⁵. Die Anmelder handeln nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der Vorgesellschaft⁶, die mit Feststellung der Satzung und Übernahme der Aktien durch die Gründer entstanden ist. § 36 Abs. 1 AktG spricht ganz bewusst nicht allein die vertretungsberechtigten Personen an, sondern nimmt alle an der Gründung beteiligten Personen für die ordnungsgemäße Durchführung der Gründung in die Verantwortung⁷.

Das monistische System, in welchem grundsätzlich allein die geschäftsführenden Direktoren für Anmeldungen zum Handelsregister zuständig sind (§ 40 Abs. 2 Satz 4 SEAG), bedurfte insoweit einer Anpassung. § 21 Abs. 1 SEAG legt daher fest, dass neben den Gründern auch **alle Mitglieder des Verwaltungsrats und alle geschäftsführenden Direktoren** die Anmeldung zum Handelsregister abzugeben haben. Wurden stellvertretende geschäftsführende Direktoren bestellt, sind auch diese zur Anmeldung verpflichtet⁸. Eine Vertretung durch Bevollmächtigte ist nicht möglich.⁹ Abgesehen von der Regelung des zur Anmeldung verpflichteten Personenkreises in § 21 Abs. 1 SEAG gelten die allgemeinen Vorschriften des registerrechtlichen Verfahrens; insoweit können Rechtsprechung und Literatur zu § 36 Abs. 1 AktG herangezogen werden. Ebenso kann zum Inhalt der Anmeldung auf den über Art. 15 SE-VO anwendbaren § 37 AktG Bezug genommen werden (s. ergänzend Rz. 13).

2. Allgemeines Gründungsrecht

Im Bereich des Gründungsrechts bleibt es – von der in § 21 Abs. 1 SEAG geregelten Anmeldung abgesehen – bei der **Generalzuständigkeit** des Verwaltungsrats, die sich aus § 22 Abs. 6 SEAG ergibt. In Einzelfällen bedarf allerdings das Zusammenspiel des allgemeinen Aktien-

4 Zur Frage, wer bei Gründung einer SE als „Gründer“ im Rechtssinne anzusehen ist, vgl. Art. 12 SE-VO Rz. 9.

5 Koch, § 36 AktG Rz. 2.

6 BGH v. 16.3.1992 – II ZB 17/91, BGHZ 117, 323, 325 ff. = AG 1992, 227.

7 Zu dieser gesetzgeberischen Intention BGH v. 16.3.1992 – II ZB 17/91, BGHZ 117, 323, 327 ff. = AG 1992, 227.

8 Schwarz, Anh. Art. 43 SE-VO Rz. 18; Verse in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 21 SEAG Rz. 4; Siems/Leibinger in KölnKomm. AktG, 4. Aufl., § 21 SEAG Rz. 7.

9 Verse in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 21 SEAG Rz. 4.

rechts mit dem monistischen System einer funktionalen Anpassung, um den Besonderheiten des Leitungsmodells einerseits und dem Regelungsgedanken der allgemein-aktienrechtlichen Norm andererseits gerecht zu werden (dazu näher § 22 SEAG Rz. 41 ff.). Zu berücksichtigen ist insbesondere die **interne Arbeitsteilung**, die sich aus der Zusammenarbeit des Verwaltungsrats mit den ihm weisungsunterworfenen geschäftsführenden Direktoren ergibt.

- 6 So lässt sich die Anforderung des § 36 Abs. 2 AktG, wonach die **Einlagen zur freien Verfügung** des Vorstands geleistet sein müssen, nicht unmittelbar auf den Verwaltungsrat übertragen; denn dieser hat keine Vertretungsbefugnis, kann also im Rechtssinne nicht über die Einlagen „verfügen“. Die Einlagen sind daher zur freien Verfügung der geschäftsführenden Direktoren zu leisten. Da geschäftsführende Direktoren im monistischen Leitungssystem der Personal- und Weisungshoheit des Verwaltungsrats unterliegen¹⁰, gelangen die Einlagen mit der Leistung an die Direktoren zugleich in den Herrschaftsbereich des Verwaltungsrats. Das Merkmal der „freien“ Verfügung ist insoweit nicht allein auf die Direktoren bezogen¹¹; auch der Verwaltungsrat darf gegenüber dem einlegenden Gesellschafter keinen Beschränkungen in der Verfügung der eingezahlten Mittel unterliegen¹².

III. Erklärungen und beizufügende Unterlagen (§ 21 Abs. 2 SEAG)

- 7 § 21 Abs. 2 Satz 1 SEAG entspricht der allgemein-aktienrechtlichen Regelung in § 37 Abs. 2 Satz 1 AktG. Er gilt – anders als Abs. 1 der Vorschrift (Rz. 1) – auch für die Gründungsarten der Verschmelzung und des Formwechsels¹³. Die geschäftsführenden Direktoren unterliegen hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen Beschränkungen, die denjenigen von Vorstandsmitgliedern vergleichbar sind (§ 40 Abs. 1 Satz 4 SEAG lehnt sich insoweit an § 76 Abs. 3 AktG an); denn ebenso wie Vorstandsmitglieder nehmen sie die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft nach außen wahr. Dass sie dabei anders als Vorstandsmitglieder weisungsabhängig sind, macht für die grundsätzlich zu fordernden persönlichen Voraussetzungen – wie etwa das Fehlen von einschlägigen Vorstrafen – keinen Unterschied. Ebenso wie Vorstandsmitglieder gem. § 37 Abs. 2 AktG müssen daher die geschäftsführenden Direktoren gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 SEAG versichern, dass keine **Bestellungshindernisse** vorliegen und sie über ihre uneingeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind.
- 8 Die Stellung als geschäftsführender Direktor kann mit der **Mitgliedschaft im Verwaltungsrat** verbunden werden (vgl. § 40 Abs. 1 SEAG). Dabei kommt es zu einer kumulativen Anwendung der für beide Funktionen geltenden Bestellungshindernisse. Für Verwaltungsratsmitglieder gelten zunächst über Art. 47 Abs. 2 SE-VO die allgemeinen Bestellungshindernisse, welche das nationale Recht für Mitglieder von Leitungs- oder Aufsichtsorganen aufstellt (vgl. Art. 47 SE-VO Rz. 12 f.). Zusätzlich gelten die Bestellungshindernisse des § 27 Abs. 1 SEAG, die eine übermäßige Kumulation von Mandaten verhindern sollen. Indessen sind auch im Fall der Personalunion die Bestellung zum geschäftsführenden Direktor und zum Mitglied des Verwaltungsrats zwei getrennte Rechtsakte, die verschiedenen Voraussetzungen unterliegen können. Die Versicherung der geschäftsführenden Direktoren nach § 21 Abs. 2 Satz 1 SEAG bezieht sich allein auf die Einhaltung der persönlichen Voraussetzungen für dieses Amt. Bestellungshindernisse aus § 27 Abs. 1 SEAG betreffen die Funktion als Mitglied

10 Dazu im Überblick Art. 43 SE-VO Rz. 60 ff.; vgl. im Übrigen die Kommentierung zu §§ 40 ff. SEAG.

11 So jedoch *Manz* in *Manz/Mayer/Schröder*, 3. Aufl., Art. 43 SE-VO Rz. 60.

12 Eingehend begründet bei *Siems/Müller-Leibenger* in *KölnKomm. AktG*, 4. Aufl., § 21 SEAG Rz. 8; zum Merkmal der „freien“ Verfügbarkeit s. nur *Kleindiek* in *K. Schmidt/Lutter*, § 36 AktG Rz. 19 ff. und *Koch*, § 36 AktG Rz. 7 ff.

13 *Verse* in *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, § 21 SEAG Rz. 10.

E. Arbeitsrecht

Die SE in der arbeitsrechtlichen Praxis

Dr. Stefan Middendorf

I. Vorbemerkung	1	f) Unterrichtung und Anhörung über außergewöhnliche Umstände	71
II. Die Verbreitung der SE und ihre Entwicklung	2	g) Art der Durchführung und Ort der gemeinsamen Sitzungen	72
III. Die Verhandlungen mit dem besonderen Verhandlungsgremium	10	h) Amtszeit und Wahl der Mitglieder des SE-Betriebsrates	73
1. Bildung des bVG (§§ 4–10 SEBG)	11	i) Kosten für die Tätigkeit des SE-Betriebsrates	75
a) Aufforderung zur Bildung des bVG	12	j) Sprache des SE-Betriebsrates	76
b) Informationspflicht	22	3. Die Mitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan	77
c) Zusammensetzung des bVG	30	a) Umfang der Mitbestimmung	78
d) Verteilung der inländischen Sitze im bVG	38	b) Zusammensetzung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat	85
2. Verhandlungsverfahren (§§ 11–20 SEBG)	44	c) Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat	87
a) Zehn-Wochen-Frist	45	d) Gesetzliches Vertretungsorgan	89
b) Informationspflicht	49	e) Innere Ordnung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates	91
c) Einladung zur konstituierenden Sitzung	50	4. Sonstige Regelungen in der Beteiligungsvereinbarung	93
d) Geschäftsordnung des bVG	51	a) Strukturelle Änderungen	94
e) Verhandlungsausschuss		b) Laufzeit und Beendigung der Vereinbarung	97
f) Virtuelle Sitzungen		5. Lücken in der Vereinbarung	98
g) Sachverständige	52	V. Sonderfall: Die Vorrats-SE	99
h) Dokumentation	53	1. Zulässigkeit der Vorratsgründung	100
i) Kosten	54	2. Nachholung des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens	101
IV. Die Beteiligungsvereinbarung	55	a) Fehlende Verlässlichkeit	102
1. Der Abschluss der Vereinbarung	56	b) Ausgewählte Einzelfragen	104
2. Der SE-Betriebsrat	58	VI. Die Sozialversicherungspflicht der Organe	108
a) Alternatives Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung	59	VII. Reformbedarf	110
b) Größe und Zusammensetzung des SE-Betriebsrates	62		
c) Zuständigkeit und Kompetenz des SE-Betriebsrates	65		
d) Häufigkeit und Zeitpunkt der gemeinsamen Sitzungen	67		
e) Inhalt der Unterrichtung und Anhörung	69		

Literatur: *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht*, Die 8 wichtigsten Änderungsvorschläge zur SE-VO, ZIP 2009, 698; *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht*, Vorschläge zur Reform der Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE) – ergänzende Stellungnahme, ZIP 2011, 1841; *Bauer/Roll*, Der arbeitsrechtliche Teil des Koalitionsvertrags – ein Fortschritt?, NZA 2021, 1685; *Bayer*, Gesetzgeberische Möglichkeiten de lege ferenda zur Verhinderung rechtswidriger Ignorierung der Unternehmensmitbestimmung, AG 2023, 137; *Blanke*, „Vorrats-SE“ ohne Arbeitnehmerbeteiligung, 2005; *Blanke*, Erweiterung der Beteiligungsrechte des SE-Betriebsrates durch Vereinbarungen, 2006; *Blanke*, Europäische Aktiengesellschaft ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, ZIP 2006, 789; *Casper/Schäfer*, Die Vorrats-SE – Zu-

Titel I Allgemeine Vorschriften (Art. 1–14 SE-VO)

Art. 1 SE-VO

[Wesen der SE]

(1) Handelsgesellschaften können im Gebiet der Gemeinschaft in der Form europäischer Aktiengesellschaften (*Societas Europaea*, nachfolgend „SE“ genannt) unter den Voraussetzungen und in der Weise gegründet werden, die in dieser Verordnung vorgesehen sind.

(2) Die SE ist eine Gesellschaft, deren Kapital in Aktien zerlegt ist. Jeder Aktionär haftet nur bis zur Höhe des von ihm gezeichneten Kapitals.

(3) Die SE besitzt Rechtspersönlichkeit.

(4) Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE wird durch die Richtlinie 2001/86/EG geregelt.

I. Normzweck und Rechtsnatur 1	4. Eigene Rechtspersönlichkeit, Art. 1 Abs. 3 SE-VO
II. Geltungsbereich	
1. Positiver Geltungsbereich 3	a) Überblick 13
2. Negativer Geltungsbereich 4	b) Erlangung und Verlust der Rechtsfähigkeit 14
III. Strukturmerkmale der SE	c) Bedeutung der Rechtsfähigkeit in den einzelnen Rechtsgebieten
1. (Handels-)Gesellschaft 5	aa) Zivilrecht 17
2. Mehrstaatlichkeit 6	bb) Zivilprozessrecht 18
3. Grundkapital und Aktien	cc) Öffentliches Recht 19
a) Grundkapital 7	d) Trennungsprinzip 20
b) Zerlegung in Aktien 8	5. Börsenfähigkeit 21
c) Keine Haftung der Aktionäre 11	6. Beteiligung der Arbeitnehmer 22

Literatur: *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht*, Die 8 wichtigsten Änderungsvorschläge zur SE-VO, ZIP 2009, 698; *Bachmann*, Die Societas Europaea und das europäische Privatrecht, ZEuP 2008, 32; *Blanquet*, Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 20; *Brandes*, Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ?, NZG 2004, 642; *Casper*, Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeit bei der SE-Gründung, AG 2007, 97; *Casper*, Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge, ZHR 173 (2009), 181; *de la Feria/Vogenaier* (Hrsg.), Prohibition of Abuse of Law, 2011; *Fleischer*, Der Rechtsmissbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, 865; *Fleischer*, Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht, RIW 2004, 16; *Gutsche*, Die Eignung der Europäischen Aktiengesellschaft für kleinere und mittlere Unternehmen, 1993; *Heckschen*, Die Europäische AG aus notarieller Sicht, DNotZ 2003, 251; *Hirte*, Die Europäische Aktiengesellschaft, NZG 2002, 1; *Hirte*, Die Europäische Aktiengesellschaft – ein Überblick nach In-Kraft-Treten der deutschen Ausführungsgesetzgebung (Teil I), DStR 2005, 653; *Hommelhoff*, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2001, 279; *Hommelhoff*, Gesellschaftsrechtliche Fragen im Entwurf eines SE-Statuts, AG 1990, 422; *Hommelhoff/Teichmann*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Das Flaggschiff läuft vom Stapel, SZW/RSDA 2002, 1; *Ihrig/Wagner*, Diskussionsentwurf für ein SE-Ausführungsgesetz, BB 2003, 969; *Lutter*, Genügen die vorgeschlagenen Regelungen für eine „Europäische Aktiengesellschaft“?, AG 1990, 413; *Lutter*, Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593; *Krolow*, Europäisches Gesellschaftsrecht, in *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 19; *Lutter*, Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?, BB 2002, 1; *Merkt/Spindler* in *Lutter* (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, S. 207; *Riesenhuber*, Die Auslegung, in *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10; *J. Schmidt*, „Deutsche“ versus „Britische“ Societas Europaea (SE), 2006; *Schulz/Geismar*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Eine kritische Bestandsaufnahme,

DStR 2001, 1078; *Schwarze*, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012; *Streinz*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012; *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383; *Thoma/Leuring*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, NJW 2002, 1449; *Wicke*, Die SE als Familienunternehmen, RNotZ 2020, 25.

I. Normzweck und Rechtsnatur

Art. 1 der SE-VO fasst die **wesentlichen Strukturmerkmale** der SE zusammen: Handelsgesellschaft, Zerlegung in Aktien, beschränkte Haftung der Aktionäre, Rechtspersönlichkeit. 1
Damit weist die SE dieselben Strukturmerkmale auf wie die deutsche Aktiengesellschaft¹. Soweit nichts anderes bestimmt ist, wird die SE auch wie eine nach dem Recht ihres Sitzstaates gegründete Aktiengesellschaft behandelt (Art. 10 SE-VO). Die Form der Aktiengesellschaft wurde für die SE gewählt, weil diese sowohl von der Finanzierung (die SE ist börsenfähig!) als auch von der Geschäftsführung her am besten den Bedürfnissen der gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen entspricht².

Die SE ist **supranationale Rechtsform** und will grenzüberschreitende Unternehmenskooperationen fördern, indem sie einfachere und effizientere Organisationsstrukturen zu insgesamt geringeren Verwaltungskosten ermöglicht³. Eine europaweit einheitliche Rechtsform⁴ wurde mit der SE dennoch nicht geschaffen: Angesichts divergierender Positionen im Gesetzgebungsprozess⁵ konnten sich die Mitgliedstaaten nur auf einen „kleinsten gemeinsamen Nenner“⁶ verständigen. Daher regelt die Verordnung nur den **Kernbereich des Gesellschaftsrechts** (Gründung, Aufbau) und verweist im Übrigen auf das nationale Recht des Sitzstaates (Art. 9 SE-VO). Die Kapitalaufbringung und -erhaltung, die Aktien, das Bilanz- und Konzernrecht sowie die Satzungsauslegung – all dies unterliegt nationalem Recht. Daraus resultiert eine hohe Komplexität des Regelwerks sowie der Umstand, dass es so viele SE-Formen wie Mitgliedstaaten gibt⁷. Darin ist per se noch kein Nachteil zu sehen. Vielmehr hat die Kombination der Rechtsquellen den Wettbewerb unter den Rechtsordnungen um die attraktivsten aktien- und mitbestimmungsrechtlichen Lösungen angekurbelt⁸. Insbesondere die durch Art. 38 lit. b SE-VO eröffnete Wahlmöglichkeit zwischen der monistischen und dualistischen Leitungsstruktur sorgt für die notwendige Flexibilität und eröffnet Gründern neue Gestaltungsperspektiven⁹. 2

Hinsichtlich der korrekten **Rechtsformbezeichnung** sind drei Varianten denkbar: entweder **Europäische Aktiengesellschaft**, wie es der Wortlaut in Art. 1 Abs. 1 SE-VO vorsieht, **Societas Europaea** oder abgekürzt „SE“. Die Firma der SE darf jedoch nur auf die abgekürzte Version, also „SE“, lauten, vgl. Art. 11 SE-VO.

1 Vgl. zu diesen *Lutter/Bayer* in K. Schmidt/Lutter, § 1 AktG Rz. 2 ff.

2 Vgl. Satz 1 des 13. Erwägungsgrunds der SE-VO.

3 *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 385; *Schulz/Geismar*, DStR 2001, 1078.

4 Vgl. 6. Erwägungsgrund der SE-VO; *Kuhn* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, Kap. 2, Rz. 4.

5 Vgl. dazu *Lutter*, BB 2002, 1 ff.

6 *Hommelhoff/Teichmann*, SZW 2002, 1, 3.

7 *Lutter*, AG 1990, 413, 414; *Hirte*, NZG 2002, 1, 2; *Heckschen*, DNotZ 2003, 251, 252.

8 So bereits *Lutter*, BB 2002, 1, 3. Auf diesem Hintergrund liegt inzwischen ein Vergleich zwischen einer „deutschen“ SE und einer „englischen“ SE vor: vgl. *J. Schmidt*, „Deutsche“ versus „Britische“ Societas Europaea (SE), 2006.

9 Die für das monistisch verfasste Leitungsgremium geltenden Vorschriften sind in §§ 22 ff. SEAG enthalten; vgl. dazu Art. 43 ff.

Im Vergleich zur nationalen AG ist die SE ein **aliud**¹⁰. Wenngleich die SE auch den in § 1 AktG vorgegebenen Wesensmerkmalen einer AG entspricht, ist sie kein Spezialfall der nationalen AG¹¹. Zwar ist die SE als börsenfähige Kapitalgesellschaft in Form einer nationalen AG konzipiert (Satz 1 des 13. Erwägungsgrunds). Das auf die SE anwendbare Recht besteht aber zur einen Hälfte aus nationalem und zur anderen Hälfte aus europäischem Recht. Eben Letzteres verleiht der SE eine eigenständige, supranationale Prägung, die sie von der nationalen AG unterscheidet¹².

II. Geltungsbereich

1. Positiver Geltungsbereich

- 3 Europäische Aktiengesellschaften können gem. Art. 1 Abs. 1 SE-VO nur im Gebiet der Gemeinschaft (jetzt: Union) gegründet werden. Dieses Gebiet deckt sich mit dem räumlichen Geltungsbereich der Verträge, der in Art. 52 EUV geregelt ist. Danach gehören zum Gebiet der Union i.S.v. Art. 1 Abs. 1 SE-VO folgende 27 Länder:

Das Königreich Belgien, die Republik Bulgarien, die Tschechische Republik, das Königreich Dänemark, die Bundesrepublik Deutschland, die Republik Estland, Irland, die Hellenische Republik, das Königreich Spanien, die Französische Republik, die Republik Kroatien, die Italienische Republik, die Republik Zypern, die Republik Lettland, die Republik Litauen, das Großherzogtum Luxemburg, die Republik Ungarn, die Republik Malta, das Königreich der Niederlande, die Republik Österreich, die Republik Polen, die Portugiesische Republik, Rumänien, die Republik Slowenien, die Slowakische Republik, die Republik Finnland und das Königreich Schweden, aber seit dem Brexit nicht mehr das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (s. Einl. Rz. 24).

Nach Art. 355 Abs. 1 i.V.m. Art. 349 AEUV erstreckt sich der räumliche Geltungsbereich der Verträge und mithin auch das Gemeinschaftsgebiet i.S. des Art. 1 Abs. 1 SE-VO auch auf die französischen überseeischen Departements, die Azoren, Madeira und die Kanarischen Inseln. Auch dort können also SE gegründet werden.

Der Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 93/2002 vom 25.6.2002 zur Änderung des Anhangs XXII (Gesellschaftsrecht) des EWR-Abkommens¹³ hat den Anwendungsbereich auf die Länder des EWR ausgedehnt. Danach können auch in **Island, Liechtenstein und Norwegen** SE gegründet werden.

2. Negativer Geltungsbereich

- 4 Da sie außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der Verträge liegen können hingegen in folgenden Gebieten **keine SE** gegründet werden:

Auf den **Färöer-Inseln** sowie in den Hoheitszonen des Vereinigten Königreichs auf **Zypern** (Art. 355 Abs. 5 lit. a und b AEUV). Weiter in der **Schweiz** und in den Europäischen Kleinstaaten **San Marino, Monaco und Andorra**¹⁴.

10 So auch *Habersack* in Habersack/Drinhausen, Art. 1 SE-VO Rz. 2.

11 A.A. *Ihrig/Wagner*, BB 2003, 969, 971, Fn. 37.

12 Ebenso *Schwarz*, Art. 1 SE-VO Rz. 49.

13 ABl. EG Nr. L 266 v. 3.10.2002, S. 69.

14 *Becker* in *Schwarze*, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 52 EUV Rz. 6, 7; *Kokott* in *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 355 Rz. 8.