ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of

ZBW Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Blanke, Thomas

Book

Vorrats-SE ohne Arbeitnehmerbeteiligung

edition der Hans-Böckler-Stiftung, No. 161

Provided in Cooperation with:
The Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Blanke, Thomas (2005) : Vorrats-SE ohne Arbeitnehmerbeteiligung, edition der Hans-Böckler-Stiftung, No. 161, ISBN 3-86593-038-7, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/116405

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

161

Thomas Blanke

»Vorrats-SE« ohne Arbeitnehmerbeteiligung

edition der
Hans **Böckler**
Stiftung

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

Thomas Blanke

»Vorrats-SE« ohne Arbeitnehmer-beteiligung

edition der Hans-Böckler-Stiftung 161

Prof. Dr. Thomas Blanke, Jahrgang 1944, Professor für Arbeitsrecht an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, 1991/1992 Vizepräsident der Universität. Mitglied des Stiftungsrats des »Hanse-Wissenschaftskollegs« der Länder Niedersachsen und Bremen, Vorsitzender des Kooperationsausschusses Hochschule-Gewerkschaften der Universität Oldenburg. Rechtsberatung in tarifrechtlichen, betriebsverfassungsrechtlichen und europarechtlichen Fragen des Arbeitsrechts. Mitherausgeber der Zeitschrift »Kritische Justiz«, der Monographienreihe »Oldenburger Forum der Rechtswissenschaften« und von »Wirtschaftswissen für den Betriebsrat«.

© Copyright 2005 by Hans-Böckler-Stiftung
Hans-Böckler-Straße 39, 40476 Düsseldorf
Buchgestaltung: Horst F. Neumann Kommunikationsdesign, Wuppertal
Produktion: Setzkasten GmbH, Düsseldorf
Printed in Germany 2005
ISBN 3-86593-038-7
Bestellnummer: 13161

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des öffentlichen Vortrages,
der Rundfunksendung, der Fernsehausstrahlung,
der fotomechanischen Wiedergabe, auch einzelner Teile.

INHALTSVERZEICHNIS

A. PROBLEMSTELLUNG 7

B. DIE GUTACHTENFRAGESTELLUNGEN 13

C. RECHTSGUTACHTEN 17

I. GRÜNDUNG EINER SE UND ARBEITNEHMER-BETEILIGUNG 19

1. Vorbemerkung 19
   1.1. Die Bedeutung der Eintragung der SE 19
   1.2. Registergerichtliche Prüfung und anwendbare Rechtsnormen 20
2. Arbeitnehmerbeteiligung und Gründungsvorschriften 21
   2.1. Anzuwendende Vorschriften 21
   2.2. Gründungsvarianten und Regelungen zur Arbeitnehmer-beteiligung 25
      2.2.1. Verschmelzung 25
      2.2.2. Holding 23
      2.2.3. Tochter 23
      2.2.4. Umwandlung 24
      2.2.5. Gründung einer SE-Tochter durch SE-Mutter nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO 25
   2.3. Arbeitnehmerbeteiligung als Eintragungsvoraussetzung gem. Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO 25
      2.3.1. Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO 25
      2.3.1.1. Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung 25
      2.3.1.2. Negativbeschluss des BVG 26
      2.3.1.3. Ablauf der Verhandlungsfrist 27
      2.3.2. Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 3 SE-VO: »Opting-out« 28
      2.3.3. Fazit: Varianten der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE 29
3. Prüfungspflicht des Registergerichts 31
4. Ergebnis: Keine SE-Eintragung ohne Bildung eines BVG 31

II. FOLGERUNGEN FÜR DIE EINTRAGUNGSFÄHIGKEIT EINER »VORRATS-SE« **37**
1. Begriff der »Vorrats-Gesellschaft« und die Zulässigkeit ihrer Gründung nach deutschem Recht 37
2. Keine Eintragung der Vorrats-SE als arbeitnehmerlose Gesellschaft nach Gemeinschaftsrecht 38
2.1. Zulässigkeit der Eintragung einer Vorrats-Gesellschaft nach deutschem Recht: Die Bedeutung des Unternehmens-gegenstandes 38
2.2. Vorrats-SE als Kapitalgesellschaft europäischen Rechts: Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften der SE-VO und SE-RL 39

D. HILFSGUTACHTEN I: AUSNAHMSWEISE ZULÄSSIGKEIT DER EINTRAGUNG EINER ARBEITNEHMERLOSEN-VORRATS-SE? **41**

I. GRÜNDUNGSRESTRIKTIONEN: UMGEHUNGSMÖGLICHKEITEN **45**
1. Vorbemerkung: Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit und Umgehung – Zum Verhältnis von Gesellschaftsrecht und kollektivem Arbeitsrecht bei der SE 45
2. Gründungsbeteiligte 46
3. Mehrstaatlichkeit 47
4. Arbeitnehmerbeteiligung 48
4.1. SE ohne Unternehmensverfassung i.S. der Mitbestimmung 48
4.2. SE ohne Arbeitnehmer 49

II. »TELEOLOGISCHE REDUKTION«DER EINTRAGUNGSVORAUSSETZUNGEN BEI EINER ARBEITNEHMERLOSEN SE NACH DER SE-VO UND SE-RL? **51**
1. Zweckverfehlung als Voraussetzung der teleologischen Reduktion 51
2. Zweckverfehlung der Eintragungsvoraus-setzungen des Art. 12 Abs. 2 SE-VO bei einer arbeitnehmerlosen SE? 52
2.1. Plausibilität bezogen auf den Eintragungs-zeitpunkt der SE 52

2.2. Das Erfordernis der Bildung eines BVG im Hinblick auf zukünftige wirtschaftliche Tätigkeiten einer zunächst arbeitnehmerlosen SE 53
3. Der Wortlaut als Schranke der teleologischen Reduktion 54
4. Kein Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Arbeitsrecht 55
5. Ergebnis: Keine Eintragung arbeitnehmerloser SE 56

E. HILFSGUTACHTEN II: RECHTSFOLGEN DER NACHTRÄGLICHENNUTZUNG EINER ZUNÄCHST OHNE ARBEITNEHMER EINGETRAGENEN VORRATS-SE 57

I. FRAGESTELLUNGEN 59

II. FORMEN DER GRÜNDUNGEINER VORRATS-SE 61

III. NACHTRÄGLICHE ÄNDERUNGEN 63
1. Tatbestände 63
2. Einschlägige Normen 63
2.1. Europäische Vorgaben 63
2.2. Vorschriften des nationalen Rechts 65
2.3. »Strukturelle Änderungen« und Beeinträchtigung der Arbeitnehmerbeteiligung 69
2.4. Aufnahme bzw. Zurechnung von AN als »strukturelle Änderung« i.S. der SE-RL und des SEBG 70
2.4.1. Bestimmung des Schwellenwerts nachträglich hinzu kommender Arbeitnehmer 71
2.4.1.1. Mitgliederzahl des SE-BR und des BVG als Orientierungsgröße? 71
2.4.1.2. Relation Vertreter/Vertretene als Bezugsgröße? 72
2.4.1.3. Folgerung: Pflicht zu Neuverhandlungen und Amtslöschungsverfahren 74

F. ERGEBNISSE DES GUTACHTENS 79
Hilfsgutachten I: Ausnahmsweise Zulässigkeit der Eintragung einer arbeitnehmerlosen Vorrats-SE? 83

Hilfsgutachten II: Rechtsfolgen der nachträglichen Nutzung einer zunächst ohne Arbeitnehmer eingetragenen Vorrats-SE 85

BESCHLÜSSE DES AMTS- UND LANDGERICHTS HAMBURG VOM 28. 06., 21. 07. UND 30. 09. 2005 91

LITERATURVERZEICHNIS 87

SELBSTDARSTELLUNG DER HANS-BÖCKLER-STIFTUNG 95

A.
Problemstellung

Am **8.10.2004** ist gem. Art. 70 die SE-VO **Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft**,[1] in der die gesellschaftsrechtlichen Regelungen über die Europäische Aktiengesellschaft (SE) enthalten sind, in Kraft getreten. Gleichzeitig war die **RL 2001/86/EG des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) hinsichtlich der Beteiligung der AN[2] in das nationale Recht der Mitgliedstaaten der EU umzusetzen**. Die SE-VO enthält zahlreiche Regelungsaufträge und Wahlrechte für den nationalen Gesetzgeber. Dies machte abweichend vom Normalfall den Erlass eines Ausführungsgesetzes erforderlich. Der Deutsche Bundestag hat mit geringfügiger Verspätung am 29.10. 2004 in zweiter und dritter Lesung das »Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG)« verabschiedet. Es ist am 29.12.2004 in Kraft getreten.[3] Es besteht im wesentlichen gem. Art. 1 aus dem Ausführungsgesetz zur SE-VO (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) und gem. Art. 2 aus dem Umsetzungsgesetz zur SE-RL (SE-Beteiligungsgesetz – SEGB).

Europa AG's bestehen bereits in verschiedenen Mitgliedstaaten i.S. der SE-VO und SE-RL, u.a. in Österreich (STRABAG, Brenner Basistunnel SE), Deutschland (Go-East Invest SE), den Niederlanden (MPIT Structural Financial Services SE), Großbritannien (Schering-Plough Clinical Trials ?) und sind in einigen nordischen Ländern wie in Finnland und Schweden (Eloteq, Nordea, Alfred Berg) in Vorbereitung.[4] Umstritten ist, ob hierbei in allen Fällen die Verfahrensvorschriften, die die SE-RL an die Erzielung einer Beteiligungsvereinbarung und die SE-VO an die Eintragung einer SE stellen, korrekt eingehalten wurden.[5] In Deutschland ist im März 2005 in Berlin die »Go East Invest SE. Europäische Gesellschaft zur Industrieansiedlung und Markterschließung« in das Handelsregister eingetragen worden, obwohl entgegen Art. 12 Abs. 2 SE-VO keine Regelung zur Arbeitnehmermitbestimmung getroffen wurde.[6] Als erstes deutsches börsennotiertes Großunternehmen hat im September

1 ABl L 294 v. 10.11.2001 S.1, im folgenden SE-VO.
2 ABl. L 294 v. 10.11.2001 S.22, im folgenden SE-RL.
3 BGBl. I S.3675 v.28.12.2004..
4 Der jeweils aktuellen Stand wird berichtet unter http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/secompanies.html
5 Wegen Verletzung der Verfahrensvorschriften zur Aushandlung einer Beteiligungsvereinbarung, die nicht mit einem BVG ausgehandelt wurde – vielmehr wurde die mit der Bauholding Strabag AG bestehende EBR-Vereinbarung als SE-Vereinbarung vom EBR-Vorsitzenden unterzeichnet -, haben Europäische Gewerkschaften und die österreichische Bundesarbeitskammer Rechtsmittel gegen die Eintragung der BAUHOLDING STRABAG AG eingelegt, vgl. Gohde, der betriebsrat 6/2005 S.16ff.
6 Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft, SE, Baden-Baden 2005, Art. 12 SE-VO Rn. 13ff.

2005 die Allianz-AG angekündigt, sich in eine SE umzuwandeln.[7] Seit Oktober nimmt auch bereits der Handel mit Vorrats-SE Gestalt an. Unter dem 18.10. 2005 teilt die FORATIS AG im Internet mit,[8] dass die von ihr gegründete »Artrium Erste Europäische VV SE« bereits im Handelsregister von Düsseldorf eingetragen wurde und zur sofortigen Lieferung bereit stehe.

Nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO kann »eine SE … erst eingetragen werden, wenn eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer gemäß Art. 4 der RL 2001/86/EG geschlossen worden ist, ein Beschluss nach Artikel 3 Absatz 6 der genannten Richtlinie gefasst worden ist oder die Verhandlungsfrist nach Artikel 5 der genannten Richtlinie abgelaufen ist, ohne dass eine Vereinbarung zustande gekommen ist.«

In dieser Bestimmung kommt die herausragende Bedeutung zum Ausdruck, die der Europäische Gesetzgeber der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE beigemessen hat. Gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO kann folglich **im Regelfall** eine **SE nicht ohne eine Beteiligungsvereinbarung eingetragen** werden – es sei denn die Arbeitnehmervertretung hat auf den Abschluss einer solchen Vereinbarung ausdrücklich verzichtet oder die Verhandlungsfrist ist verstrichen, ohne dass es zum Abschluss einer solchen Vereinbarung gekommen ist. In jedem Fall muss also zumindest das Verfahren zur Aushandlung einer Beteiligungsvereinbarung nach der SE-RL **bis zur Errichtung eines beschlussfähigen Besonderen Verhandlungsgremiums (BVG)** fortgeschritten sein, damit eine SE gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO eingetragen werden kann.

Angesichts dieser – hier nur kursorisch skizzierten, scheinbar eindeutigen – Rechtslage scheint klar, dass eine SE nur eingetragen werden kann, wenn von den in Art. 12 Abs. 2 SE-VO genannten Ausnahmen abgesehen zuvor eine Beteiligungsvereinbarung nach den in der SE-RL vorgesehenen Regelungen abgeschlossen worden ist. Dagegen spricht allerdings nicht nur die geschilderte, (möglicherweise rechtswidrige) Praxis, sondern auch ein Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur[9] in Deutschland, der zufolge die Gründung von SE auch ohne Vorliegen dieser Voraussetzungen als zulässig angesehen wird.

7 Vgl. Allianz-Aktiengesellschaft, Presseinformation v. 11.9.2005. Danach soll das zweistufige Leitungssystem aus Vorstand und Aufsichtsrat fortgeführt werden, sich am »Prinzip der paritätischen Mitbestimmung nichts ändern« (ebd., S.2), aber die Größe des Aufsichtsrats verkleinert werden.

8 http://www.pressrelations.de/new/standard/result_main.cfm?aktion=jour_pm&comefrom=scan&r=207899

9 Lange, EuZW 2003, 301ff.; Müller-Bonanni/de Beauregard, GmbHR 2005, S.195ff.; Vossius, ZIP 2005, 741ff.; Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, S. 277ff.; Kienast, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea -, 2005, S.414ff.

Nachstehend wird nicht auf alle in diesem Zusammenhang erörterten Konstellationen eingegangen, sondern schwerpunktmäßig auf den Fall der Verwendung von sog. **»Vorrats-SE«**. Danach werden in einem ersten Schritt sog. »Vorrats-SE« ohne Arbeitnehmer (und damit auch ohne Mitbestimmungsvereinbarung oder Geltung einer Auffangregel) gegründet, die sodann in einem zweiten Schritt für eine nachträgliche Nutzung im Rahmen wirtschaftlicher Geschäftsbeziehungen angeboten werden.[10] Vorratsgründungen können die **Mitbestimmung in der SE** auf zweierlei Weise **umgehen**: Entweder dadurch, dass sie anschließend an Dritte veräußert werden und erst dort ihre eigentliche unternehmerische Tätigkeit aufnehmen oder aber dadurch, dass sie ihrerseits andere, ggf. auch mitbestimmte, Gesellschaften erwerben und deren Schicksale künftig diktieren, ohne dass es auf der entscheidungsrelevanten Ebene der SE eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer gibt.

10 Das ist bereits Praxis, vgl. die Pressemitteilung der FORATIS AG v. 18.10.2005, im Internet unter http://www.pressrelations.de/new/standard/result_main.cfm?aktion=jour_pm&comefrom=scan&r=207899

B.
Die Gutachtenfrage-stellungen

Daraus ergeben sich als zentrale Fragestellungen des Rechtsgutachtens:

1. Ist die **Eintragung** einer SE ohne Regelung einer Arbeitnehmerbeteiligung zulässig oder stellt dies einen Verstoß nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO dar? Insbesondere: Ist die Gründung und Eintragung von »Vorrats-SE« zulässig?
2. Stellt die nachträgliche **Nutzung** einer – in zulässiger Weise gegründeten – »Vorrats-SE« eine Umgehung der Gründungsvorschriften, namentlich von Art. 12 Abs. 2 SE-VO, dar?

C.
Rechtsgutachten

I. GRÜNDUNG EINER SE UND ARBEITNEHMER-BETEILIGUNG

1. VORBEMERKUNG

Die **Gründung einer Kapitalgesellschaft** wird durch gesetzliche Bestimmungen, die die Gründungsvoraussetzungen im Einzelnen näher festlegen, geregelt. Die **Eintragung** und ihre Bekanntmachung ist regelmäßig der **letzte Schritt** im Rahmen des **Gründungsvorgangs**. Ihm voraus geht – etwa bei der Aktiengesellschaft nach § 36 Abs. 1 AktG – die Anmeldung zur Eintragung und die gerichtliche Prüfung der Anmeldung (§ 38 AktG).

1.1. Die Bedeutung der Eintragung der SE

Nach Art. 12 Abs. 1 SE-VO wird jede SE gem. Art. 3 der Publizitäts-RL 68/151/EWG[11] im Sitzstaat in ein nach dessen Recht bestimmtes Register eingetragen. Sitzstaat ist der Mitgliedstaat, in dem der satzungsmäßige Sitz liegt. Gem. § 3 SEAG wird die SE nach den für Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften im Handelsregister eingetragen. Demnach ist eine SE gem. §§ 14 AktG, 8 HGB, 125 FGG in das Handelsregister bei dem Amtsgericht einzutragen, in dessen Bezirk sich der durch die Satzung bestimmte Sitz der SE befindet.

Die SE **entsteht** gem. Art 16 Abs. 1 SE-VO als juristische Person **mit ihrer Eintragung** in das Handelsregister. Dies entspricht der Regelung in § 41 Abs. 1 AktG (und § 11 Abs. 1 GmbHG), wonach die Aktiengesellschaft (bzw. GmbH) vor ihrer Eintragung in das Handelsregister **als solche** nicht existiert. Auch wenn i. d. R. bereits vor der Eintragung einer Kapitalgesellschaft vielfältige teilrechtsfähige Wirkungseinheiten und eine Fülle von Rechtsbeziehungen bestehen, wird der **Gründungsvorgang einer SE** mit der Wirkung der Entstehung einer neuen, selbständigen juristischen Person erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister abgeschlossen. Diese ist **konstitutiv** für die Entstehung der SE.[12] Umgekehrt bleibt die SE als juristische Person solange bestehen, wie sie in das Handelsregister eingetragen ist.

11 ABl. Nr. L 65 vom 14.3.1968, S.8, zuletzt geändert durch die Beitrittsakte von 1994.

12 Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff., 287.

1.2. Registergerichtliche Prüfung und anwendbare Rechtsnormen

Wegen dieser großen Relevanz der Eintragung für die Sicherheit des Rechtsverkehrs kommt der Pflicht des **Registergerichts** zur Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen hohe Bedeutung zu. Vorbehaltlich der Bestimmungen der SE-VO, der Satzung der SE sowie der nationalen Umsetzungsbestimmungen von speziell die SE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen finden auf eine deutsche SE gem. Art. 9 Abs. 1 c) ii und der Generalverweisung in Art. 15 Abs. 1 SE-VO die **Normen des deutschen Aktiengesetzes Anwendung**.[13]

Gem. Art. 12 Abs. 1 SE-VO sind bei der **Eintragung** einer SE neben den Vorschriften aus Art. 3 der Publizitätsrichtlinie 68/151/EG v. 9.3.1968 die – mit diesen Anforderungen übereinstimmenden – Eintragungsvorschriften nach nationalem Recht zu beachten.[14] In diesem Sinne bestimmt § 3 SEAG, dass die SE **gemäß den für Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften** im Handelsregister eingetragen wird. Dem gemäß hat das Registergericht nach § 38 Abs. 1 AktG zu prüfen, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist und andernfalls die Eintragung abzulehnen. Die **Prüfungspflicht** ist beschränkt auf die **gesetzlichen** Anforderungen, die – vorbehaltlich spezieller Gründungsvorschriften in der SE-VO und dem SEAG (vgl. z.B. Art. 17ff., 32f.) – die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung und den Errichtungsvorgang einschließlich der Prüfungsgegenstände des § 38 Abs. 2 AktG betreffen. Nach Art. 38 Abs. 3 AktG überprüft das Registergericht auch die **Satzung** auf ihre **Rechtmäßigkeit**. Die **Satzung einer SE** darf nach Art. 12 Abs. 4 SE-VO zu **keinem Zeitpunkt in Widerspruch** zu einer **ausgehandelten Beteiligungsvereinbarung** stehen. In diesem Zusammenhang hat das Registergericht auch das Vorliegen eines ggf. gefassten Negativbeschlusses des BVG zu prüfen, welcher das Verfahren zum Abschluss einer Beteiligungsveeinbarung verhindert oder abbricht (vgl. § 16 Abs. 1,2 SEBG).15 Da das AktG »naturgemäß«[16] keine Bestimmungen über die Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE enthält, bedarf es insoweit eines Rückgriffs auf die **einschlägigen Normen des Gemeinschaftsrechts**.

13 Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs.15/3405, Teil B, S. 30f.; die Hierarchie der auf eine SE anwendbaren Rechtsvorschriften wird eingehend dargestellt bei Theisen/Hölzl, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2002, Kap. D, S.247ff., 257.; Hommelhoff, Normenhierarchie für die Europäische Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, Köln 2005, S. 5ff.

14 Fuchs in: Manz/Mayer/Schröder Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft – SE, 2005, Art. 12 SE-VO Rn. 5ff., 7.

15 Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff., 288.

16 Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff., 288.

2. ARBEITNEHMERBETEILIGUNG UND GRÜNDUNGS-VORSCHRIFTEN

2.1. Anzuwendende Vorschriften

Neben der Anordnung in Art. 9 Abs. 1 c) ii SE-VO bestimmt Art. 15 SE-VO ausdrücklich, dass auch **auf die Gründung einer SE** neben den Bestimmungen der SE-VO das jeweilige **nationale Aktienrecht des Sitzstaates** Anwendung findet.

Art. 2 Abs. 1 bis 4 SE-VO enthält einen begrenzten Katalog zulässiger Gründungsformen. Vorgesehen sind danach 4 Gründungsvarianten (sog. numerus clausus)[17] an denen nur ein begrenzter Ausschnitt von Kapitalgesellschaften beteiligt sein kann, die einen transnationalen Charakter haben müssen.[18] Eine weitere, »sekundäre« Gründungsvariante[19] – Tochter-Gründung einer SE durch eine bereits bestehende SE – ergibt sich aus Art. 3 Abs. 2 SE-VO.

2.2. Gründungsvarianten und Regelungen zur Arbeitnehmerbeteiligung

2.2.1. Verschmelzung

Die **Gründungsform der Verschmelzung** ist in den Art. 17 bis 31 SE-VO näher geregelt. Nach Art. 20 Abs. 1 SE-VO müssen die Leitungs- oder die Verwaltungsorgane der sich verschmelzenden Gesellschaften einen **Verschmelzungsplan** auf-

17 Vgl. die Darstellungen bei Schwarz, ZIP 2001, 1847ff., 1851ff.; Pluskat, DStR 2001, 1483ff., 1485; Kleinsorge, RdA 2002, 343ff., 346ff.; Köstler in: Blanke, EBRG, 2. Aufl., 2005 (im Erscheinen), Teil A.; Reichert/Brandes, ZIP 2003, 767ff.; eingehend Neun, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, Kap. B, S.57ff.; Bayer, Die Gründung einer Europäischen Gesllschaft mit Sitz in Deutschland, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, Köln 2005, S.25ff.; Marsch-Barner, § 15. Die Holding-SE, in: Lutter (Hrsg.), Holding-Handbuch, 4. Aufl. Köln 2004, S. 933ff., 941ff.

18 Nach Pluskat, Die Arbeitnehmerbeteiligung in der geplanten Europäischen AG, DStR 2001, 1483ff., 1485, trifft dies nicht zu auf die – bei der Gründung einer Holding-SE (Art. 2 Abs. 2 SE-VO) und Tochter-SE (Art. 2 Abs. 3 SE-VO) zugelassene – Gründungsvoraussetzung des mindestens zweijährigen Haltens einer Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung. Insoweit handele es sich um eine »fingierte Mehrstaatlichkeit«. Dieser Charakterisierung ist jedoch nicht zu folgen: Nach den Vorgaben der SE-VO (Art. 2 Abs. 2 b, Abs. 3 b) müssen die Tochtergesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegen. Auch die Rechtsverhältnisse von Zweigniederlassungen bestimmen sich nach dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet. Allerdings kann die Bedeutung der Niederlassung derart gering sein, dass von Mehrstaatlichkeit kaum gesprochen werden kann, so zu Recht Schröder in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.)., Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Art. 2 Rn. 63.

19 Vgl. Lutter, BB 2002, 1ff., 4.

stellen. Dieser muss gem. Art. 20 Abs. 1 i) SE-VO **Angaben zu dem Verfahren**[20] enthalten, nach dem die Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer nach der SE-RL geschlossen wird. Der **Verschmelzungsplan** bedarf der Zustimmung der Hauptversammlungen jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften (Art. 23 Abs. 1 SE-VO). Die **Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE** ist im Verschmelzungsplan gem. Art. 23 Abs. 2 S.1 SE-VO nach **Maßgabe der SE-RL festzulegen**. Dabei kann die Hauptversammlung die Eintragung der SE von dem Vorbehalt ihrer ausdrücklichen Genehmigung der Beteiligungsvereinbarung abhängig machen (Art. 23 Abs. 2 S.2 SE-VO).

Die **Eintragung** einer SE setzt nach Art. 25ff. SE-VO die **Kontrolle der Rechtmäßigkeit** der Verschmelzung voraus. Die Rechtmäßigkeitskontrolle bezüglich des Verfahrensabschnitts, der die Durchführung der Verschmelzung und der Gründung der SE betrifft, erstreckt sich gem. Art. 26 Abs. 3 SE-VO neben der Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen nach nationalem Recht (Art. 26 Abs. 4 SE-VO) u.a. darauf, ob eine **Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer** gemäß der SE-RL geschlossen worden ist (Art. 26 Abs. 3 SE-VO). Die Formulierung ist so zu verstehen, dass sie – ebenso wie in Art. 20 Abs. 1 i) und Art. 23 Abs. 2 SE-VO – auch das Einverständnis mit dem Eingreifen der Auffangregelung einschließt.[21] Die Eintragung erfordert nämlich – entgegen dem Wortlaut – nicht in jedem Fall den Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung. Vielmehr bezieht sich die **Rechtmäßigkeitskontrolle** des Registergerichts, wie der systematische Zusammenhang ergibt, auch auf die Geltung der **Auffangvorschriften** und damit auch auf das Vorliegen eines evtl. **Negativbeschlusses des BVG**.[22] Im Ergebnis erstreckt sich die Rechtmäßigkeitsprüfung damit auf alle in Art. 12 Abs. 2 SE-VO genannten Alternativen der Rege-

20 Die Formulierung ist missverständlich; erfordert sind nicht lediglich Angaben zum BVG und dem Verhandlungsverfahren gem. Art. 6 SE-RL, sondern ebenso über das evtl. Eingreifen der Auffanglösungen über den SE-Betriebsrat und die Mitbestimmung kraft Gesetzes, vgl. Neun, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, Kap. B, S.57ff., 94f.

21 So zu Recht Schröder in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.)., Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Art. 26 SE-VO Rn. 14; ebenso Neun, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, Kap. B, S.57ff., 94f.; danach sind von dem Terminus »Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer« in Art. 26 Abs. 3, Art. 20 Abs. 1 i) und 23 Abs. 2 SE-VO sowohl die einvernehmliche Beteiligungslösung als auch die Auffangregelungen umfasst: »Der Begriff der Vereinbarung ist … als Ausdruck des Einverständnisses zur konkreten Arbeitnehmerbeteiligung, sei es auch über die Auffangregelung, und als Gegenteil einer zwangsweisen Anwendung zu interpretieren«, so Neun in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, Kap. B, S. 57ff., 95. Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil auch die Geltung der Auffangregelungen die Zustimmung des Leitungsorgans jeder der beteiligten Gesellschaften erfordert und voraussetzt, dass auch die Arbeitnehmerseite sich ihr nicht – in Form eines Negativbeschlusses des BVG – widersetzt.

22 Ausführlich Neun, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, Kap. B, S.57ff., 94f.

lung der Arbeitnehmerbeteiligung, die Voraussetzung einer Eintragung einer SE sind.

Die SE kann gem. Art. 27 Abs. 2 SE-VO erst »nach Erfüllung sämtlicher in den Art. 25 und 26 vorgesehener Formalitäten eingetragen werden«. Dies setzt, wie dargelegt, **nicht etwa den Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung voraus**; vielmehr genügt es, dass das **Beteiligungsregime** in der SE **bestimmt** ist und dass die in Art. 26 SE-VO angeordnete Rechtmäßigkeitskontrolle stattgefunden hat.

2.2.2. Holding

Weitgehend **parallele Gründungsvorschriften** bestehen für eine **Holding-SE**. Auch diese setzt einen Gründungsplan voraus, der **Angaben zu dem Verfahren über den Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung**[23] **nach der SE-RL** enthalten muss (Art. 32 Abs. 2 S.3 SE-VO), wobei in Art. 32 Abs. 6 Uabs.2 SE-VO nochmals klargestellt wird, dass sich die **Beteiligung der Arbeitnehmer nach den Bestimmungen der SE-RL** richtet. Der Gründungsplan einer SE-Holding muss – anders als bei der Verschmelzung – auch einen **Gründungsbericht** enthalten (§ 32 Abs. 2 S.2 SE-VO), der die Gründung aus rechtlicher wie wirtschaftlicher Sicht erläutert und begründet. In ihm sind ferner die **Auswirkungen** darzulegen, die der Übergang zur Rechtsform der SE **für die Arbeitnehmer** hat.[24] Auch für die SE-Holding gilt, dass sie erst eingetragen werden kann, wenn die in der SE-VO aufgestellten **Gründungsvoraussetzungen nachweislich erfüllt** sind (Art. 33 Abs. 5 SE-VO). Gem. Art. 15 Abs. 1 SE-VO (das SEAG enthält hierzu keine ausdrückliche Regelung) prüft in Deutschland das Registergericht am Sitz der Gesellschaft (§ 14 AktG) vor der Eintragung, ob die zu gründende Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist (§ 38 Abs. 1 AktG).

2.2.3. Tochter

Anders ist dies jedoch für die Gründung einer **Tochter-SE** und die **Umwandlung** einer AG in eine SE. In beiden Fällen fehlt eine ähnlich ausführliche Regelung der Gründungsvoraussetzungen, wie sie unter ausdrücklicher Einbeziehung der Arbeitnehmerbeteiligung nach der SE-RL für den Fall der Verschmelzung in Art. 17ff. vorgesehen ist.

23 Hier gelten die Ausführungen in Fn. 21 entsprechend, vgl. Neun, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, Kap. B, S. 57ff., 145.

24 Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Art. 32 Rn. 27, 29.

Bei der **Tochter-SE** richtet sich das **Gründungsverfahren ausschließlich nach nationalem Recht** (Art. 36 SE-VO). Die Vorschriften der Art. 17ff. SE-VO sind mangels einer Gesetzeslücke auch nicht analog anzuwenden.[25] Allerdings bestimmt **Art. 3 Abs. 1 SE-RL**, dass »nach der Vereinbarung eines Plans zur Gründung einer Tochtergesellschaft oder zur Umwandlung in eine SE« die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften »so rasch wie möglich die erforderlichen Schritte … für die Aufnahme von Verhandlungen mit den Arbeitnehmervertretern der Gesellschaften über die Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE« einleiten.[26] In der Parallelbestimmung des § 4 Abs. 2 SEBG werden die »erforderlichen Schritte« hinsichtlich der Informationspflichten der Leitungsorgane der gründungsbeteiligten Gesellschaften inhaltlich näher präzisiert.

2.2.4. Umwandlung

Im Gegensatz zur Gründung einer Tochter-SE enthält die SE-VO für den Fall der SE-Gründung im Wege der **Umwandlung** in Art. 37 Abs. 2 einen – wenn auch versteckten – Hinweis auf die vorherige Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung i.S. der SE-RL als Eintragungsvoraussetzung der SE. Dort heißt es: »Unbeschadet des Artikels 12 hat die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine SE weder die Auflösung der Gesellschaft noch die Gründung einer neuen juristischen Person zur Folge«. Die Formulierung »unbeschadet des Art. 12« bedeutet, dass die Eintragungsvoraussetzungen nach Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO auch auf die Gründung einer SE durch Umwandlung anzuwenden sind.[27] Eine weitere Erwähnung der Arbeitnehmermitbestimmung enthält Art. 37 Abs. 8 SE-VO, der den Mitgliedstaaten die Option einräumt, die Umwandlung von der (ggf. sogar einstimmigen) Zustimmung des Organs der umzuwandelnden Gesellschaft, in der die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorgesehen ist, abhängig zu machen.

25 Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.)., Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Art. 35 SE-VO Rn. 7; Bayer, Die Gründung einer Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.25ff., 59; a.A. Casper, FS Ulmer, 2003, S.51ff.

26 Daraus folgt, dass auch in den Fällen der Gründung einer SE durch Umwandlung oder einer Tochter-SE die Erstellung eines **Gründungsplans** erforderlich ist; dies wird für den Umwandlungsfall in Art. 37 Abs. 4 SE-VO ausdrücklich angeordnet. Ob der dort ebenfalls angeordnete **Gründungsbericht**, der auch die Auswirkungen des Übergangs zur Rechtsform einer SE für die Arbeitnehmer dazustellen hat, **obligatorisch** ist (so Neun in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, Kap. B, S.57ff., 179) oder ob hierauf unter den Voraussetzungen nach § 192 Abs. 3 UmwG ausnahmsweise verzichtet werden kann (so Bayer, Die Gründung einer Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.25ff., 61), ist str.; dies kann hier dahingestellt bleiben.

27 Schröder in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.)., Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Art. 37 SE-VO Rn. 6.

2.2.5. Gründung einer SE-Tochter durch SE-Mutter nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO

Bei dieser erst spät in die SE-VO aufgenommene Gründungsvariante (»sekundäre« Gründungsform)[28] handelt es sich um einen Sonderfall der Gründung einer Tochter-SE nach Art. 2 Abs. 3 SE-VO. Sie unterliegt **erleichterten Anforderungen** insofern, als es in Gestalt einer bereits bestehenden Mutter-SE nur **einer** Gründerin bedarf und auf das Erfordernis der **Mehrstaatlichkeit** – etwa durch den Nachweis einer seit mindestens zwei Jahren existierenden, dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegenden Tochtergesellschaft oder einer Zweigniederlassung – verzichtet wurde. Spezielle Gründungsvorschriften für diese Gründungsform einer SE bestehen nicht, auch nicht hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung.

2.3. Arbeitnehmerbeteiligung als Eintragungsvoraussetzung gem. Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO

2.3.1. Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO

Über die dargestellten Gründungsbestimmungen der SE-VO hinaus ist nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO generell **Voraussetzung der Eintragung einer SE**, dass »eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer gemäß Art. 4 der RL 2001/86/EG geschlossen worden ist, ein Beschluss nach Artikel 3 Absatz 6 der genannten Richtlinie gefasst worden ist oder die Verhandlungsfrist nach Artikel 5 der genannten Richtlinie abgelaufen ist, ohne dass eine Vereinbarung zustande gekommen ist.« Zentraler Gegenstand dieses Gutachtens ist die Frage, ob auf Grund dieser Bestimmung die Gründung oder nachträgliche Nutzung einer »Vorrats-SE« dann unzulässig ist, wenn die in ihr formulierten Voraussetzungen für die Eintragung einer SE nicht gegeben sind. Deshalb sind diese Voraussetzungen zunächst näher zu erläutern.

2.3.1.1. Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung

Im Regelfall[29] setzt nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO die **Eintragung einer SE** den **Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung** zwischen dem Besonderen Verhandlungsgremium (BVG), welches die Arbeitnehmer vertritt, und den zuständigen Organen der beteiligten Gesellschaften voraus. Gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO bestehen hierzu **zwei Alternativen**:

28 Lutter, BB 2002, 1ff., 4.

29 So zu Recht Freis/Nagel in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 22 Rn. 1.

2.3.1.2. Negativbeschluss des BVG

Einmal, wenn das auf Arbeitnehmerseite für die Aushandlung der Beteiligungsvereinbarung zuständige besondere Verhandlungsgremium (BVG) einen – im Fall der SE-Gründung durch Umwandlung allerdings gem. Art. 3 Abs. 6 Uabs. 3 (§ 16 Abs. 3 SEBG) ausgeschlossenen – **Negativbeschluss** nach Art. 3 Abs. 6 SE-RL (§ 16 Abs. 1 SEBG) gefasst hat mit dem Inhalt, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abzubrechen. Ein solcher Beschluss, der in der Praxis relativ unwahrscheinlich sein dürfte,[30] setzt zu seiner Wirksamkeit eine doppelt qualifizierte Mehrheit von 2/3 der Mitglieder des BVG, die zugleich mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten müssen, voraus. Er beendet das Verfahren zum Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung und **hat zur Konsequenz**, dass die Auffangvorschriften über den **SE-Betriebsrat kraft Gesetzes und die Mitbestimmung kraft Gesetzes nicht eingreifen** (Art. 3 Abs. 6 Uabs. 1 S.3, § 16 Abs. 2 SEBG).

Statt dessen finden gem. Art. 13 Abs. 3 a SE-RL, § 47 Abs. 1 SEBG die **nationalen Beteiligungsvorschriften der Arbeitnehmer in der SE**, ihren **Tochtergesellschaften** und **Betrieben** einschließlich der EBR-Beteiligung Anwendung,[31] wenn die Voraussetzungen hierfür (Größe, gemeinschaftsweite Tätigkeit) gegeben sind, Anwendung – allerdings mit Ausnahme der Mitbestimmungsregeln in ihren Organen (Art. 13 Abs. 3 b SE-RL, § 47 Abs. 1 Nr. 2 SEBG). Das SEBG enthält nämlich nur in Bezug auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der

30 Köstler, ZGR 2003, 800, 806; ähnlich Reichert/Brandes, ZGR 2003, 767,774, die aber denkbare Motive für einen solchen Beschluss benennen; jedenfalls nach den Erfahrungen bei der Errichtung von EBR, bei denen das BVG ebenfalls einen »Negativbeschluss« fassen kann, sind solche Verzichtserklärungen von Seiten der Arbeitnehmervertreter ausgesprochen rar; ein derartiger Beschluss wäre nicht nur Ausdruck von »Verhandlungs-Unklugheit«, so Köstler, DStR 2005, 745ff., 749, sondern seine Rechtswirksamkeit ist zudem zweifelhaft, da die Beteiligung ein **europäisches Grundrecht** (vgl. Art. 27 der – nicht rechtsverbindlichen, aber in den Entwurf des Verfassungstextes der EU integrierten Grundrechte-Charta der EU, Art. 17 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer v. 9.12.1989 und Art. 21 der revidierten Europäischen Sozialcharta vom 3.5.1996) **aller Arbeitnehmer** ist und ein – immerhin für zwei Jahre dauernder – Verzicht auf dieses Recht durch Repräsentanten der Arbeitnehmer deren Gestaltungsbefugnisse möglicherweise überdehnt, vgl. unter Bezugnahme auf die französische Doktrin, die das Recht auf Information und Anhörung als libertés collectives qualifiziert, und die einschlägige Rechtsprechung des Französischen Court de Cassation (vgl. Cass. Soc. 17 June 1995, Droit social 1996, 42; Cass. Soc. 12 March 1996, Revue de jurisprudence sociale 1996, nr. 439 and Cass. Soc. 17 July 1996, Revue de Jurisprudence sociale 1996, 687) Dorssemont, Contractual governance of management and labour law in EC Labour Law, 2006 (Im Erscheinen).

31 Köstler, DStR 2005, 745ff., 749; Nagel, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 22 Rn. 2; Kleinsorge, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 47 Rn. 6.

SE abschließende Regelungen, die den jeweiligen nationalen Mitbestimmungsregelungen vorgehen.[32]

2.3.1.3. Ablauf der Verhandlungsfrist

Die andere Alternative besteht unter der Voraussetzung, dass die Verhandlungsfrist von 6, ggf. bei einvernehmlicher Verlängerung von 12 Monaten (§ 20 SEBG) **ergebnislos abgelaufen** ist. In diesem Fall setzt aber die Eintragung der SE gem. Art. 7 Abs. 1 b) SE-RL voraus, dass das zuständige Organ jeder der beteiligten Gesellschaften der **Anwendung der Auffangvorschriften** auf die SE **zugestimmt** hat.

Demnach greift **die Mitbestimmung nach den Auffangvorschriften ein**. Sie kommt nicht bereits immer schon dann zur Anwendung, wenn **überhaupt Mitbestimmungsregelungen** für eine der gründungsbeteiligten Gesellschaften (welcher Art und Größenordnung auch immer) **gegolten haben**[33], sondern nur unter den für die einzelnen Gründungstatbestände näher qualifizierten Voraussetzungen nach Art. 7 Abs. 2 SE-RL, § 34 Abs. 1 SEBG. Werden die hier definierten Anteilswerte »mitbestimmungsberechtigter« Arbeitnehmer an der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller gründungsbeteiligten Gesellschaften und ihrer betroffenen Tochtergesellschaften,[34] nicht erreicht, so kann gleichwohl die **Anwendung der Auffangregelungen über die Mitbestimmung durch Beschluss des BVG** herbei geführt werden. Im Ergebnis kann daher, sofern in den gründungsbeteiligten Gesellschaften überhaupt Mitbestimmung bestand und deren Leitungsorgane das Verfahren zur Eintragung der SE weiter betreiben wollen, **immer** das Eingreifen der Auffangregelungen über die Mitbestimmung in der SE durch Beschluss des BVG **bewirkt werden**.[35]

Bestanden keinerlei Mitbestimmungsvorschriften in den gründungsbeteiligten Gesellschaften, so findet eine **Mitbestimmung in der SE** nach den Auffangvorschriften **auch nach dieser Alternative nicht statt**. Es kommt aber **neben** der Anwendung der inländischen Beteiligungsvorschriften zur Bildung eines SE-BR kraft Gesetzes (§§ 47 Abs. 1, 22 Abs. 1 SEBG). Da ein SE-BR zu bilden ist, verdrängt dieser die Anwendung der Regeln nach dem EBRG.

32 Kleinsorge in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 47 Rn. 2.

33 Dies könnte die isolierte Betrachtung der Auffangregelung Teil 3 c SE-RL nahe legen.

34 Dies sind nach der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 4 SEBG solche Tochtergesellschaften, die zu Tochtergesellschaften der SE werden sollen.

35 Kritisch dazu Calle Lambach, RIW 2005, 161ff., 165.

2.3.2. Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 3 SE-VO: »Opting-out«

Ein **weiterer Sonderfall der Eintragung einer SE** ohne Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung ergibt sich, allerdings bei genauerer Betrachtung **nur scheinbar**, aus Art. 12 Abs. 3 SE-VO unter Bedingungen der sog. »Spanischen Klausel« nach Art. 7 Abs. 3 SE-RL. Art. 7 Abs. 3 SE-VO eröffnet den Mitgliedstaaten eine **Ausstiegsoption von der Verschmelzungsregelung** in Art. 7 Abs. 2 b SE-RL.[36] Deutschland hat von dieser Option ebenso wenig Gebrauch gemacht wie die anderen Mitgliedstaaten, die die SE-VO und SE-RL bislang umgesetzt haben.[37]

Im Regelfall einer **SE-Gründung durch Verschmelzung** erfordert die Anwendung der Auffangvorschriften neben der Vereinbarung ihrer Anwendung (oder der einseitigen Zustimmung der Leitungsorgane der Gesellschaften zu ihrer Anwendung nach erfolglosem Ablauf des Verhandlungszeitraums), dass in einer oder mehreren der zu verschmelzenden Gesellschaften **bereits Mitbestimmungsregelungen bestanden**. Galten diese für weniger als 25% der betroffenen Arbeitnehmer, so kann das BVG beschließen, dass die Auffangregelungen gleichwohl zur Anwendung kommen. Die **Ausstiegsklausel** des Art. 7 Abs. 3 SE-VO **eröffnet** den Mitgliedstaaten **die Möglichkeit, diese Regelung nicht zur Anwendung kommen zu lassen.**

Im Falle eines derartigen **»opting-out«**, welches **nur für SE-Gründungen durch Verschmelzung** vorgesehen ist, kommen die **Auffangvorschriften über die Mitbestimmung** der SE-RL **nicht** zur Anwendung. Für diesen Fall sieht aber die Bestimmung des Art. 12 Abs. 3 SE-VO vor, dass eine Eintragung einer Verschmelzungs-SE nur stattfindet, wenn für diese eine »Vereinbarung … über die Modalitäten der Beteiligung von Arbeitnehmern – einschließlich der Mitbestimmung – geschlossen wurde« – **es sei denn**, es galten für **keine der gründungsbeteiligten Gesellschaften** Mitbestimmungsvorschriften.

Diese Konstellation – **Nichtgeltung von Mitbestimmungsvorschriften in den gründungsbeteiligten Gesellschaften** – ist identisch ist mit dem zuvor (unter 2.3.1.3.) dargestellten »regulären« Fall der Eintragung einer SE, wenn keine Mitbestimmungsvereinbarung geschlossen wurde und auch eine Mitbestimmung nach den Auffangvorschriften **nicht** erfolgt, weil für **keine der gründungsbeteiligten Gesellschaften Mitbestimmungsvorschriften galten**. Folglich fügt dieser Tatbe-

36 Der Ausdruck »Spanische Klausel« rührt daher, dass diese Regelung auf ein im Vorfeld des SE-Kompromisses von Nizza vom 20.12.2000 an die Regierung Spaniens gemachtes Zugeständnis zurückgeht, vgl. Pluskat, DStR 2001, 1483ff., 1488; Fuchs in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Art. 12 SE-VO Rn. 21.

37 Zum aktuellen Stand (20.9.2005) der Umsetzung siehe die homepage des Projekts SEEUROPE: www.see-europe-network.org/homepages; danach steht die definitive Umsetzung derzeit nur noch in 7 Mitgliedstaaten aus.

stand den in Art. 12 Abs. 2 SE-VO genannten Eintragungsvoraussetzungen keine weitere, selbständige Eintragungsvariante hinzu.

2.3.3. Fazit: Varianten der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE

Zusammenfassend ist festzuhalten:

1. Die dargestellten Konstellationen sind **zwingende Eintragungsvoraussetzungen** einer SE. Dies kommt in den Eingangsformulierungen der Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 SE-VO unzweideutig zum Ausdruck. So heißt es in Art. 12 Abs. 2 SE-VO: »Eine SE kann erst eingetragen werden, wenn …« Entsprechend lautet Art. 12 Abs. 3 SE-VO: »Voraussetzung dafür, dass eine SE in einem Mitgliedstaat … registriert werden kann, ist«.
2. Die unterschiedlichen Fallgestaltungen gem. Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO regeln **Art und potentielles Ausmaß der Arbeitnehmerbeteiligung** in der SE.
3. Die **Eintragung einer SE** setzt nach Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO **immer** voraus, dass eine **Beteiligung der Arbeitnehmer** in der SE gegeben ist. Im Einzelnen erfolgt diese
   a) gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO, 1. Alt. nach Maßgabe der abgeschlossenen Beteiligungsvereinbarung,
   b) gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO, 2. Alt. nach Maßgabe der nationalen »betriebsverfassungsrechtlichen« Beteiligungsvorschriften (einschließlich der EBR-Bestimmungen),
   c) gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO, 3. Alt. nach Maßgabe der Auffangvorschriften über den SE-Betriebsrat und ggf. nach Maßgabe der Auffangvorschriften über die Mitbestimmung, sofern die Voraussetzungen hierfür (AN-Quoren, ggf. Beschluss des BVG) vorliegen, und
   d) gem. Art. 12 Abs. 3 SE-VO (»Optionslösung«) nach Maßgabe der abgeschlossenen Beteiligungsvereinbarung oder, falls in den gründungsbeteiligten Gesellschaften keine Mitbestimmungsvorschriften galten, nach Maßgabe der nationalen »betriebsverfassungsrechtlichen« Beteiligungsvorschriften.[38] Diese Alternative kann aber, da Deutschland von der Ausstiegsoption im Fall der SE-Gründung durch Verschmelzung keinen Gebrauch gemacht hat, außer Betracht bleiben.

38 Die Anwendung der Bestimmungen nach dem EBRG scheidet deshalb aus, weil im Fall einer Ausstiegsoption durch einen Mitgliedstaat lediglich die Auffangvorschriften über die Mitbestimmung nicht zur Anwendung kommen, vgl. Art. 7 Abs. 3 SE-RL. Die Auffangregelungen über die Bildung eines SE-Betriebsrats kraft Gesetzes, die zur Verdrängung der Vorschriften über den EBR führen, bleiben dagegen anwendbar.

4. Zur **Anwendung von Mitbestimmung** in der SE kommt es nach Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO unter folgenden Voraussetzungen:
   a) Gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO, 1. Alt. wenn Regelungen hierzu in der abgeschlossenen **Beteiligungsvereinbarung** vorgesehen sind,
   b) gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO, 3. Alt. nach **Maßgabe der Auffangvorschriften** über die Mitbestimmung, sofern die Voraussetzungen hierfür (AN-Quoren, ggf. Beschluss des BVG) vorliegen, und
   c) gem. Art. 12 Abs. 3 SE-VO nach Maßgabe der zwingend vorgeschriebenen **Beteiligungsvereinbarung**, die auch Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer enthalten muss.

   In den beiden letzteren Fällen scheidet die Anwendung von Mitbestimmungsregelungen auf die SE nur dann definitiv aus, wenn in den Gründungsgesellschaften keine Mitbestimmung bestand.
5. Die **Eintragung einer SE** setzt **immer** voraus, dass Vorschriften über die **Beteiligung der Arbeitnehmer** zumindest im Sinne der nationalen Regelungen oder Gepflogenheiten und ggf. zusätzlich nach Maßgabe der Regelungen über die Information und Anhörung des SE-Betriebsrats eingreifen. Das Eingreifen von Mitbestimmungsregelungen richtet sich dagegen nach den gem. Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO abgeschlossenen Beteiligungsvereinbarungen bzw. im Fall des Art. 12 Abs. 2, 3. Alternative SE-VO nach den Auffangregelungen über die Mitbestimmung kraft Gesetzes.

Festzuhalten ist demnach, dass zwar nicht der Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung in allen Fällen **zwingende Voraussetzung der Eintragung einer SE** ist (dies ist, sofern in den gründungsbeteiligten Gesellschaften Mitbestimmungsvorschriften galten, nur gem. Art. 12 Abs. 3 SE-VO unter der Voraussetzung des »opt-out« eines Mitgliedstaates der Fall), wohl aber, dass die **Beteiligung (und u.U. Mitbestimmung) der Arbeitnehmer geregelt** ist. **Andernfalls** kann nach dem eindeutigen Wortlaut der Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO eine SE **nicht eingetragen bzw. registriert** werden.[39]

39 So ausdrücklich Fuchs in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Art. 12 SE-VO Rn. 14 unter Bezugnahme auf die Begründung der Kommission zur entsprechenden Regelung in Art. 8 Abs. 3 SE-VO des Entwurfs von 1991, BT-Drs.12/1004 v. 30.7.1991; Nagel, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, S.34 Rn. 7; Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff., 283, 287ff.; Bayer, Die Gründung einer Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.25ff., 41; Kleindiek, Die Eintragung der Europäischen Gesellschaft im Handelsregister, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.95ff., 103; zur identischen Rechtslage nach dem Entwurf der SE-VO von 1991 (BT-Drs.12/1004 v.30.7.1991) vgl. Gutsche, Die Eignung der Europäischen Aktiengesellschaft für kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland, 1994, S.48.

3. PRÜFUNGSPFLICHT DES REGISTERGERICHTS

Aus den dargestellten Gründen ist eine **materielle Prüfungspflicht des Registergerichts**[40] dahingehend zu bejahen, dass eine Regelung über die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE, die jedenfalls die **Einleitung eines Verfahrens zum Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung** voraussetzt, getroffen worden ist. Dies wird bestärkt durch die in Art. 12 Abs. 1 und 2 SE-RL den Mitgliedstaaten auferlegte Verpflichtung, für die Einhaltung der RL durch geeignete Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren Sorge zu tragen. Die Leitungen der gründungsbeteiligten Gesellschaften können ihren entsprechenden Informationsverpflichtungen gegenüber dem Registergericht aufgrund der Verfahrensvorschriften zur Dokumentation der Tätigkeit und Beschlussfassung des BVG problemlos genügen. So erfolgt die Einladung zur konstituierenden Sitzung des BVG durch die Leitungen gem. § 12 Abs. 1 S.1 SEBG, womit der zeitliche Beginn der Verhandlungen dokumentiert werden kann und ist eine Niederschrift über die Beschlussfassung im BVG (einschließlich eines etwaigen »Negativbeschlusses« nach § 16 Abs. 1 SEBG) gem. § 17 S.1 SEBG anzufertigen, von der die Leitungen gem. § 17 S.2 SEBG eine Abschrift erhalten.

4. ERGEBNIS: KEINE SE-EINTRAGUNG OHNE BILDUNG EINES BVG

Die dargestellten Bestimmungen nötigen zu dem Schluss, dass eine **Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung** nach der SE-RL **zwingende Eintragungsvoraussetzung** einer SE ist. Dies bedeutet nicht, dass eine SE nur eingetragen werden kann, wenn eine **Vereinbarung** über die Arbeitnehmerbeteiligung nach Art. 4 SE-RL (§ 21 SEBG) zwischen einem BVG und den zuständigen Organen der beteiligten Gesellschaften wirksam abgeschlossen worden ist. Vielmehr ist eine Eintragung einer SE gem. Art 12 Abs. 2 SE-VO auch immer dann zulässig, wenn die von der SE-RL vorgezeichneten Alternativen der Arbeitnehmerbeteiligung auf den nach der SE-RL bestimmten Verfahrenswegen zum Einsatz kommen.

Das bedeutet, dass in jedem Fall die **Bildung eines BVG** nach den Vorschriften der SE-RL (bzw. den entsprechenden nationalen Umsetzungsbestimmungen) vorgenommen worden sein muss, weil andernfalls weder ein Negativbeschluss dieses

40 vgl. zum Folgenden Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff., 288.

Gremiums nach Art. 3 Abs. 3 SE-RL gefasst werden kann noch die Verhandlungen – sei es erfolgreich, sei es ergebnislos – geführt worden sein können.[41]

Hierfür sind im wesentlichen die **folgenden Argumente** ausschlaggebend:

Nach dem Willen des Europäischen Gesetzgebers stellen die **Regelungen der SE-VO und der SE-RL** eine **untrennbare Einheit** dar.[42] Dies betont nicht nur Erwägungsgrund 19 der SE-VO[43], sondern wird zudem in Art. 12 Abs. 4 SE-VO, wonach die Satzung der SE zu keinem Zeitpunkt in Widerspruch zu der ausgehandelten Vereinbarung stehen darf und ggf. die Satzung entsprechend anzupassen ist, ausdrücklich bekräftigt. Aus dieser Bestimmung geht weiterhin hervor, dass dem **BVG** als Verhandlungsgremium und Vereinbarungspartei auf Arbeitnehmerseite **»satzungsrelevante Kompetenz«** und infolge der Errichtung einer dauerhaften Arbeitnehmerrepräsentation eine zumindest mittelbare Befugnis zur Einflussnahme auf die Unternehmensverfassung zukommt.[44]

Die Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung ist als konstitutiver Bestandteil der Unternehmensverfassung einer SE ausdrücklich in den Rang einer **zwingenden Eintragungsvoraussetzung** erhoben worden.[45] Dies ergibt sich aus **Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO** sowie den Gründungsvorschriften zu den **einzelnen Gründungsfor-**

41 Allgemeine Ansicht; vgl. Heinze, ZGR 2002, 66ff.; Henssler, FS Ulmer 2003, S.193ff.; Herfs-Rötten, NZA 2001, 424ff.; Kleindiek, Die Eintragung der Europäischen Gesellschaft im Handelsregister, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.95ff., 102ff.,105; Kleinsorge, RdA 2002, 343ff.; Kraushaar, BB 2003, 1614ff.; Lange, EuZW 2003, 301ff., 305; Nagel, AuR 2001, 406ff.; Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff. 290; Pluskat, DStR 2001, 1483ff.; Teichmann, BB 2004, 53ff., 56; dies ist inzwischen auch gerichtlich mehrfach bestätigt worden, vgl. die Beschlüsse des AG Hamburg v. 28.6. und 21.7.2005 – Az: 66 AR 76/05 – und des LG Hamburg v.30.9.2005 – Az: 417 T 15/05.

42 Grobys, NZA 2004, 779ff; Kleinsorge, RdA 2002, 343ff., 346; Hennings in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.)., Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Art. 1 SE—RL Rn. 1; Nagel, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, S.34 Rn. 7.

43 Er lautet: »Die Stellung der Arbeitnehmer in der SE wird durch die Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer auf der Grundlage von Artikel 308 des Vertrages geregelt. Diese Bestimmungen stellen somit eine *untrennbare Ergänzung* der vorliegenden Verordnung dar und müssen zum gleichen Zeitpunkt anwendbar sein.« (Hervorhebg. T.B.). Die Einheit von SE-VO und SE-RL betonen ferner Erwägungsgründe 20, 22 der SE-VO, vgl Kleinsorge, RdA 2002, 343. 346.

44 Kraushaar, BB 2003, 1614ff., 1616; Herfs-Röttgen, NZA 2002, 358ff., 364; vgl. im übrigen auch Art. 40 Abs. 2, 43 Abs. 2 und 3 SE-VO, wonach die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats und des Verwaltungsrats unter Berücksichtigung einer evtl. abgeschlossenen Vereinbarung über die Mitbestimmung zu erfolgen hat.

45 Teichmann, 2002, 383ff., 392; Pluskat, DStR 2001, 1483ff., 1486; Kleinsorge, RdA 2002, 343, 347; Niklas, NZA 2004, 1200, 1203; Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff., 283, (»unauflöslicher Zusammenhang von Beteiligungsvereinbarung und Erlangung der Rechtsfähigkeit«); speziell für die Holding-SE: Marsch-Barner, in: Lutter (Hrsg.), Holding-Handbuch, 2004, S. 933ff., 951ff.

men der SE. Zwar betonen letztere in unterschiedlich intensiver Weise das Erfordernis der Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung nach der SE-RL als wesentlicher Bestandteil der Gründungsvoraussetzungen. Am nachdrücklichsten ist dies – einschließlich der ausdrücklichen Anordnung der registergerichtlichen Kontrollpflicht bei der Eintragung – im Zusammenhang mit den Gründungsvorschriften im **Verschmelzungsfall** (Art. 27ff. SE-VO) und unwesentlich schwächer für den Fall der Gründung einer **Holding-SE** (Art. 32f. SE-VO) geregelt. Für den **Umwandlungsfall** enthält die SE-VO nur einen knappen Hinweis auf die Arbeitnehmerbeteiligung als Eintragungsvoraussetzung (Art. 37 Abs. 2 SE-VO), im Fall der **Tochter-SE** fehlt (über die allgemeine Regelung in Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO und in Art. 3 Abs. 1 SE-RL hinaus) jede zusätzliche Betonung dieses Erfordernisses. Aber das unterschiedliche Ausmaß an Detailregelungen der einzelnen Gründungsbestimmungen erklärt sich nicht aus Unterschieden hinsichtlich der Bedeutung der Arbeitnehmerbeteiligung[46] für die verschiedenen Typen der SE, sondern aus unterschiedlichen gesetzlichen Schutzanforderungen, die mit den jeweiligen Umwandlungsvorgängen verbunden sind.[47]

Die SE-RL (gleiches gilt für das SEBG) geht **zwingend** davon aus, dass im Zuge der Gründung einer SE **in jedem Fall ein BVG zu bilden** ist (Art. 3 Abs. 2 SE-RL), dessen Aufgabe in der Aushandlung einer Beteiligungsvereinbarung mit den Organen der gründungsbeteiligten Gesellschaften besteht. Dieses Erfordernis besteht nach dem Wortlaut der SE-RL **ausnahmslos**.[48] Es gilt auch für die **Gründungsvariante der formwechselnden Umwandlung** einer AG in eine SE. Für diesen Fall schreibt die SE-RL vor, dass die Fortführung »aller Komponenten« der bisherigen Arbeitnehmerbeteiligung in der AG auch für die SE zwingend ist (Art. 4 Abs. 4). Obwohl dadurch der zulässige Verhandlungsspielraum des BVG »nach unten« begrenzt ist (ebenso nach § 15 Abs. 5 SEBG), kann selbst mit Einverständnis der Arbeitnehmer

46 Die entsprechenden Bezugnahmen im Fall der Verschmelzung und der Holding-SE sind in der SE-VO gegenüber dem Vorschlag einer SE-VO aus dem Jahr 1991 neu aufgenommen worden, vgl. Schwarz, Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2001, 1847ff., 1851ff. Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff., 288.

47 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S.294; ebenso Kleindiek, Die Eintragung der Europäischen Gesellschaft im Handelsregister, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.95ff., 103.

48 So ausdrücklich AG Hamburg v. 28.6. und 21.7.2005 – Az: 66 AR 76/05 – und LG Hamburg v.30.9.2005 – Az: 417 T 15/05, s. im Anhang; Heinze, ZGR 2002, 66ff.; Henssler, FSm Ulmer 2003, S.193ff.; Herfs-Rötten, NZA 2001, 424ff.; Kleindiek, Die Eintragung der Europäischen Gesellschaft im Handelsregister, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.95ff., 102ff.,105; Kleinsorge, RdA 2002, 343ff.; Kraushaar, BB 2003, 1614ff.; Lange, EuZW 2003, 301ff., 305; Nagel, AuR 2001, 406ff.; Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff. 290; Pluskat, DStR 2001, 1483ff.; Teichmann, BB 2004, 53ff., 56.

weder von der Bildung des BVG noch von Verhandlungen abgesehen werden.[49] Denn das BVG ist im Umwandlungsfall nach Art. 3 Abs. 6 Uabs.3 SE-RL (§ 16 Abs. 3 SEBG) gehindert, einen Beschluss fassen, wonach es keine Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung aufnimmt oder bereits aufgenommene Verhandlungen abbricht, sofern in der umzuwandelnden AG Mitbestimmung bestand. Ein BVG ist auch dann zu bilden, wenn keine der gründungsbeteiligten Gesellschaften der Mitbestimmung unterliegt und klar ist, dass dies auch für die SE gelten soll.[50]

Das Erfordernis zur Bildung eines BVG und zur Aufnahme von Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung erklärt sich aus der **rechtskonstruktiven Verzahnung** der **Arbeitnehmerbeteiligung** mit der Gründung und **Errichtung einer SE:** Die Erlangung von Rechtspersönlichkeit (Art. 1 Abs. 3 i. Vb. mit Art. 16 Abs. 1 SE-VO) ist an die Eintragung der SE geknüpft. Der Europäische Verordnungsgeber geht davon aus, dass die Organe der gründungsbeteiligten Gesellschaften eine SE als juristische Person gründen wollen und mithin daran interessiert sind, sicherzustellen, dass die notwendigen Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sind.[51] An dieses **Eigeninteresse der Gründungsgesellschaften** anknüpfend hat er die Bestimmungen zur Schaffung eines BVG und zum Ablauf der Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung unter der Prämisse ausgestaltet, dass diese **von sich aus** die **Initiative zur Bildung eines BVG ergreifen**[52] und hierzu nicht erst auf Antrag

49 Neun in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, Kap. B, S.57ff., 179; wenn man in diesem Einzug eines Sicherungsnetzes gegen die Absenkung von Beteiligungsrechten eine »Knebelung« der Arbeitnehmerseite sieht, so Lange, EuZW 2003, 301ff., 305, so beruht dies auf einer verzerrten Optik. Denn die Kosten des BVG und einer etwaigen Verzögerung der Errichtung der SE hat das Unternehmen zu tragen und es bleibt eine lohnenswerte Aufgabe der Arbeitnehmervertretung, eine vertragliche Verbesserung der Beteiligungsformen der Arbeitnehmer an Unternehmensangelegenheiten anzustreben. Die RL hindert im übrigen nicht den raschen Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung, die den Anforderungen des Art. 4 Abs. 4 SE-RL genügt. Kommt es nicht zum Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung, so bleibt die Mitbestimmung gemäß den Auffangregelungen erhalten (Auffangregelung SE-RL, Teil 3 a; § 34 Abs. 1 1. SEBG).

50 Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff. 290; unter besonderem Erfolgszwang stehen die Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung einschließlich der Mitbestimmung bei einer SE-Gründung durch Verschmelzung dann, wenn in einer der gründungsbeteiligten Gesellschaften Mitbestimmung bestand und der Mitgliedstaat, in dem sich der Sitz der künftigen SE befinden soll, von der Optionslösung gebraucht gemacht hat, so dass in diesem Fall die Auffangregelungen über die Mitbestimmung keine Anwendung finden – dann setzt nämlich eine Eintragung in dem angestrebten Sitzstaat nach Art. 12 Abs. 3 SE-VO zwingend voraus, dass eine Vereinbarung über die Mitbestimmung getroffen wird. Auch in diesem Fall ist ein BVG zu errichten, vgl. Neun, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, Kap. B, S.57ff., 128.

51 Kleinsorge in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 4 Rn. 2.

52 Köstler, ZGR 2003, 800ff., 805; Grobys, NZA 2004, 779ff., 780; Reichert/Brandes, ZGR 2003 767ff., 772; Krause, BB 2005, 1221ff., 1223.

der Arbeitnehmer – und ggf. auf der Basis von diesen erst gerichtlich durchzusetzender Auskunftsansprüche – tätig werden. So bestimmt § 4 Abs. 1 S.1 SEBG: »Das besondere Verhandlungsgremium ist auf Grund einer schriftlichen Aufforderung der Leitungen zu bilden.« Und in Abs. 2 S.1 SEBG heißt es: »Wenn die Leitungen die Gründung einer SE planen, informieren sie die Arbeitnehmervertretungen und Sprecherausschüsse in den beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betrieben über das Gründungsvorhaben.« Durch diese eindeutige Rollenverteilung, in der die **Initiative den Unternehmensleitungen** zufällt, sollten die problematischen Erfahrungen vermieden werden, die bei der Schaffung von EBR in diesem Vorstadium der Errichtung eines BVG gemacht worden sind und zu einer Fülle von – letztlich nicht zielführenden – Rechtsstreitigkeiten geführt haben.[53]

In Übereinstimmung mit den Gründungsvorschriften nach Art. 2 SE Abs. 1 bis 4 SE-VO geht die SE-RL davon aus, dass an der Gründung einer SE stets **mindestens zwei Gesellschaften** beteiligt sind.[54] Dies macht der Wortlaut des Art. 3 SE-RL deutlich, der stets im Plural von **den** (gründungs-)beteiligten Gesellschaften spricht (etwa wenn es im Eingangssatz von Abs. 1 heißt: »Wenn die Leitungs- oder die Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften …«). Die Gründung einer SE-Tochter durch eine bereits bestehende SE nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO ist aber von der SE-RL offenbar nicht in Betracht gezogen worden. Gleiches gilt für andere Gestaltungsformen, durch die nach Ansicht der Literatur eine SE-Gründung u.U. von einer einzigen Gründungsgesellschaft herbei geführt werden kann.[55]

Die Existenz von mehr als einer gründungsbeteiligten Gesellschaft ist zwar gem. Art. 2 Abs. 1 bis 4 SE-VO der Regelfall der SE-Gründung. Er ist aber von der SE-RL nicht zur zwingenden Voraussetzung der Verfahrensvorschriften für die Bildung eines BVG und die Aushandlung einer Beteiligungsvereinbarung erhoben worden. Aus der **mangelnden Abstimmung** zwischen den **Errichtungsvorschriften für das BVG** nach der SE-RL und den später um die »sekundäre« Gründungsvariante gem. Art. 3 Abs. 2 SE-VO erweiterten **Gründungstatbeständen nach der SE-VO**

53 Dies hat bei der Errichtung von Eurobetriebsräten zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen und erheblichen zeitlichen Verzögerungen geführt, vgl. Blanke, EBRG-Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 5 EBRG Rn. 1ff. und dgl., Anm. zu BAG 30.3.2004, AP Nr. 3 zu § 5 EBRG.

54 Kraushaar, BB 2003, 1614ff., 1617.

55 So kann nach Hommelhoff, AG 1990, 422, 424 und Hirte, NZG 2002,1, 4 die eine SE-Gründung anstrebende Gesellschaft zunächst in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten Tochtergesellschaften nach nationalem Recht gründen und diese dann gem. Art. 2 Abs. 1 SE-VO zu einer Tochter-SE, deren Anteile sie zu 100% übernimmt, verschmelzen; ob dies als zulässig anzusehen wäre, kann hier dahingestellt bleiben.

kann deshalb nicht der Schluss gezogen werden, dass es in den nicht einbezogenen Gründungsfällen keiner Errichtung eines BVG bedarf.

Wäre dies anders zu beurteilen, dann könnte u.U. eine SE auch eingetragen werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 2 SE-VO nicht vorliegen. Dies käme namentlich im Fall der Gründung einer **SE-Tochter** nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO in Betracht, für den die SE-VO ohnedies keine spezielle Regelung zur Arbeitnehmerbeteiligung enthält, sondern in Art. 36 pauschal auf die Anwendung der Bestimmungen des nationalen Rechts verweist. Dadurch würde jedoch das **Konstruktionsprinzip** der SE-Vorschriften durchbrochen, wonach die SE-VO und die SE-RL eine **untrennbare Einheit** bilden. Deshalb kann eine SE nur dann eingetragen werden, wenn gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO eine **Regelung über die Arbeitnehmerbeteiligung getroffen** worden ist. Dies setzt aber in jedem Fall voraus, dass **zumindest ein BVG gebildet worden** ist und von diesem entweder eine Beteiligungsvereinbarung ausgehandelt wurde, ein Negativbeschluss nach Art. 3 Abs. 6 SE-RL gefasst worden ist oder dass die Verhandlungsfrist ergebnislos verstrichen ist.[56]

56 Zum Nachweis der entsprechenden Voraussetzungen gegenüber dem Registergericht bei der Anmeldung zur Eintragung vgl. Kleindiek, Die Eintragung der Europäischen Gesellschaft im Handelsregister, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 95ff., 103f.

II. FOLGERUNGEN FÜR DIE EINTRAGUNGSFÄHIGKEIT EINER »VORRATS-SE«

Aus den dargelegten Gründen folgt, dass **die Eintragung einer »Vorrats-SE«** jedenfalls dann gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO **unzulässig** ist, wenn keine Regelung über die Arbeitnehmerbeteiligung getroffen worden ist. Hierzu ist zunächst der Begriff der Vorrats-SE und die Zulässigkeit ihrer Gründung und Verwendung nach deutschem Recht näher zu erläutern (1). Dabei erweist sich, dass eine Vorrats-SE gerade dadurch charakterisiert ist, dass sie keine Arbeitnehmer beschäftigt. Als arbeitnehmerlose Gesellschaft kann sie nach EU-Recht nicht wirksam gegründet und eingetragen werden (2).

1. BEGRIFF DER »VORRATS-GESELLSCHAFT« UND DIE ZULÄSSIGKEIT IHRER GRÜNDUNG NACH DEUTSCHEM RECHT

Unter einer »Vorrats-Gesellschaft« wird nach deutschem Recht eine neue Gesellschaft verstanden, die – zumeist in der Rechtsform einer GmbH oder AG – gegründet wird, ohne dass aktuell eine **unternehmerische Tätigkeit** aufgenommen wird. Es wird deshalb davon ausgegangen, dass das Gründungskapital mangels Geschäftstätigkeit noch ungeschmälert vorhanden ist – oder zumindest vorhanden sein sollte.

Die **offene »Vorratsgründung«** und ihre **Eintragung** ist vom **BGH** im Jahr 1992[57] dann für **zulässig** erklärt worden, wenn die Bestimmung der Gesellschaft, als leere Rechtshülle für die spätere Aufnahme eines Geschäftsbetriebes zu dienen, bei der Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes deutlich klargestellt wird. Ausreichend dafür ist die Angabe »Verwaltung des eigenen Vermögens«.[58] Die Angabe des Unternehmensgegenstandes nur zum Schein (**verdeckte Vorratsgründung**) ist dagegen unzulässig. Dies ist schon dann der Fall, wenn der angegebene Unternehmensgegenstand nicht in absehbarer Zeit verwirklicht werden soll.[59] Zu unter-

57 BGH 16.3.1992 – II ZB 17/91 – BGHZ 117,323 = NJW 1992, 1824.
58 BGHZ 117,323.
59 BGHZ 117,323.

scheiden ist die Vorratsgesellschaft von der **Mantelgesellschaft**: Unter Mantelgesellschaften versteht man Gesellschaften, die bereits eine Geschäftstätigkeit ausgeübt haben, die später aufgegeben wurde, ohne dass die Gesellschaften daraufhin aufgelöst und beendet wurden.

Eine **Vorrats-Gesellschaft** ist ein zu diesem Zweck gegründeter **»leerer Mantel«**, der zur **späteren Aufnahme eines Geschäftsbetriebes** mit einem **neuen Unternehmensgegenstand** bestimmt ist, ohne zuvor die Gründungsformalitäten zu durchlaufen. Nach neuerer Rechtsprechung[60] ist bei der späteren Verwendung von Vorratsgesellschaften eine **erneute registerrechtliche Prüfung** der Kapitalaufbringung erforderlich. Der BGH[61] hat dies als **»wirtschaftliche Neugründung«** qualifiziert mit der Folge, dass die Versicherung der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 GmbHG und die Kontrolle durch das Registergericht nach § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG erforderlich sind. Die gleichen Grundsätze hat der BGH[62] auch auf die Verwendung von **»gebrauchten Mantelgesellschaften«**, die keine unternehmerische Tätigkeit mehr verfolgen, angewendet. In diesem Fall ist die Mantelverwendung dem Registergericht gegenüber offen zu legen und die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG abzugeben.

2. KEINE EINTRAGUNG DER VORRATS-SE ALS ARBEITNEHMERLOSE GESELLSCHAFT NACH GEMEINSCHAFTSRECHT

2.1. Zulässigkeit der Eintragung einer Vorrats-Gesellschaft nach deutschem Recht: Die Bedeutung des Unternehmensgegenstandes

Das **rechtliche Kernproblem** der – mittlerweile positiv entschiedenen – Frage, ob eine Vorrats-Gesellschaft nach deutschem Recht eingetragen werden kann, war die **Angabe des Unternehmensgegenstandes** (§§ 23 Abs. 3 Nr. 2, 38 Abs. 3, 39 Abs. 1 AktG). Eintragungsfähig wurde die Vorrats-Gesellschaft erst durch den Kunstgriff der Unterscheidung zwischen (zulässiger) »offener« und (unzulässiger) »verdeckter« Vorratsgründung. Die offene Vorratsgründung gibt zu erkennen, dass die Gesell-

60 BGH 9.12.2002 – II ZB 12/02 – BGHZ 153, 158; bereits zuvor: OLG Schleswig 27.6.2002, GmbHR 2002, 1135ff.; OLG Celle 30.4.2002, GmbHR 2002, 1066ff.
61 BGH 9.12.2002 – II ZB 12/02 – BGHZ 153, 158.
62 7.7.2003 – II ZB 4/02 – NZG 2003, 972.

schaft – jedenfalls nach außen hin – keinen Unternehmensgegenstand verfolgt und vermeidet damit eine Täuschung des Geschäftsverkehrs. Obwohl ihr mit dem Unternehmensgegenstand ein zentrales Charakteristikum fehlt, welches »an sich« essentielle Bedeutung für die Zulassung juristischer Personen zum Marktverkehr besitzt,[63] wird inzwischen einhellig von der Zulässigkeit dieser Rechtskonstruktion ausgegangen.[64]

Fraglich könnte sein, ob dieser für die Entwicklung des nationalen Rechts maßgebliche Gesichtspunkt der **Transparenz des Unternehmensgegenstandes** auch auf eine SE-Gründung übertragen werden kann. Dies ist, jedenfalls soweit es sich um eine Vorrats-SE in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft handelt, der Fall. Denn die Bestimmungen über die zwingenden Mindestinhalte der Satzung einer AG sind infolge gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben[65] weitgehend harmonisiert und richten sich nach **nationalem Recht**.[66]

2.2. Vorrats-SE als Kapitalgesellschaft europäischen Rechts: Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften der SE-VO und SE-RL

Für die Vorrats-SE gilt: Sie ist **als SE** eine **Kapitalgesellschaft nach europäischem Recht**, auf die – wie dargestellt: je nach Gründungstatbestand in abgestufter Intensität – die Gründungsvorschriften des Gemeinschaftsrechts Anwendung finden. Selbst wenn die Gründung und Eintragung der »offenen Vorratsgesellschaft« deshalb nach deutschem Recht als zulässig angesehen wird, beurteilt sich die Zulässigkeit der Gründung und Eintragung einer **Vorrats-SE** nach den **Bestimmungen der SE-VO und der SE-RL**.[67]

Mangels wirtschaftlicher Betätigung beschäftigt eine Vorratsgesellschaft im Stadium ihrer Gründung und Eintragung keine Arbeitnehmer.[68] Deshalb liegt die These

63 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl.2002 S.66ff.

64 Vgl. Hüffner, AktG, 5. Aufl. 2002, § 23 Rn. 26f.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl.2002 S.66ff.

65 Nach Art. 2 b) der 2. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 77/91/EWG v. 13.12.1976 (KapitalRL) muss die Satzung einer AG die Angabe des Gegenstands des Unternehmens enthalten. Entsprechend der in der 1. gesellschaftsrechtlichen RL 68/151/EWG v. 9.3.1968 (PublizitätsRL) in Art. 11 Abs. 2 c enthaltenen Ermächtigung eröffnet § 275 Abs. 1 AktG für den Fall, dass die Satzung einer AG keine Bestimmung über den Gegenstand des Unternehmens enthält, die Möglichkeit zur Klage auf Nichtigerklärung der AG.

66 Fuchs in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.)., Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Teil B Art. 6 Rn. 7.

67 Hommelhoff, Normenhierarchie für die Europäische Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, Köln 2005, 5ff., 11.

68 Kienast, in Janott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea –, Heidelberg 2005, S.414f.

nahe, dass **im Gründungsstadium** der Gesellschaft kein Bedarf an einer Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung besteht. Unterbleibt diese, so ist die **Eintragung einer derartigen Gesellschaft in der Rechtsform einer »Vorrats-SE« nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO i.Vb. mit der SE-RL gleichwohl unzulässig.**

C.
Hilfsgutachten I: Ausnahmsweise Zulässigkeit der Eintragung einer arbeitnehmerlosen Vorrats-SE?

Wie die bisherige, noch recht kurze Erfahrung mit der Eintragung von Europäischen Aktiengesellschaften zeigt, ist es gleichwohl bereits in mehreren Fällen – in Deutschland, Großbritannien und den Niederlanden[69] – zur Eintragung von SE gekommen, obwohl zuvor eine Regelung über die Arbeitnehmerbeteiligung nicht erfolgt war. In Deutschland werden bereits eingetragene Vorrats-SE von der FORATIS AG im Internet zum Kauf angeboten.[70] Dieser Praxis ist durch die Literatur in Deutschland gerade unter Berufung auf die Möglichkeit zur Gründung einer Vorrats-SE, die einer nachträglichen wirtschaftlichen Betätigung zugeführt werden könne, sekundiert worden.[71] Deshalb sollen im folgenden im Wege eines **Hilfsgutachtens** die **Voraussetzungen** geprüft werden, unter denen eine solche **Gründung** einer Vorrats-SE ausnahmsweise als zulässig erscheinen kann. Sodann sollen die rechtlichen Möglichkeiten einer **nachträglichen Nutzung** einer ohne Arbeitnehmerbeteiligung eingetragenen Vorrats-SE untersucht werden.

69 Aktuelle Informationen über bereits gegründete bzw. in Gründung befindliche SE finden sich auf der hompage des bei Europäischen Gewerkschaftsinstitut laufenden Projekts seeurope, www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/secompanies.html (letzter Stand: 28.9.05)

70 http://www.pressrelations.de/new/standard/result_main.cfm?aktion=jour_pm&comefrom=scan&r=207899

71 Müller-Bonanni/de Beauregard, Mitbestimmung in der Societas Europaea, GmbHR 2005, 195ff.; Wollburg/Banerjea, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 277ff.; Kienast, in Janott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea –, Heidelberg 2005, S.414f.; im Grundsatz auch: Vossius, ZIP 2005, 741ff., 746; dagegen: Köstler, Mitbestimmung, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, S.303ff., 337ff.; Blanke, EBRG-Kommentar. Europäische Mitbestimmung – SE, 2. Aufl., 2005 Teil A Rn. 126c ff.

I. GRÜNDUNGSRESTRIKTIONEN: UMGEHUNGSMÖGLICHKEITEN

1. VORBEMERKUNG: GESELLSCHAFTSRECHTLICHE GESTALTUNGSFREIHEIT UND UMGEHUNG – ZUM VERHÄLTNIS VON GESELLSCHAFTSRECHT UND KOLLEKTIVEM ARBEITSRECHT BEI DER SE

Die Nutzung von gesellschafts- und unternehmensrechtlichen Instrumentarien, die zur Entwicklung der SE geführt haben und einen spezifischen Gestaltungsvorteil dieser Rechtsform gegenüber nationalen Unternehmensformen bedeuten, kann im Zweifel nicht zugleich als Missbrauch dieser Rechtsform zulasten von Arbeitnehmerrechten angesehen werden kann.[72] Dabei ist jedoch zu beachten, dass bereits nach nationalem Recht die **Mitbestimmungsgesetze Teil des Gesellschaftsstatuts** sind,[73] weil sie die **Unternehmensverfassung** ausgestalten. Die **Trennung** von **Unternehmensrecht** bzw. Gesellschaftsrecht einerseits **und kollektivem Arbeitsrecht** andererseits ist deshalb **nicht möglich**. Dies gilt ganz besonders für das Recht der SE. Unternehmensrecht und Arbeitsrecht sind auf der europäischen Ebene, wie die langwierige und wechselvolle Entstehungsgeschichte der SE und der zwischen der SE-VO und der SE-RL bestehende »untrennbare Zusammenhang«[74] deutlich macht, zu einer **einheitlichen Organisationsverfassung** verwoben. Es ist deshalb unzulässig, sie gegeneinander auszuspielen, um Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer auszuschalten.

72 So im Anschluss an die Regierungsbegründung zu § 43 SEBG (BT-Drs. 15/3405 S.57) zu Recht Köstler, Mitbestimmung, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, S.338f. für den Fall der Sitzverlegung; ähnlich im Grundsatz auch Freis in: Nagel/Freis/Kleinsorge, 2005, § 18 Rn. 10 Fn.2.

73 BGH NJW 1982, 933, 934; MüKo-Kindler, Bd.11, 3. Aufl. 1999, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 451; Franzen, Niederlassungsfreiheit, internationales Gesellschaftsrecht und Unternehmensmitbestimmung, RdA 2004,257ff., 258.

74 Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff., 283.

2. GRÜNDUNGSBETEILIGTE

Bereits unmittelbar nach Vorlage des Diskussionsentwurfs für ein SE-Ausführungsgesetz in Deutschland ist die Debatte darüber entbrannt, ob die **Gründungsrestriktionen**, die die SE-VO (und die SE-RL) für die Schaffung von SE vorsehen, durch die Wahl geeigneter Rechtskonstruktionen ausgeschaltet werden können. In dem von *Lange* hierzu vorgelegten Beitrag[75] geht es dabei nicht um die Vermeidung der Arbeitnehmerbeteiligung, sondern um die Beschränkung des Zugangs zur SE.[76] Nach § 2 SE-VO sind **natürliche Personen und Personengesellschaften nicht** und **GmbHs** nur unter bestimmten Voraussetzungen als **Gründergesellschafter** zugelassen – Beschränkungen, deren Sinn nicht einsehbar sei. In diesem Zusammenhang erörtert er speziell die Möglichkeit zur »Schaffung einer **Vorrats-SE**, die dann im Wege der Aktienveräußerung ohne weiteres auf natürliche Personen, Personengesellschaften und GmbHs übertragen werden kann.« Als besonders einfache und schnelle Möglichkeit zur Errichtung einer Vorrats-SE komme nach Art. 2 Abs. 3 SE-VO die Gründung einer **Tochter-SE** in Betracht. »Sich eine SE zu beschaffen, wird daher zukünftig weder für die von der Gründung ausgeschlossenen Personen und Personengesellschaften noch für rein national operierende Unternehmen ein Problem sein.«[77]

Die **analoge Anwendung** der **Gründungsvorschriften** in Bezug auf den begrenzten Kreis zulässiger Gründerunternehmen auf die **Erwerber einer Vorrats-SE** scheitert nach seiner Auffassung daran, dass die Voraussetzungen für eine Analogie[78] nicht gegeben seien. Etwas anderes gelte aber für die **analoge Anwendung sonstiger Gründungsvorschriften** entsprechend der Rechtslage, die nach der Judikatur des BGH für den Kauf und die Übertragung einer Vorrats-AG gelten.[79]

75 Überlegungen zur Umwandlung einer deutschen in eine Europäische Aktiengesellschaft, EuZW 2003, 301ff.

76 Vgl. hierzu auch Hirte, NZG 2002, 1ff., 4; Neun, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, S. 57ff., 66ff.; Kallmeyer, AG 2003, 197f.; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.25ff.,29.

77 Lange, EuZW 2003, 302.

78 Dazu Lange, NJW 2002, 2293, 2294.

79 Lange, EuZW 2003, 302 Rn. 16.

3. MEHRSTAATLICHKEIT

Deutlich größere Aufmerksamkeit haben in der Literatur die Gestaltungsvorschläge gefunden, die zur Umgehung der Gründungsrestriktion der **Mehrstaatlichkeit** vorgebracht worden sind.

Dabei ist insbesondere das Erfordernis, dass bei der Gründung einer Tochter-SE **mindestens zwei** Gründungsgesellschaften seit **mindestens zwei Jahren** eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben müssen, kritisch hinterfragt worden.

Hommelhoff[80] hat die Überlegung vorgetragen, es reiche für die Gründung einer Tochter-SE aus, wenn zumindest eine der Gründungsgesellschaften eine Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung in einem andern Mitgliedstaat hat. Nach *Schröder*[81] spricht für diese Ansicht, dass es für die Gründung einer Tochter-SE nach dem Wortlaut der ersten Alternative (Art. 2 Abs. 3 a) SE-VO) ausreicht, dass zwei Gründungsgesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen. Da es folglich den beiden Auslandstöchtern i.S. der zweiten Alternative gem. Art. 2 Abs. 3b SE-VO möglich wäre, eine Tochter-SE zu gründen, sei »in der Tat kaum einzusehen, warum nicht die durch eine der Auslandstöchter der beiden Muttergesellschaften belegte Mehrstaatlichkeit bereits zur Gründung einer Tochter-SE ausreicht. Denn die Auslandstöchter könnten ihrerseits unproblematisch eine Tochter-SE gründen.« Im Ergebnis lehnt *Schröder* jedoch mit der überwiegend vertretenen Ansicht[82] diese Gründungsmöglichkeit zwar ab, räumt aber ein, dass sie in der Praxis wohl nicht zu verhindern sein werde.

Diese Interpretation verstößt **gegen den eindeutigen Wortlaut** von Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 der SE-VO und ist deshalb auszuschließen. *Neun*[83] weist jedoch darauf hin, dass die relativ strengen Anforderung bei der Gründung einer Holding-SE und Tochter-SE auch dadurch vermieden werden könnten, dass die SE-Gründung im Wege der Verschmelzung der ausländischen Tochter auf ihre deutsche Mutter erfolgt, die dabei die Form einer SE annimmt. Diese Errichtungsform allenfalls im Konzern-

80 AG 2001, S.279ff., 281 Fn.15.

81 Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), SE-Europäische Aktiengesellschaft, 2005, Art. 2 SE-VO Rn. 61.

82 Hirte, NZG 2002,1ff.,3; Schwarz, ZIP 2201, 1847ff., 1850; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.25ff., 30 Fn.25; Neun, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, Kap. B, S.57ff., 66ff.

83 In: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2002, Kap. B, S.67.

verbund zulässig, weil Art. 31 SE-VO die Möglichkeit der Konzernverschmelzung gerade vorsehe.

4. ARBEITNEHMERBETEILIGUNG

Im Rahmen der Gutachtenfragestellung ist eine Vertiefung der Zulässigkeit dieser Umgehungsvarianten nicht erforderlich. Für den vorliegenden Zusammenhang ist zu fragen, ob eine **Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung** nach den in Art. 12 Abs. 2 SE-VO vorgesehenen Tatbeständen in jedem Fall als **zwingendes Eintragungserfordernis** angesehen werden kann.

Dies könnte immer dann **zu bezweifeln** sein, wenn

1. es in der SE an einer **Unternehmensverfassung** fehlt, die für eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Gestalt der Einflussnahme auf die personelle Besetzung des Leitungs- oder Kontrollorgans (Verwaltungsrat oder Aufsichtsrat) der SE vorausgesetzt ist.
2. eine neu gegründete SE keine **Arbeitnehmer hat.** Auch in diesem Fall ist zwar, wie dargestellt, **ein BVG**, das mit Arbeitnehmern der gründungsbeteiligten Gesellschaften zu besetzen ist, **zu bilden**. Dies könnte aber insofern als überflüssig angesehen werden, als in Ermangelung von Arbeitnehmern in der künftigen SE der **Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung** nicht in Betracht käme. Gleiches könnte für die Errichtung eines SE-Betriebsrats und das Eingreifen nationaler Beteiligungsvorschriften nach dem BetrVG gelten. Denn das BetrVG setzt für seine Anwendbarkeit die regelmäßige Beschäftigung von **mindestens 5 Arbeitnehmern** voraus (§ 1 Abs. 1 BetrVG).

4.1. SE ohne Unternehmensverfassung i.S. der Mitbestimmung

Der erstere Ausnahmetatbestand könnte im Prinzip bei einer Holding-SE, insbesondere wenn diese nicht als »Mischholding«, sondern als **»Führungsholding«, »virtuelle Holding« oder »Finanzholding«** gegründet wird, der Fall sein.[84] Denn in diesen Fällen betreibt die Holding kein eigenes operatives Geschäft und beschränkt sich auf bloße **Führungsaufgaben** oder die **Verwaltung ihrer Beteiligungen**. Eine

84 Zu den Typen der Holding und ihren rechtlichen Konstruktionsprinzipien vgl. Lutter, Teil I, in: dgl. (Hrsg.), Holding-Handbuch, 2004, S. 1ff.

solche Holding muss nicht notwendig in der Form einer Kapitalgesellschaft gegründet werden, sondern kann auch eine Personengesellschaft (z.B. eine GbR) oder sogar eine natürliche Person sein.[85]

Dies ist bei der Gründung einer **SE-Holding** mit Sitz in Deutschland allerdings nach Art. 15 Abs. 1 SE-VO, wonach auf das Gründungsverfahren die **Vorschriften** über die Gründung einer **Aktiengesellschaft nach nationalem Recht** zur Anwendung kommen, **ausgeschlossen**.[86] Daraus folgt, dass im dualistischen System in der SE ein Vorstand und Aufsichtsrat zu bilden ist, bei monistischer Struktur ein Verwaltungsrat.[87] Allerdings kommt auch in diesen Fällen eine Mitbestimmung von Arbeitnehmervertretern in diesen Unternehmensorganen nur in Betracht, wenn es in der Gesellschaft überhaupt **Arbeitnehmer gibt**. Insofern **reduziert sich die Fragestellung auf die zweite Alternative.**

4.2. SE ohne Arbeitnehmer

Soweit ersichtlich, sind nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Mitgliedstaaten der EU SE gegründet und eingetragen worden,[88] ohne dass die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 2 SE-VO vorlagen und d.h. eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung abgeschlossen worden war oder eine sonstige Regelung zur Arbeitnehmerbeteiligung bestand. Zumindest teilweise – evident im Fall der von der FORATIS AG im Internet zum Erwerb angebotenen »Artrium Erste Europäische VV SE«[89] – war in diesen Fällen eine SE errichtet und eingetragen worden, die kein eigenes operatives Geschäft betreibt und weder selbst materielle Güter herstellt noch Dienstleistungen am Markt anbietet.

85 vgl. Bayer, MüKo-AktG, § 15 Rn. 31; auf die strittige Frage, ob der Holding-Alleingesellschafter als natürliche Person ein Unternehmen iS von § 15ff. AktG ist, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden.

86 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.25ff.,54.

87 Vgl. Marsch-Barner in: Lutter (Hrsg.), Holding-Handbuch, 2004, § 15 Rn. 72; Neun in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, S.57ff., 65; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.25ff., 54.

88 Vgl. oben Teil A, S.7 f.

89 http://www.pressrelations.de/new/standard/result_main.cfm?aktion=jour_pm&comefrom=scan&r=207899

II. »TELEOLOGISCHE REDUKTION« DER EINTRAGUNGSVORAUSSETZUNGEN BEI EINER ARBEITNEHMERLOSEN SE NACH DER SE-VO UND SE-RL?

1. ZWECKVERFEHLUNG ALS VORAUSSETZUNG DER TELEOLOGISCHEN REDUKTION

Eine solche SE muss – etwa als **SE-Holding** und erst recht als Vorrats-SE – **nicht** zwingend **selbst Arbeitnehmer beschäftigen**. Tut sie dies nicht, so ist fraglich, ob eine **teleologische Reduktion** der Regelungen über die Aushandlung einer Vereinbarung zur Arbeitnehmerbeteiligung nach der SE-RL und des Art. 12 Abs. 2 SE-VO in Betracht kommt. Die **teleologische Reduktion** einer Regelung ist als Auslegungsmaxime dann geboten, wenn deren wortwörtliche Anwendung in einer spezifischen Ausnahmesituation den mit ihr angestrebten und nach der historischen wie systematischen Auslegung gesicherten Sinn und Zweck verfehlen würde. Das Bestehen auf der Einhaltung der Vorschrift, wörtlich genommen, würde sich als zweckwidrig erweisen; deshalb dominiert in diesem Fall die teleologische Auslegung gegenüber der wörtlichen Auslegung. Allerdings erlaubt der **Auslegungsgrundsatz** der teleologischen Reduktion es nicht, sich über den **eindeutigen Wortlaut** einer Vorschrift **hinweg zu setzen**. Denn in diesem Fall kann von Auslegung, deren Rahmen durch den Wortlaut vorgegeben wird, nicht mehr gesprochen werden.[90]

90 Dies gilt, wie inzwischen mehrfach vom BAG betont worden ist, auch für die europarechtskonforme Auslegung nationalen Rechts – ungeachtet der Tatsache, dass im Gemeinschaftsrecht der teleologischen Auslegung (»effet utile«) ein besonders hoher Stellenwert zukommt, vgl. BAG 18. 2. 2003 – 1 ABR 2/02 – NZA 2003, 742; BAG 29.6.2004 – 1 ABR 32/99 – AP Nr. 6 zu § 5 EBRG.

2. ZWECKVERFEHLUNG DER EINTRAGUNGSVORAUSSETZUNGEN DES ART. 12 ABS. 2 SE-VO BEI EINER ARBEITNEHMERLOSEN SE?

2.1. Plausibilität bezogen auf den Eintragungszeitpunkt der SE

Auf den ersten Blick könnte sich die Anwendung der Eintragungsvoraussetzungen nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO auf eine **arbeitnehmerlose SE** als sinn- und zweckwidrig erweisen.[91] Denn hier läuft die Regelvoraussetzung des **Abschlusses einer Beteiligungsvereinbarung** leer. Gleiches gilt offensichtlich auch für die Anforderung i.S. der 3. Alt. von Art. 12 Abs. 2 SE-VO: Angesichts nicht geführter Beteiligungsvereinbarungen wäre es **sinnlos**, auf den **ergebnislosen Ablauf der Verhandlungsfrist** zu warten und die Eintragung der SE an das pure Verstreichen einer abstrakt bemessenen Frist zu binden.

Anders könnte dies **allenfalls** für Art. 12 Abs. 2, 2. Alt. SE-VO für das **Erfordernis eines Negativbeschlusses durch das BVG** zu beurteilen sein. Denn auch für eine künftige, **arbeitnehmerlose SE** kann immer dann **ein BVG gebildet** werden, wenn die an der Holding-Gründung beteiligten Gesellschaften, ihre Tochtergesellschaften und Betriebe Arbeitnehmer beschäftigen. Fehlt es nach den Gründungsabsichten für die Errichtung der SE an der Beschäftigung von Arbeitnehmern in der Gesellschaft, so könnte dies Anlass für das BVG sein, einen **Negativbeschluss** zur Nichtaufnahme von Beteiligungsverhandlungen mit den Leitungsorganen der Gründungsgesellschaften zu fassen. Damit wäre die Eintragungsvoraussetzung nach Art. 12 Abs. 2, 2. Alt. SE-VO gegeben. **Dagegen spricht jedoch**, dass die Errichtung eines BVG in diesem Fall einzig zu dem Zweck einer solchen »negativen« Beschlussfassung erfolgte. Der für die Errichtung eines BVG vergleichsweise hohe **Zeit- und Kostenaufwand** wäre allein zu dem Zweck, nach erfolgter Konstituierung des Gremiums mit dem Verzicht auf Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung seine sofortige Auflösung zu beschließen,[92] teuer erkauft und damit **unverhältnis-**

91 Ebenso im Ergebnis, aber ohne nähere Begründung Kienast, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea -, 2005, S.414ff.

92 Die Beendigung der Amtszeit des BVG ist die automatische Folge des Negativbeschlusses nach § 16 Abs. 1 SEBG, vgl. Freis in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, §§ 16 Rn. 10, 18 Rn. 4; insoweit tritt die gleiche Rechtsfolge ein wie bei einem Negativbeschluss eines BVG nach § 15 EBRG, vgl. Blanke, EBRGK §§ 15 Rn. 2, 10 Rn. 10.

mäßig. Hinzu kommt, dass ein BVG auf Grund der ihm zukommenden **Verhandlungsautonomie** keineswegs dazu verpflichtet ist (und werden kann), einen solchen Negativbeschluss zu fassen. Dies widerspräche der Autonomie der Willensbildung und Entscheidungsfindung dieses Organs der Arbeitnehmervertretung.

Im Ergebnis ist fest zu halten: Alle drei Fallgestaltungen i.S. des Art. 12 Abs. 2 SE-VO **scheinen das Vorhandensein von Arbeitnehmern in der zu gründenden SE voraus zu setzen**: Es könnte als sinnlos erscheinen, an diesen Voraussetzungen für die Eintragung einer SE fest zu halten. Hinzu kommt, dass in einer arbeitnehmerlosen SE auch dem **»Vorher-Nachher-Prinzip«** als zentralem Legitimationsgrund und Gestaltungsprinzip der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE nicht Rechnung getragen werden kann: [93] Wo es keine Arbeitnehmer gibt, kann dem **Schutzzweck** des Erhalts gegebener Beteiligungsrechte nicht entsprochen werden.

Dies könnte dafür sprechen, entsprechend dem **Auslegungsgrundsatz der teleologischen Reduktion** in diesem **Ausnahmefall** die **Eintragung einer SE** auch dann als zulässig zu erachten, wenn keine Regelung über die Arbeitnehmerbeteiligung i.S. von Art. 12 Abs. 2 SE-VO getroffen worden ist.

2.2. Das Erfordernis der Bildung eines BVG im Hinblick auf zukünftige wirtschaftliche Tätigkeiten einer zunächst arbeitnehmerlosen SE

Wie oben dargestellt, ist jedoch nach allgemeiner Ansicht im Zuge der Gründung einer SE **zwingend und ausnahmslos ein BVG** zu bilden. Wie erklärt sich diese Einmütigkeit, wenn angesichts der Arbeitnehmerlosigkeit einer zu gründenden SE weder eine Beteiligung noch eine Mitbestimmung in der SE in Frage kommt?

Der Grund liegt auf der Hand: Die Annahme einer Zweckverfehlung durch das Insistieren auf den Eintragungsvoraussetzungen nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO bezieht sich jeweils **nur auf den Eintragungszeitpunkt** selbst. Eine **Vorrats-SE** ist aber gerade dadurch charakterisiert, dass sie gegründet, eingetragen (und – wie bereits praktiziert – gehandelt) wird, um zu einem **späteren Zeitpunkt eine wirtschaftliche Tätigkeit aufzunehmen**. Erfolgt dies durch Aufnahme eigener operativer Geschäfte, so wird die zunächst arbeitnehmerlos gegründete SE in aller Regel später **eigene Arbeitnehmer** beschäftigen. Erfolgt die wirtschaftliche Betätigung der SE hingegen dadurch, dass sie andere Gesellschaften aufnimmt, so sind ihr ggf. im

93 Kienast, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea –, 2005, S.414.

Konzernverbund **die Arbeitnehmer dieser Gesellschaften zuzurechnen** (vgl. § 5 MitbestG, § 2 DrittbG).

Der **Sinn der Verpflichtung**, im Gründungsstadium einer SE in jedem Fall ein BVG zu bilden und mit diesem (im Regelfall) in Beteiligungsverhandlungen einzutreten, **besteht darin**, dass für diese Fälle der **nachträglichen Aufnahme bzw. Zurechnung** von Arbeitnehmern eine Regelung hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung getroffen werden soll. In diesem Sinne hat die SE-Rl gem. Art. 4 Abs. 2 h) die Parteien der Beteiligungsvereinbarung verpflichtet, Bestimmungen über »die Fälle« zu treffen, »in denen die Vereinbarung neu ausgehandelt werden sollte, und das bei ihrer Neuaushandlung anzuwendende Verfahren.« Eine gleichlautende Verpflichtung enthält § 21 Abs. 1 Nr. 6 SEBG.

Ergebnis: Auch eine ohne Arbeitnehmer gegründete SE ist demnach gehalten, für die **Fälle einer künftigen Neuaushandlung** einer Vereinbarung **Regelungen in der Beteiligungsvereinbarung** zu treffen. Deshalb ist in jedem Fall im Gründungsstadium einer SE ein BVG zu bilden.[94] Die **Eintragungsvoraussetzungen** des Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO i. Vb. mit den Bestimmungen der SE-RL stellen demnach **auch in einer zum Eintragungszeitpunkt arbeitnehmerlosen SE keine Zweckverfehlung** dar.

3. DER WORTLAUT ALS SCHRANKE DER TELEOLOGISCHEN REDUKTION

Gegen die teleologische Reduktion von Art. 12 Abs. 2 SE-VO spricht ferner der **eindeutige Wortlaut** der Vorschrift und der zwischen der SE-VO und der SE-RL bestehende **unauflösliche Zusammenhang**. Die **Auslegungsmaxime**[95] der teleologischen Reduktion gestattet es nicht, von der Anwendung einer Bestimmung

94 Die ist inzwischen in den im Anhang abgedruckten Beschlüssen des AG Hamburg v. 28.6. und 21.7.2005 – Az: 66 AR 76/05 – und des LG Hamburg v.30.9.2005 – Az: 417 T 15/05 ausdrücklich bestätigt worden; von dem »nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut« des Art. 12 Abs. 2 SE-VO Eintragungserfordernis einer Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung, die in jedem Fall die Bildung eines BVG erfordert, enthebt weder die Erklärung des geschäftsführenden Direktors, die SE werde keine Arbeitnehmer haben (vgl. AG Hamburg v. 21.7.2005 – 66 AR 76/05 –), noch die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in der Satzung (vgl. LG Hamburg v.30.9.2005 – Az: 417 T 15/05). Denn entsprechende Erklärungen können nur Gültigkeit für den Zeitpunkt der Erklärung haben und die Änderung der Satzung ist auch ohne Einleitung eines Beteiligungsverfahrens jederzeit möglich.

95 Dass es sich bei der teleologischen Reduktion um einen Auslegungsgrundsatz handelt, ist in der Literatur Gemeingut, vgl. z.B. Dörner in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2004 § 626 BGB Rn. 39; Sonnenberger, MüKo BGB, 3. Aufl.1998, EGBGB Rn. 631.

überhaupt abzusehen, weil dadurch der Raum zulässiger Auslegungsspielräume überschritten würde. Ebenso wenig ist sie ein Mittel zur allgemeinen Durchsetzung anderer rechtspolitischer Forderungen.[96]

Für das Insistieren auf dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 SE-VO bestehen zudem – auch bezogen auf den Eintragungszeitpunkt selbst und nicht allein im Blick auf die nachträgliche Nutzung der SE – gute Gründe: Er besagt, dass der Europäische Gesetzgeber **keinerlei Ausnahmen** vom **Erfordernis der Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung** für die wirksame Errichtung von Europäischen Aktiengesellschaften zulassen wollte, sondern **prinzipiell** auf der Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung bestanden hat.

4. KEIN VORRANG DES GESELLSCHAFTSRECHTS VOR DEM ARBEITSRECHT

Durch die **Eintragung** von arbeitnehmerlosen SE erhalten diese **Rechtspersönlichkeit** und werden zur gleichberechtigten **Teilnahme am Wirtschaftsleben** wie andere Rechtssubjekte auch zugelassen. Dies ist nur dann vom Zweck der europäischen Regelungen zur SE gedeckt, wenn als deren **Hauptziel** die Schaffung einer **gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensrechtsform** anzusehen ist, auch soweit sie **nicht zwingend Regelungen zu einer ebenfalls gemeinschaftsrechtlichen Beteiligung der Arbeitnehmer enthält**. Das ist, wie oben dargelegt, nach ganz überwiegender Ansicht der Literatur zu verneinen: Eine derartige **implizite Isolierung (oder gar Vorordnung) des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts** gegenüber dem **Arbeitsrecht** ist den Regelungen zur SE gerade nicht zu entnehmen. Die Einheit von SE-VO und SE-RL schafft eine Unternehmensverfassung, die ausnahmslos durch die Inklusion von Regelungen zur Arbeitnehmerbeteiligung charakterisiert ist. Die Statuierung gemeinschaftsweit einheitlicher Vorgaben für die Arbeitnehmerbeteiligung[97] ist in historischer wie systematischer Sicht die »conditio sine qua non« der Schaffung der SE und in den Rang eines der zentralen Ziele der SE-Regulierung erhoben worden. Nach dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO sowie in historischer wie systematischer Sicht und entsprechend der **Zweck-**

96 Sonnenberger, MüKo BGB, 3. Aufl.1998 EGBGB Rn. 631.

97 Dies betonen Wenz, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, S.555ff., 572 und Maul/Wenz, Einsatzmöglichkeiten der Europäischen Gesellschaft im Konzern, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, Köln 2005, 261ff.

setzung von SE-VO und SE-RL ist die **Gründung von arbeitnehmerlosen SE weder vorgesehen noch als zulässig** anzusehen.

5. ERGEBNIS: KEINE EINTRAGUNG ARBEITNEHMERLOSER SE

Daraus folgt: Gesellschaften ohne Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung können nicht die Rechtsform einer SE annehmen. Damit **scheiden arbeitnehmerlose Gesellschaften als zulässige Gestaltungsform einer SE aus**. Sie können nicht wirksam gegründet und eingetragen werden.

E.
Hilfsgutachten II: Rechtsfolgen der nachträglichen Nutzung einer zunächst ohne Arbeitnehmer eingetragenen Vorrats-SE

Die **Praxis** verfährt, wie dargestellt, **partiell anders** und auch in der **Literatur** werden solche Gestaltungsformen insbesondere unter Nutzung von »Vorrats-SE« z.T. als zulässig angesehen. Dies wirft eine Fülle von ungeklärten **Folgeproblemen** auf. Schon diese Tatsache und insbesondere die daraus resultierende Vielfalt offener Rechtsfragen zeigt, dass damit der Boden gesicherter Rechtsanwendung und -auslegung verlassen und das weite Feld ungewisser Rechtsfortbildung beschritten wird. Einige der Folgeprobleme seien nachstehend wenigstens kurz angesprochen:

1. Welche **Rechtsfolgen** hat es, wenn eine arbeitnehmerlose Vorrats-SE – wie **nachfolgend unterstellt** wird: in Anbetracht fehlender Arbeitnehmer **in zulässiger Weise** – **eingetragen ist**, sie später jedoch
   a) entweder selbst **Arbeitnehmer einstellt** oder
   b) aber **Gesellschaften aufnimmt**, die Arbeitnehmer beschäftigen und ggf. der Mitbestimmung unterliegen.
2. Ist unter diesen Bedingungen eine **erneute Gründungsprüfung** vorzunehmen und wenn ja, auf welche Gesichtspunkte bezieht sich diese?
3. Ist ggf. die **Eintragung der arbeitnehmerlosen Vorrats-Gesellschaft** als Folge der erneuten Gründungsprüfung **von Amts wegen zu löschen**?
4. Oder sind **Neuverhandlungen** über die Arbeitnehmerbeteiligung zu führen? Wenn ja, welche Verfahrensregelungen kommen zur Anwendung?
5. Wie ist bei Alternative 1 a) der **Schwellenwert der Arbeitnehmerzahl** zu bestimmen, bei dessen Überschreitung ein BVG zu gründen ist und Beteiligungsverhandlungen aufzunehmen sind?
6. Wie ist bei Alternative 1 b) der **Tatbestand der »Aufnahme«** von Gesellschaften näher zu definieren – genügt hierzu der **Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung** von Gesellschaftsanteilen (mit der Folge der Bildung einer Tochtergesellschaft) oder setzt dies den Tatbestand einer **Betriebsübernahme** (mit der Folge der Eingliederung der erworbenen unselbständigen Niederlassung oder eines ihrer Betriebsteile) oder einer **Verschmelzung** voraus?
7. Ist in diesem Fall eine etwaige Verpflichtung zur Aufnahme von Neuverhandlungen an ein **bestimmtes Quorum** hinzukommender Beschäftigter gebunden? Kommt es darauf an, wie viel **Zeit** zwischen der SE-Gründung und der Aufnahme der Gesellschaft verstrichen ist? Spielt es dabei eine Rolle, ob in der aufgenommenen Gesellschaft **Mitbestimmung** bestand?

II. FORMEN DER GRÜNDUNG EINER VORRATS-SE

Zu fragen ist zunächst, wie es zur **Entstehung von Gesellschaften** in Gestalt von Vorrats-SE, deren **Zulässigkeit hier unterstellt** wird, kommen kann. In der Literatur hierzu werden **drei Gründungsvarianten** dargestellt:

1. Als Form der Gründung einer Vorrats SE wird in der Literatur einmal das **»Klonen«** einer bereits bestehenden SE durch die **Gründung von Tochtergesellschaften** erörtert. Nach Art. 3 II SE-VO kann eine (oder aber mehrere) Tochter-SE auch von einer Mutter-SE alleine gegründet werden. Die Teilnahme weiterer Gesellschaften an der Gründung ist entbehrlich, des Nachweises der Mehrstaatlichkeit – etwa durch eine seit mindestens 2 Jahren bestehende, dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft, bedarf es nicht.[98]
2. Teilweise wird aber auch die Gründung einer Vorrats-SE als **Tochter-SE nach Art. 2 Abs. 3 SE-VO** für denkbar (und wohl auch zulässig) gehalten.[99]
3. Daneben wird in der Literatur die Möglichkeit der Gründung einer Vorrats-SE in Form einer **Holding-SE** erörtert.[100] Diese vollziehe sich in folgenden Schritten: Zunächst erfolge die Gründung einer mitbestimmungsfreien Konzernholding (z.B. durch einen Treuhänder), im Anschluss daran der Erwerb sämtlicher Anteile z.B. einer mitbestimmten deutschen AG.[101]

Zu keiner dieser drei angeführten Gründungsvarianten einer Vorrats-SE finden sich in der Literatur nähere Begründungen, die sich mit den auf die jeweiligen Gründungen anzuwendenden Rechtsvorschriften nach europäischem, satzungsautonomem und nationalem Recht befassen und insbesondere auf das Erfordernis der

98 Der Gründungsvorgang ist insofern erleichtert, als nach dem deutschen Aktienrecht99 für die Gründung von Tochtergesellschaften die Zustimmung der Hauptversammlung und damit der Aktionäre grundsätzlich nicht erforderlich ist; vgl. dazu näher Schöder in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft SE, 2000, Art. 3 SE-VO Rn. 1, 14; insofern kommt es auch nicht darauf an, ob die Mehrstaatlichkeit zum Zeitpunkt der Gründung noch besteht.

99 Vossius, ZIP 2005, 741ff.

100 Zum Folgenden vgl. Müller-Bonanni/de Beauregard, GmbHR 4/05, 195ff.; Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 277ff.

101 Dies eröffne mangels Zurechnung von Arbeitsverhältnissen zur Konzernspitze gem. § 5 MitbestG, § 2 Abs. 2 DrittelbG die Möglichkeit zur Errichtung von Konzernstrukturen mit mitbestimmungsfreier Konzernspitze, zumal weder ein Fall der strukturellen Änderung nach § 18 Abs. 3 SEBG gegeben sei noch eine Minderung der AN-Beteiligung drohe, so Müller-Bonanni/de Beauregard, GmbHR 4/05, 195ff.

Regelung zur Arbeitnehmerbeteiligung eingehen. Da hier die Zulässigkeit der Gründung von Vorrats-SE unterstellt wird, werden diese Aspekte an dieser Stelle nicht vertieft.

III. NACHTRÄGLICHE ÄNDERUNGEN

Gemeinsamer Aspekt der unter I. aufgeworfenen Fragestellungen ist die **rechtliche Bedeutsamkeit** von Veränderungen, die **zeitlich nach der Eintragung** einer Vorrats-SE eintreten. Hintergrund dieser Prüfung ist ein zweifacher:

Einmal die Tatsache, dass nach deutscher Rechtslage die spätere Verwendung einer Vorrats-Gesellschaft oder einer ehemals aktiven, aber nach Aufgabe des Unternehmensgegenstandes nicht im Register gelöschten Mantel-Gesellschaft nach Ansicht der h.M. als **»wirtschaftliche Neugründung«** anzusehen ist mit der Folge, dass die Neuaufnahme eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes dem Registergericht anzuzeigen ist und die Vorschriften über die Eintragung der Gesellschaft analog heranzuziehen sind.

Zum anderen, dass nach den Bestimmungen der SE-RL und dem deutschen SE-BG der Schutz bestehender Regelungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Gründungsgesellschaften nach dem »Vorher-Nachher-Prinzip« sich **nicht auf den Zeitpunkt der erstmaligen Gründung einer SE beschränkt**, sondern zeitlich weiter gehend auch für **nachfolgende strukturelle Änderungen** der SE gilt. Damit soll, wie Art. 11 SE-RL betont, insbesondere verhindert werden, »dass eine SE dazu missbraucht wird, Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten«.

1. TATBESTÄNDE

Die in Betracht kommenden **Sachverhalte** sind bereits oben skizziert: Es handelt sich um nach der Eintragung **hinzu kommende Arbeitnehmer** der SE, die spätere **Aufnahme operativer Geschäftstätigkeit** durch die SE oder die nachträgliche **Aufnahme einer Gesellschaft**, die Arbeitnehmer beschäftigt.

2. EINSCHLÄGIGE NORMEN

2.1. Europäische Vorgaben

1. Die Problematik **nachfolgender Änderungen** ist in den europäischen Vorgaben der SE nicht detailliert geregelt worden. Der europäische Gesetzgeber hat

sich primär damit begnügt, das Vorher-Nachher-Prinzip des Erhalts der Mitbestimmungsrechte der AN auf den **Gründungsvorgang** und auf die **an der Gründung einer SE beteiligten Gesellschaften** zu beschränken (**Erwägungsgründe 3, 7 SE-RL**).

2. Eine Ausnahme hiervon enthält **Erwägungsgrund 18** der SE-RL, der die Geltung dieses Prinzips auch auf **nachfolgende strukturelle Veränderungen** einer bereits gegründeten SE erstreckt: »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 (das Vorher-Nachher-Prinzip) sein. Dieser Ansatz sollte folgerichtig nicht nur für die Neugründung einer SE, sondern auch für strukturelle Veränderungen einer bereits gegründeten SE und für die von den strukturellen Änderungen betroffenen Gesellschaften gelten.«

   Ziel der SE-RL ist demnach nicht nur, wie Erwägungsgrund 6 der SE-RL betont, dass »in allen Fällen der Gründung einer SE Unterrichtungs- und Anhörungsverfahren auf grenzüberschreitender Ebene gewährleistet sein (sollten)«, sondern auch eine Beteiligung der Arbeitnehmer an Unternehmensentscheidungen, die über eine **erstmalige** Mitbestimmungs**sicherung hinausgeht**. Deshalb enthält die RL nicht nur ein komplexes Regelungsgeflecht zur **Beibehaltung von Beteiligungs- und Mitbestimmungsstrukturen**, die in den gründungsbeteiligten Gesellschaften zum Zeitpunkt der SE-Gründung gelten, und schreibt – orientiert am »Vorher-Nachher-Prinzip« – in Gestalt der **Auffangvorschriften** ein eigenständiges, gemeinschaftsweit geltendes **Mindestniveau an Beteiligungs- und ggf. Mitbestimmungsregelungen** »kraft Gesetzes« vor. Darüber hinaus bezweckt sie weiterhin eine **über den Gründungszeitpunkt hinausreichende Mitbestimmungssicherung** »auch für **strukturelle Veränderungen** einer bereits gegründeten SE und für die von den strukturellen Änderungsprozessen betroffenen Gesellschaften.«

3. In Konsequenz dieser Zielsetzung statuiert **Art. 11 SE-RL ein allgemeines Mißbrauchsverbot**: »Die Mitgliedstaaten treffen im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen, um zu verhindern, das eine SE dazu missbraucht wird, Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten«

2.2. Vorschriften des nationalen Rechts

Im **deutschen Umsetzungsgesetz** zur Arbeitnehmerbeteiligung, dem **SEBG**, ist der Sicherung der Arbeitnehmerbeteiligung bei **nachfolgenden strukturellen Veränderungen** einer bereits gegründeten SE in mehrfacher Weise Rechnung getragen worden.

1. Zunächst bestimmt **§ 1 Abs. 4 SEBG**, dass diese in den Abs. 1 – 3 des § 1 SEBG formulierten Zielsetzungen des Gesetzes »auch für **strukturelle Änderungen** einer gegründeten SE sowie für deren Auswirkungen auf die betroffenen Gesellschaften und ihre Arbeitnehmer (gelten)«. Diese **Zielsetzungen** sind
   - nach Abs. 1 die Sicherung der »erworbenen Rechte der Arbeitnehmer auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen« nach Maßgabe der »bestehenden Beteiligungsrechte in den Gesellschaften, die die SE gründen«
   - nach Abs. 2 die »Sicherung des Rechts auf grenzüberschreitende Unter-richtung, Anhörung, Mitbestimmung und sonstige Beteiligung der Arbeit-nehmer«.

   Zur Wahrung dieser Zielsetzung stellt **§ 1 Abs. 3 SEBG** die folgende **Auslegungsmaxime** auf: »Die Vorschriften dieses Gesetzes sowie die nach Absatz 2 zu treffende Vereinbarung sind so auszulegen, dass die Ziele der Europäischen Gemeinschaft, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in der SE sicher zu stellen, gefördert werden«.
2. Nach **§ 21 Abs. 1 Nr. 6 SEBG** werden in der Vereinbarung zwischen BVG und den zuständigen Unternehmensorganen zur Arbeitnehmerbeteiligung **die Fälle** festgelegt, in denen die **Vereinbarung neu ausgehandelt werden** soll und das dabei anzuwendende Verfahren.
3. Nach **§ 21 Abs. 4 SEBG** soll in der **Vereinbarung** ferner festgelegt werden, dass auch **vor strukturellen Veränderungen** der SE **Verhandlungen** über die Beteiligung der AN in der SE aufgenommen werden, wobei die Parteien das hierbei anzuwendende Verfahren regeln können.

   Diese Vorschrift hat kein explizites Pendant in Art. 4 der SE-RL, lässt sich aber aus Art. 4 Abs. 2 h) der SE-RL (= § 21 Abs. 1 Nr. 6 SEBG) ableiten.[102] Dabei ist dieser Regelungsgegenstand von einer **Mussregelung** zu einer **Sollregelung** abgeschwächt worden.[103] Dies ist jedoch unproblematisch in Anbetracht der in § 18

102 Freis in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 21 Rn. 26.

103 Gem. Art. 4 Abs. 2 h SE-RL fällt die Festlegung der »Fälle, in denen die Vereinbarung neu ausgehandelt werden sollte, und das bei ihrer Neuaushandlung anzuwendende Verfahren« unter den Katalog der **Mussregelungen** der Vereinbarung. Dies entspricht der Regelung in § 21 Abs. 1 Nr. 6 SEBG.

Abs. 3 SEBG enthaltenen **zwingenden Sonderregelung** zur Neuaufnahme von Verhandlungen für den Fall **geplanter** struktureller Änderungen der SE, falls diese **geeignet** sind, **Beteiligungsrechte der AN zu mindern**. § 21 Abs. 4 SEBG ist in diesem Sinne als Aufforderung an die Parteien zu verstehen, bereits im Gründungsprozess Regelungen für den Fall nachfolgender struktureller Änderungen zu vereinbaren.

4. Die Bestimmung des **§ 18 Abs. 3 SEBG** lautet: »Sind strukturelle Änderungen der SE geplant, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, finden auf Veranlassung der Leitung der SE oder des SE-Betriebsrats Verhandlungen über die Beteiligungsrecht der Arbeitnehmer der SE statt. Anstelle des neu zu bildenden besonderen Verhandlungsgremium können die Verhandlungen mit der Leitung einvernehmlich von dem SE-BR gemeinsam mit Vertretern der von der geplanten strukturellen Änderung betroffenen AN, die bisher nicht von dem SE-BR vertreten werden, geführt werden.«
   Diese Regelung ist adressiert an **die Leitung der SE** oder den **SE-Betriebsrat**. Wie die imperativische Formulierung »**finden … statt**« deutlich macht, ist damit eine **Verpflichtung zur Neuaufnahme der Verhandlungen** angeordnet. Kommen die hiermit beauftragten Parteien dieser Verpflichtung nicht nach, hat die jeweils andere Seite einen **gesetzlichen Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen**. Ein solcher ggf. gerichtlich einklagbarer Verhandlungsanspruch ist an sich dem deutschen Kollektivarbeitsrecht fremd.[104] Darin kommt zwar die große Bedeutung zum Ausdruck, die der deutsche Umsetzungsgesetzgeber dem Anspruch auf Neuverhandlung der Beteiligungsvereinbarung zumisst. Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass sich dieses Instrument gegenüber einer entschlossen kooperationsunwilligen SE-Leitung als stumpfe Waffe erweist.[105] Für diesen Fall sind gestützt auf den europäischen Rechtsgedanken des »effet utile«, die in § 1 Abs. 3 SEBG formulierte Auslegungsmaxime sowie das Missbrauchsverbot nach § 43 SEBG weitere Sanktionen für die Verletzung des Verhandlungsanspruchs des SE-BR vorzusehen. In Betracht kommen zur

104 Grund ist die Befürchtung, dass sich dies negativ auf die Verhandlungsatmosphäre und auf die Kompromissbereitschaft auswirken könnte. Zur Durchsetzung des Rechts auf Verhandlungen verweist das deutsche Recht die Parteien statt dessen im Rahmen von Tarifverhandlungen auf die **Demonstration ihrer Mächtigkeit** durch Mobilisierung der Mitglieder und im Rahmen der Betriebsverfassung entweder auf die Möglichkeit einer ggf. im Eilverfahren durchsetzbaren **Unterlassungsklage**, der Anrufung einer **Schlichtungsstelle** oder das Recht ordnet die Unwirksamkeit der Maßnahmen an, die ohne vorherige Konsultations- oder Mitbestimmungsverfahren beschlossen und durchgesetzt worden sind. Die Schaffung eines Verhandlungsanspruchs in § 18 Abs. 3 SEBG geht insoweit neue Wege.

105 Dies belegen die negativen Erfahrungen mit dem Auskunftsanspruch gegenüber der zentralen Unternehmensleitung im Vorfeld der Errichtung von Europäischen Betriebsräten nach § 5 EBRG.

Durchsetzung des Verhandlungsanspruchs etwa die vorbeugende Unterlassungsklage gegen verhandlungswidrig vorgenommene strukturelle Änderungen oder die Anordnung ihrer rechtlichen Unwirksamkeit.

Der große Relevanz, die der Gesetzgeber dem Verhandlungsanspruch nach § 18 Abs. 3 SEBG beimisst, kommt auch darin zum Ausdruck, dass er den Zeitpunkt der Neuaufnahme von Verhandlungen auf das **Planungsstadium struktureller Änderungen** vordatiert. Nicht erforderlich ist ferner, dass die geplanten Änderungen **tatsächlich** zu einer Minderung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer führen, sondern es genügt, dass sie hierzu **geeignet** sind. Das bedeutet, dass es ausreicht, dass die Minderung von Beteiligungsrechten je nach Gestaltung der Änderungen **denkbar und möglich** ist.

Eine **Schwäche der Regelung des § 18 Abs. 3 SEBG ist**, dass sie nur sehr vage Vorgaben hinsichtlich des zu beteiligenden Personenkreises und des Verfahrens enthält:

Kommt es **nicht** zur **Neubildung eines BVG**, dessen Zusammensetzung und Befugnisse detailliert vorgeschrieben sind, ist das **weitere Verfahren** ungeklärt. § 18 Abs. 3 S.2 SEBG regelt nicht, welche AN als »**betroffen**« anzusehen sind, **wie viele** von ihnen zu den Verhandlungen hinzugezogen werden können und **auf welcher Grundlage** dies zu geschehen hat. Offen ist auch, welches Verfahren bei den Verhandlungen einzuhalten ist. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf des SEBG ist an eine **»ad-hoc-Vereinbarung«** zwischen allen Beteiligten gedacht.[106]

Diese Regelungsdefizite verweisen umso mehr auf das Erfordernis, sich bereits im Gründungsstadium einer SE gem. § 21 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 4 SEBG Gedanken über die einschlägigen Fallgestaltungen und das hierbei einzuschlagende Verfahren zu machen.

5. Und schließlich ist **§ 43 S.1 SEBG** anzuführen, der ein allgemeines **Missbrauchsverbot** statuiert. Nach § 43 S.2 SEBG wird **Missbrauch vermutet**, wenn innerhalb eines Jahres nach Gründung einer SE **strukturelle Änderungen** stattfinden, die bewirken, dass den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte vorenthalten oder entzogen werden, ohne dass es zu Neuverhandlungen über die Beteiligungsvereinbarung gem. § 18 Abs. 3 SEBG gekommen ist.

106 BT-Drs.15/3405 S.51.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Zentrum der Regelungen zum Bestandsschutz der Arbeitnehmerbeteiligung über den Gründungszeitpunkt hinaus nicht lediglich allgemein nachfolgende Änderungen der SE stehen, sondern dass dies zumeist auf »**strukturelle Änderungen** einer bereits gegründeten SE und die von den strukturellen Änderungen betroffenen Gesellschaften« eingeengt wird (so Erwägungsgrund 18 SE-RL, ähnlich § 1 Abs. 4 SEBG; nur auf die SE bezogen in § 18 Abs. 3 SEBG und – wohl auch – in § 43 SEBG). Die **Rechtsfolge** nachträglicher struktureller Veränderungen der SE ist in der SE-RL **nicht exakt vorgegeben**. **Nach § 18 Abs. 3 SEBG entsteht** bereits aus geplanten strukturellen Änderungen, die **geeignet** sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu **mindern**, für die Leitung der SE und den SE-BR die **Verpflichtung zur Neuaufnahme der Verhandlungen** über die Arbeitnehmerbeteiligung. Scheitern die Verhandlungen, so kommen die Auffangvorschriften über den SE-BR und die Mitbestimmung kraft Gesetzes zur Anwendung (§ 18 Abs. 3 S.3 SEBG). **Überwölbt** werden die Bestimmungen von der Statuierung eines allgemeinen **Missbrauchsverbots** nach Art. 11 SE-RL und § 43 S.1 SEBG. In Art. 43 S.2 SEBG wird dieses mit einem **Vermutungstatbestand** des Missbrauchs gekoppelt. Dieser greift im Fall zeitlich **auf ein Jahr** und sachlich auf **strukturelle Änderungen** einer SE begrenzter nachträglicher Veränderungen ein, die **bewirken**, dass den Arbeitnehmern **Beteiligungsrechte vorenthalten oder entzogen** werden, ohne dass es zu Neuverhandlungen über die Beteiligungsvereinbarung gem. § 18 Abs. 3 SEBG gekommen ist. **Verstöße gegen das Missbrauchsverbot** aus § 43 S.1 SEBG werden nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe geahndet.

Klärungsbedürftig in bezug auf diese über den Gründungszeitpunkt hinausgehenden Bestandsschutzregelungen sind die **Begriffe der »strukturellen Änderung« einer SE** und der mit »mindern«, »vorenthalten« und »entziehen« umschriebenen **Auswirkungen auf die Arbeitnehmerbeteiligung**.

2.3. »Strukturelle Änderungen« und Beeinträchtigung der Arbeitnehmerbeteiligung

Die Frage, wie der Begriff **der strukturellen Änderung**[107] zu fassen ist und welche Tatbestände hierunter fallen, wird in der Literatur kontrovers beantwortet.[108] Sicher ist dem Wortlaut nach so viel, dass hierunter nicht jede, noch so geringfügige nachträgliche Veränderung einer SE fällt. Wie dem Zusammenhang mit der Sicherung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer entsprechend dem »Vorher-Nachher-Prinzip« und der Verpflichtung zur Neuverhandlung einer Beteiligungsvereinbarung gem. § 18 Abs. 3 SEBG zu entnehmen ist, fallen hierunter nur solche Änderungen, die zu einer **Minderung, Vorenthaltung oder Beeinträchtigung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer** führen (können).

Maßstab der Beurteilung, wann eine **strukturelle Änderung** vorliegt, ist also nicht die isolierte Beurteilung der Intensität gesellschaftsrechtlicher Vorgänge als solcher,[109] sondern der Effekt, den diese für die Beteiligung der Arbeitnehmer haben (können). Eine **strukturelle Änderung** im Sinne der genannten Bestimmungen liegt demnach immer dann vor, wenn diese ggf. zur Minderung oder Vorenthaltung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer führen kann. Dies folgt aus dem mit den genannten Schutzbestimmungen im Kontext der **SE-RL und dem deutschen SEBG verfolgten Zweck**. Wie bereits ausgeführt, gehört zu den Zielen der Gemeinschaft im sozialen Bereich nicht nur die Gewährleistung von Informations- und Anhörungsverfahren, sondern auch die Beteiligung der Arbeitnehmer an Unternehmensent-

107 Vgl. hierzu Freis in: Nagel/Freis/Kleinsorge, 2005, § 18 Rn. 8ff. mit Bezugnahme auf die weite Regelung im Umsetzungsgesetz in Österreich gem. § 228 Abs. 2 Arbeitsverfassungsgesetz; enger Wollburg/Banerjea, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 277, 278; dagegen zutr. Köstler, Mitbestimmung, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, S. 303ff., 337ff., 343.

108 Vgl. aus der aktuellen Debatte insbes. Köstler, Mitbestimmung, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, S. 303ff., 337ff.; Müller-Bonanni/de Beauregard, Mitbestimmung in der Societas Europaea, GmbHR 2005, 195ff.; Wollburg/Banerjea, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 277ff. Die kontroversen Einzelfälle betreffen namentlich die **Sitzverlegung** einer SE z.B. in Mitgliedstaaten i.S. der SE-VO und SE-RL, die für Fälle nachfolgender struktureller Änderungen keine mitbestimmungssichernden Regelungen getroffen haben, **Neueinstellungen** von Arbeitnehmern bei einer mitbestimmungsfrei gegründeten SE, die zur (nachträglichen) Überschreitung nationaler Schwellenwerte in Bezug auf die Mitbestimmung führen, den **Erwerb eines mitbestimmten Rechtsträgers durch eine mitbestimmungsfreie oder in geringerem Umfang mitbestimmte SE** und die Fälle von **»SE-Vorratsgründungen«** ohne Arbeitnehmer (und damit auch ohne Mitbestimmungsvereinbarung oder Geltung einer Auffangregel) und ihrer nachträglichen Nutzung im Rahmen wirtschaftlicher Geschäftsbeziehungen.

109 So aber Wollburg/Banerjea, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 277, 278: Nur Vorgänge gründungsähnlichen Charakters.

scheidungen (vgl. SE-RL, Erwägungsgründe 3, 6, 18). Zu beachten ist ferner, dass die **Trennung** von **Unternehmensrecht** bzw. Gesellschaftsrecht einerseits **und kollektivem Arbeitsrecht** andererseits insbesondere im Recht der SE nicht möglich ist. Unternehmensrecht und Arbeitsrecht sind in der SE-VO und der SE-RL nach allgemeiner Ansicht zu einer **untrennbaren Einheit verwoben**. Von Bedeutung ist schließlich, dass **Mitbestimmungsregelungen** nach europäischem Recht **Grundrechtscharakter**[110] zukommt.

Angesichts dieses hohen normativen **Rangs der Arbeitnehmerbeteiligung**, dem **erklärten Willen** des europäischen **Gesetzgebers** und dem **ausdrücklichen Zweck** der SE-VO und SE-RL, die Gründer einer SE zur Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung nicht nur im Gründungszeitpunkt, sondern auch im Fall nachfolgender struktureller Änderungen zu verpflichten, sind gesellschaftsrechtliche Konstruktionen, die – wie bei der **nachträglichen Nutzung** von nicht mitbestimmten Vorrats-SE – zu einem **Ausschluss der an sich gebotenen Beteiligung der Arbeitnehmer** führen, **unwirksam**.

Dies folgt im **Umkehrschluss** aus der – hier ausnahmsweise als zulässig unterstellten – **»teleologischen Reduktion«** derjenigen Vorschriften, die die Zulässigkeit der Gründung und Eintragung einer SE an das Vorliegen einer Regelung zur Arbeitnehmerbeteiligung knüpfen.

2.4. Aufnahme bzw. Zurechnung von AN als »strukturelle Änderung« i.S. der SE-RL und des SEBG

Geht man, wie im Rahmen dieses Hilfsgutachtens II **unterstellt**, davon aus, dass – allein im Fall ihrer Arbeitnehmerlosigkeit – **ausnahmsweise** die **Gründung und Eintragung** einer (mitbestimmungsfreien) »Vorrats-SE« nach den europarechtlichen Gründungsbestimmungen der SE im Wege der **teleologischen Reduktion** der Vorschriften des Art. 12 Abs. 2 SE-VO i.Vb.m. der SE-RL zulässig ist, dann bedeutet dies im **Umkehrschluss zwingend**, dass in dem Moment, in dem die **Voraussetzungen** für die Bejahung einer **ausnahmsweise zulässigen teleologischen Reduktion entfallen** sind, die **Vorschriften über die in der Regel geltenden Bestimmungen der Arbeitnehmerbeteiligung eingreifen**. Wenn es die Ausle-

110 So ausdrücklich Art. 27 der – allerdings noch nicht rechtsverbindlichen – Grundrechte-Charta; ebenso in Art. 17 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer v. 9.12.1989 und Art. 21 der revidierten Europäischen Sozialcharta vom 3.5.1996; diese letzteren Kodifikationen dienten als Quellen der Grundrechte-Charta, vgl. Riedel in: Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S.339.

gungsmaxime der teleologischen Reduktion gestattet, von dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmungen über die Gründung und Eintragung einer SE im Fall ihrer Arbeitnehmerlosigkeit abzusehen, weil sich andernfalls eine gravierende Zweckverfehlung ergeben würde, dann muss der (nachträgliche) Eintritt des Zwecks als Umstand gewertet werden, der dazu führt, dass den zunächst verdrängten Bestimmungen soweit möglich Rechnung getragen werden kann. Diese Möglichkeit ist vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen: Aus diesem Grund ist die nachträgliche Aufnahme von Arbeitnehmern als eine »strukturelle Änderung« i.S. der genannten Vorschriften anzusehen.

Die Regelungen in Art. 12 Abs. 2 SE-VO und der SE-RL sind mit anderen Worten dann anzuwenden, wenn die Voraussetzungen ihrer ausnahmsweisen Nichtanwendbarkeit im Gründungsstadium später entfallen. Dies ist in den oben dargestellten Fallkonstellationen **immer dann gegeben**, wenn die **SE, ihre Tochtergesellschaften oder Betriebe eigene Arbeitnehmer** beschäftigen oder ihr als Konzernspitze – gemäß den Vorschriften des nationalen Rechts (vgl. § 5 MitbestG, § 2 DrittbG) – Arbeitnehmer abhängiger Gesellschaften **zugerechnet** werden.

2.4.1. Bestimmung des Schwellenwerts nachträglich hinzu kommender Arbeitnehmer

Zu fragen ist allerdings, **wie viele Arbeitnehmer** in der SE tätig sein bzw. ihr zugerechnet werden müssen, damit von dem Erfordernis einer Arbeitnehmerbeteiligung auszugehen ist. Regelungen hierzu enthalten weder die SE-VO und die SE-RL noch die deutschen Umsetzungsbestimmungen. Folglich bleibt der **Schwellenwert** an Arbeitnehmern, von dem an eine Beteiligungsregelung in der SE zwingend geboten ist, zu bestimmen.

2.4.1.1. Mitgliederzahl des SE-BR und des BVG als Orientierungsgröße?

Ein Anhaltspunkt dafür, wie der Schwellenwert an Arbeitnehmern zu bestimmen ist, könnte zunächst der Größe des zu bildenden SE-BR zu entnehmen sein. Nach der **Auffangregelung für den gesetzlichen SE-BR** in Teil 1 h) der SE-RL, § 23 Abs. 1 S.2 i.Vb.m. § 5 Abs. 1 SEBG besteht ein SE-BR – ebenso wie ein **BVG** – aus **mindestens 10 Mitgliedern**. Die Mitglieder **müssen Arbeitnehmer** der SE, ihrer Tochtergesellschaften oder Betriebe sein (§ 23 Abs. 1 S.2 SEBG.

Diese Größe eines SE-BR ist allerdings nur für den SE-BR kraft Gesetzes vorgegeben. Wird ein SE-BR auf der Basis einer Beteiligungsvereinbarung gebildet, so unterliegt die Bestimmung seiner **Mitgliederzahl der freien Vereinbarung** durch

die Parteien (Art. 4 Abs. 2 b SE-RL, § 21 Abs. 2 SEBG). Zu beachten ist aber, dass nach § 18 Abs. 3 SEBG für die Aushandlung der Beteiligungsvereinbarung im Fall nachträglicher struktureller Änderungen immer dann **ein BVG zu bilden** ist, wenn ein SE-BR nicht bereits besteht. Da dies bei einer »Vorrats-SE« nicht der Fall ist, muss also die Neuaushandlung der Beteiligungsvereinbarung von einem hierfür zu bildenden BVG ausgehandelt werden. Für die Errichtung des BVG gilt die Vorschrift des § 5 Abs. 1 SEBG entsprechend § 23 Abs. 1 S. 3 SEBG mit der Maßgabe, dass an die Stelle der beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betriebe die SE, ihre Tochtergesellschaften und Betriebe treten. Die Größe des BVG beträgt nach § 5 Abs. 1 SEBG **mindestens 10 Mitglieder**. Abgesehen von den Gewerkschaftsvertretern müssen die **inländischen Mitglieder** des BVG – unter Einschluss der leitenden Angestellten[111] – gem. § 6 Abs. Abs. 2 SEBG **Arbeitnehmer** der SE, ihrer Tochtergesellschaften oder Betriebe sein. Folglich müssen eine SE, ihre Tochtergesellschaften und Betriebe, damit ein BVG für die nach § 18 Abs. 3 SEBG neu auszuhandelnde Vereinbarung gebildet werden kann, bereits eine hinreichend große Anzahl von Arbeitnehmern haben. **Wie viele dies mindestens sein müssen, lässt sich nicht generell bestimmen**. Denn die Zahl und Zusammensetzung der **Mitglieder** des BVG **variiert** entsprechend § 5 Abs. 1 SEBG **mit dem Grad der internationalen Verflechtung** der SE.[112]

Ergebnis: Wie viele Arbeitnehmer eine zunächst arbeitnehmerlos gegründete Vorrats-SE mindestens nachträglich einstellen muss (bzw. ihr im Konzernverbund zugerechnet werden müssen), damit gem. § 18 Abs. 3 SEBG Neuverhandlungen über eine Beteiligung der Arbeitnehmer aufzunehmen sind, lässt sich folglich **weder aus der Mindestgrößen des SE-BR kraft Gesetzes noch derjenigen** des nach § 18 Abs. 3 i.Vb. mit § 5 Abs. 1 SEBG zu bildenden **BVG** ableiten.

2.4.1.2. Relation Vertreter/Vertretene als Bezugsgröße?

Als weitere denkbare rechtliche Gesichtspunkte für die Bestimmung des Schwellenwerts nachträglich hinzu kommender Arbeitnehmer einer Vorrats-SE könnte auf die Relation der Mitgliederzahl von Vertretungsorganen der Arbeitnehmer zu den von ihnen vertretenen Arbeitnehmern abgestellt werden. Fraglich ist aber insoweit

111 Diese gehören demnach im Unterschied zum BetrVG (§ 5 Abs. 3) und dem EBRG (§ 4) zu den Arbeitnehmern i.S. des SEBG, vgl. Kleinsorge in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 6 Rn. 4.

112 Die Mindestzahl der Mitglieder des BVG beträgt 10 Mitglieder, die (relativ unwahrscheinliche) Höchstzahl 37 Mitglieder, vgl. Kleinsorge in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 5 Rn. 3, 4.

bereits, von welcher **»Richtgröße«** für die **Zusammensetzung eines SE-BR** auszugehen ist. Kommt ein SE-BR durch Vereinbarung zustande, so richtet sich auch dessen Mitgliederzahl nach der in der Vereinbarung getroffenen Abmachung. Kommt es dagegen zur Errichtung eines **SE-BR kraft Gesetzes**, so hat dieser eine Mindestzahl von 10 Mitgliedern, die Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und ihrer Betriebe sein müssen.

Wie hoch die **Mindestgesamtzahl der** von den 10 Mitgliedern eines SE-BR kraft Gesetzes **repräsentierten Arbeitnehmer** sein muss, ist weder der SE-RL noch dem SE-BG zu entnehmen. Als Orientierungsgrößen könnten die **Bestimmungen über den EBR** oder die **nationalen Regelungen** zur betrieblichen Arbeitnehmervertretung dienen.

Für das EBRG ist dies indes bereits deshalb fraglich, weil es nur in gemeinschaftsweit tätigen Großunternehmen oder Unternehmensgruppen mit einer Mindestzahl von 1000 Arbeitnehmern, von denen mindestens 150 Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten beschäftigt sind, zur Anwendung kommt (§ 3 Abs. 1 EBRG). Die Mindestgröße eines hier zu bildenden EBR kraft Gesetzes beträgt gem. § 22 EBRG 7 Mitglieder.[113] Demgegenüber ist die **SE** als eine Rechtsform gedacht, die **auch für kleine und mittlere Unternehmen** zur Verfügung stehen soll.[114]

Die **nationalen Rechtsordnungen**[115] der Mitgliedstaaten i.S. der SE-VO und der SE-RL enthalten keine übereinstimmenden Vertretungsrelationen. Sie schwanken erheblich.[116] Ein betriebliches Vertretungsorgan mit mindestens 10 Mitgliedern vertritt danach im Regelfall mindestens 500 bis 1000 Arbeitnehmer.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich **plausible Grenzwerte** für die Bestimmung der Arbeitnehmerzahl, die eine Vorrats-SE haben muss (bzw. die ihr im Konzernverbund zugerechnet werden müssen), damit eine Pflicht zu Neuverhandlungen infolge einer strukturellen Änderung der SE bejaht werden kann, nicht bestimmen lassen.

113 Blanke, EBRG-Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 22 Rn. 3.

114 Ob sie hierfür geeignet ist, ist eine andere Frage; skeptisch insoweit im Hinblick auf den Entwurf des SE-Statuts von 1991 Gutsche, Die Eignung der Europäischen Aktiengesellschaft für kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland, 1994, S.146, 240f.

115 Überblick über die Rechtslage in den Mitgliedstaaten vor der EU-Osterweiterung zum 1.5.2004 in: EGB (Hrsg.), Die Arbeitnehmervertretung auf Betriebsebene in Europa, 1998.

116 Eine Auswahl: Spanien: 13 Vertreter für Unternehmen mit 251 bis 500 Beschäftigten; Deutschland: 11 Mitglieder von 401 bis 700 Arbeitnehmern; Österreich: 10 Vertreter bei 501 bis 600 Arbeitnehmern; Italien: 12 Vertreter bei mehr als 800 Beschäftigten; Belgien: 10 Vertreter bei 1000 bis 2000 Beschäftigten, Portugal: 11 Vertreter bei mehr als 1000 Beschäftigten; Griechenland: 7 Vertreter bei mehr als 1000 Beschäftigten.

Daraus kann aber nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass das nachträgliche Hinzutreten von Arbeitnehmern in/zu einer arbeitnehmerlos gegründeten Vorrats-SE nicht den Tatbestand einer strukturellen Änderung erfüllt. Denn das Vorliegen dieses Tatbestands ergibt sich **einmal** bereits daraus, dass dadurch die **Ausnahmesituation wieder aufgehoben** wird, die es – wie im Rahmen dieses Hilfsgutachtens II unterstellt – entgegen der Regelung in Art. 12 Abs. 2 SE-VO und den Bestimmungen der SE-RL im Wege der teleologischen Reduktion ermöglicht hatte, von dem Erfordernis einer Regelung der Arbeitsnehmerbeteiligung im Gründungsstadium einer SE und für ihre Eintragung abzusehen. **Zum anderen** folgt dies auch daraus, dass bereits nach nationalem Recht die nachträgliche Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit einer Vorrats-SE als **»wirtschaftliche Neugründung«** angesehen wird,[117] die zu einer erneuten Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen durch das Registergericht unter entsprechender Anwendung der Gründungsvorschriften (zumindest) betr. die Kapitalaufbringung[118] führt.

Die Unmöglichkeit, einen hinreichend präzisen Schwellenwert an Arbeitnehmern zu bestimmen, macht hingegen nur erneut evident, dass von dem Erfordernis, bereits im Gründungsstadium eine Regelung zur Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE zu treffen, nicht – auch nicht ausnahmsweise – abgewichen werden kann. Unterstellt man hingegen, dass auch für dieses Problem eine rechtlich tragfähige Lösung gefunden werden kann, dann bleibt weiterhin zu fragen, welche Konsequenzen mit dieser nachfolgenden strukturellen Änderung einer SE verbunden sind. Nach der durch das SEBG geschaffenen Rechtslage entsteht in diesem Fall gem. § 18 Abs. 3 zunächst eine Pflicht zur Aufnahme von Neuverhandlungen.

2.4.1.3. Folgerung: Pflicht zu Neuverhandlungen und Amtslöschungsverfahren

Die Unternehmensleitung ist gem. § 18 Abs. 3 SEBG verpflichtet, unverzüglich das Verhandlungsverfahren über eine **Mitbestimmungsvereinbarung** aufzunehmen. Erfolgt dies ggf. auf **Antrag der Arbeitnehmer** oder auf **Aufforderung durch das Registergericht** nicht, so hat dieses das **Verfahren auf Löschung der Eintra-**

117 9.12.2002 – II ZB 12/02 – BGHZ 153, 158; 7.7.2003 – II ZB 4/02 – NZG 2003, 972.

118 Wie weit die analoge Anwendung der Gründungsvorschriften reicht, ist str., vgl. Hüffner, Aktiengesetz, 5. Aufl. 2002, § 23 Rn. 26: Wenigstens anzuwenden sind die Vorschriften zur Sicherung des Mindestkapitals und der Kapitaleinlagen (§§ 7, 36a AktG), ferner Prüfungsvorschriften der §§ 33 ff. unter Beschränkung auf reale Kapitalaufbringung, ggf. einschließlich der §§ 33 II Nr. 4 und 4, 34 I, 37 IV Nr. 2 AktG. Hauptzweck der analogen Anwendung der Gründungsvorschriften ist nach überwiegender Ansicht die Sicherung der Kapitalausstattung als Haftungsgrundlage für die Gläubiger, vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl.2002, S.66ff.

gung der SE nach § 142 FGG von **Amts wegen** einzuleiten. Eine Nichtigerklärung und Auflösung der SE nach § 144 a FGG kommt dagegen, da die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen, nicht in Betracht.[119]

Nach § 142 FGG ist eine SE von Amts wegen zu löschen, wenn ihre Eintragung wegen des **Mangels einer wesentlichen Voraussetzung** unzulässig war. Das Vorliegen einer Beteiligungsvereinbarung bzw. ggf. eines »Negativbeschlusses« des BVG oder der ergebnislose Ablauf der Verhandlungsfrist stellen, wie bereits oben ausführlich (unter I. 4.) dargestellt, zwingende und damit notwendigerweise auch **»wesentliche Voraussetzungen«** der Eintragung einer SE dar.[120] War eine arbeitnehmerlose Vorrats-SE – wie hier unterstellt wird – zunächst zulässigerweise eingetragen, so fehlt es an dieser zwingenden Eintragungsvoraussetzung, sobald sie nachträglich (in hinreichender Anzahl) Arbeitnehmer beschäftigt. Die Bestimmung des **§ 142 FGG** ist auf diesen Fall einer nachträglich unzulässig gewordenen Eintragung **entsprechend anzuwenden**.

Das Registergericht ist jedoch, was in diesem Fall besonders evident ist, aus Gründen der **Verhältnismäßigkeit** gehalten, der SE-Leitung die Möglichkeit zu eröffnen, den Eintragungsmangel zu beheben.[121] Sie hat deshalb der SE-Leitung durch eine **entsprechende Aufforderung** Gelegenheit zu geben, die **Verhandlungen über eine Arbeitnehmerbeteiligung** einzuleiten. Es gelten in diesem Fall die gleichen Verfahrensbestimmungen wie für die Gründung einer SE nach §§ 4ff. SEBG. Nach der Aufforderung der SE-Leitung zur Bildung eines BVG und der Erfüllung ihrer Informationspflichten gem. § 4 Abs. 1 bis 3 SEBG soll die Wahl oder Bestellung der Mitglieder des BVG **binnen 10 Wochen** erfolgen (§ 11 Abs. 1 S.1 SEBG – eine entsprechende Bestimmung sieht die SE-RL nicht vor). Dabei handelt es sich um eine

119 Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff. 289; nach Kleindiek, Die Eintragung der Europäischen Gesellschaft im Handelsregister, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.95ff., 105f. sei eine analoge Anwendung von § 144a FGG anstelle der Amtslöschung nach § 142 FGG in diesem Fall zutreffend, weil die Regelung des § 144a FGG als speziellere Norm diejenige des § 142 FGG verdränge (vgl. auch Winkler in: Keidel/Kunze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar zum FGG, 15. Aufl. 2003); allerdings räumt Kleindiek ein (ebd., S. 107), dass es im Ergebnis kaum einen rechtspraktischen Unterschied macht, welche Rechtsgrundlage für die »Löschung« der Eintragung einer SE herangezogen wird.

120 Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.278ff. 289; ebenso Köstler, Teil E. Mitbestimmung, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl.2005, S.301ff., 344.

121 Von dem Erfordernis der Fristsetzung zur Beseitigung des Eintragungshindernisses hat das AG Hamburg v. 28.6.2005 – Az: 66 AR 76/05 – abgesehen, weil die Gesellschaft sich auf Grund ihrer Rechtsansicht ausdrücklich nicht dazu bereit erklärt hatte, das Verfahren zum Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung einzuleiten.

Soll-Vorschrift, die im Normalfall verhindern soll, dass das Gründungsverfahren von Seiten der Arbeitnehmer hinausgezögert wird.[122]

Wird die **10-Wochenfrist** aus Gründen, die die Arbeitnehmer zu vertreten haben, überschritten, so **beginnt das Verhandlungsverfahren** gem. § 11 Abs. 2 SEBG unter Beteiligung derjenigen Mitglieder des BVG, die zu diesem Zeitpunkt bereits feststehen. Die unvollständige Besetzung des BVG ist in diesem Fall **unschädlich**, nicht repräsentierte Arbeitnehmer sind bei den Abstimmungen **nicht zu berücksichtigen**.[123] Verspätet hinzu kommende Mitglieder des BVG können sich nach § 11 Abs. 2 S.2 SEBG jederzeit an den Verhandlungen beteiligen, müssen aber das Stadium der Verhandlungen so akzeptieren, wie sie es vorfinden. Eine **Verlängerung** der regelmäßigen 6-monativen **Verhandlungsfrist findet nicht statt**.

Unklar ist, ob nach einer Aufforderung des Registergerichts zur Aufnahme von Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung nach Ablauf der 10-Wochenfrist des § 11 Abs. 1 S.1 SEBG **in jedem Fall** die regelmäßige Verhandlungsfrist von 6 Monaten zu laufen beginnt oder ob dies nur der Fall ist, wenn in dieser Frist von Seiten der Arbeitnehmer überhaupt **Mitglieder des BVG benannt** worden sind, mit denen **Verhandlungen** über eine Beteiligungsvereinbarung **aufgenommen** werden können. Nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 2 S.1 SEBG »findet das Verhandlungsverfahren … auch dann statt, wenn die … Frist aus Gründen, die die Arbeitnehmerseite zu vertreten hat, überschritten wird«. Von einem **Verhandlungsverfahren** kann nur gesprochen werden, wenn es **Verhandlungspartner** gibt. Dies spricht dafür, dass Mitglieder des Verhandlungsgremiums auf Arbeitnehmerseite zu diesem Zeitpunkt benannt sein müssen. Zu bedenken ist aber andererseits, dass es die Arbeitnehmerseite bei dieser Lesart der Vorschrift durch das Unterlassen der Benennung von Mitgliedern des BVG in der Hand hätte zu verhindern, dass der **Lauf der Verhandlungsfrist** in Gang gesetzt wird. Damit könnte sie die Zwecksetzung dieser Bestimmung, die im Regelfall auf eine Beschleunigung des Gründungsverfahrens, im Rahmen des Amtslöschungsverfahrens auf eine rechtsstaatlichen Erfordernissen genügende, zeitlich begrenzte Fristbestimmung für die Neuverhandlung einer fehlenden Beteiligungsvereinbarung abzielt, unterlaufen. Dies spricht dafür, § 11 Abs. 2 S.1 SEBG so zu interpretieren, dass dadurch immer dann, wenn aus Gründen, die die Arbeitnehmerseite zu vertreten hat, die **Bildung eines BVG teilweise**

122 Freis, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 11 Rn. 2, 7.

123 Freis, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 11 Rn. 7; Hennings, in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft, SE, Baden-Baden 2005, Teil C Art. 3 SE-RL Rn. 78.

oder ganz unterlassen worden ist, der **Beginn des Verhandlungsverfahrens fingiert wird**. Die Bestimmung ordnet nach ihrem Sinn und Zweck den Beginn des Laufs der im Regelfall gem. § 20 Abs. 1 SEBG 6-monatigen, ggf. nach § 20 Abs. 2 SEBG einvernehmlich auf 12 Monate verlängerbaren Verhandlungsfrist immer dann an, wenn die Arbeitnehmerseite die Nichtaufnahme der Verhandlungen innerhalb des 10-Wochen-Zeitraums zu vertreten hat.

Folglich hat die SE-Leitung maximal **zehn Wochen plus 6, ggf. plus zwölf Monate** (gem. § 20 SEBG) Zeit, das Amtslöschungsverfahren durch die **Vorlage einer Beteiligungsvereinbarung** abzuwenden.

F.
Ergebnisse des Gutachtens

1. Die **Eintragung einer SE** ist der letzte Schritt des Gründungsvorgangs. Sie ist **konstitutiv** für die Entstehung der SE.
2. Nach § 3 SEAG wird die SE gemäß den für **Aktiengesellschaften** geltenden Vorschriften im Handelsregister eingetragen. Das Registergericht hat nach § 38 Abs. 1 AktG zu prüfen, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist und andernfalls die Eintragung abzulehnen. Die Prüfungspflicht ist beschränkt auf die gesetzlichen Anforderungen, die – **vorbehaltlich spezieller Gründungsvorschriften** in der SE-VO und dem SEAG (vgl. z.B. Art. 17ff., 32f.) – die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung und den Errichtungsvorgang einschließlich der Prüfungsgegenstände des § 38 Abs. 2 AktG betreffen.
3. Gem. Art. 38 Abs. 3 AktG überprüft das Registergericht **auch die Satzung** auf ihre Rechtmäßigkeit. Die Satzung einer SE darf nach Art. 12 Abs. 4 SE-VO zu keinem Zeitpunkt in **Widerspruch** zu einer **ausgehandelten Beteiligungsvereinbarung** stehen.
4. Art. 2 Abs. 1 bis 4 SE-VO enthält einen **begrenzten Katalog zulässiger Gründungsformen**. Vorgesehen sind **4 Gründungsvarianten**. Eine weitere, **»sekundäre« Gründungsvariante** ergibt sich aus Art. 3 Abs. 2 SE-VO.
5. Die SE-VO betont in Bezug auf die einzelnen Gründungsformen der SE das Erfordernis der Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung nach der SE-RL als wesentlicher Bestandteil der Gründungsvoraussetzungen in **unterschiedlich intensiver Weise**. Am nachdrücklichsten ist dies – einschließlich der ausdrücklichen Anordnung der registergerichtlichen Kontrollpflicht bei der Eintragung – im Zusammenhang mit den Gründungsvorschriften im **Verschmelzungsfall** (Art. 27ff. SE-VO) und unwesentlich schwächer für den Fall der Gründung einer **Holding-SE** (Art. 32f. SE-VO) geregelt. Für den **Umwandlungsfall** enthält die SE-VO nur einen knappen Hinweis auf die Arbeitnehmerbeteiligung als Eintragungsvoraussetzung (Art. 37 Abs. 2 SE-VO), im Fall der **Tochter-SE** fehlt (über die allgemeine Regelung in Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO und in Art. 3 Abs. 1 SE-RL hinaus) jede zusätzliche Betonung dieses Erfordernisses.
6. Das unterschiedliche **Ausmaß an Detailregelungen** der einzelnen Gründungsbestimmungen erklärt sich nicht aus Unterschieden hinsichtlich der Bedeutung der Arbeitnehmerbeteiligung für die verschiedenen Entstehungsformen der SE, sondern aus unterschiedlichen gesetzlichen **Schutzanforderungen**, die mit den **jeweiligen Umwandlungsvorgängen** verbunden sind.
7. Die **Eintragung einer SE** setzt nach Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO **immer** voraus, dass eine **Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE** gegeben ist. Andernfalls

kann nach dem eindeutigen Wortlaut der Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO eine SE nicht eingetragen bzw. registriert werden**.**

8. Dies besagt nicht, dass eine SE nur eingetragen werden kann, wenn eine **Vereinbarung** über die **Arbeitnehmerbeteiligung** nach Art. 4 SE-RL (§ 21 SEBG) zwischen einem BVG und den zuständigen Organen der beteiligten Gesellschaften abgeschlossen worden ist. Vielmehr ist eine Eintragung einer SE gem. Art 12 Abs. 2 SE-VO auch immer dann zulässig, wenn die von der SE-RL vorgezeichneten **Alternativen der Arbeitnehmerbeteiligung** auf den nach der SE-RL bestimmten Verfahrenswegen zum Einsatz kommen.
9. Die Eintragung einer SE setzt voraus, dass die **Bildung eines BVG** nach den Vorschriften der SE-RL (bzw. den entsprechenden nationalen Umsetzungsbestimmungen) vorgenommen worden ist. Andernfalls kann weder ein **Negativbeschluss** dieses Gremiums nach Art. 3 Abs. 3 SE-RL gefasst werden noch können die **Verhandlungen** – sei es erfolgreich, sei es ergebnislos – **geführt** worden sein.
10. Die wesentlichen Gründe für die Bejahung der Frage, ob die Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung ein ausnahmslos zwingendes Eintragungserfordernis einer SE ist, sind:
    - Die **Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung** ist konstitutiver Bestandteil der Unternehmensverfassung einer SE und als solcher ausdrücklich in den Rang einer **zwingenden Eintragungsvoraussetzung** erhoben worden. Dies ergibt sich aus Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO sowie den Gründungsvorschriften zu den einzelnen Gründungsformen der SE.
    - **Nach dem Willen des Europäischen Gesetzgebers stellen die** Regelungen der SE-VO und der SE-RL **eine** untrennbare Einheit **dar.**
    - Die SE-RL geht **zwingend** davon aus, dass im Zuge der Gründung einer SE **ausnahmslos** ein BVG zu bilden ist (Art. 3 Abs. 2 SE-RL), dessen Aufgabe in der Aushandlung einer Beteiligungsvereinbarung mit den Organen der gründungsbeteiligten Gesellschaften besteht.
    - Dies gilt **auch für die Gründungsvariante** der **formwechselnden Umwandlung** einer AG in eine SE. Für diesen Fall schreibt die SE-RL vor, dass die Fortführung »aller Komponenten« der bisherigen Arbeitnehmerbeteiligung in der AG auch für die SE zwingend ist (Art. 4 Abs. 4), so dass dadurch der **zulässige Verhandlungsspielraum des BVG** »nach unten« begrenzt ist.
    - Das Erfordernis zur Bildung eines BVG und zur Aufnahme von Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung erklärt sich aus der **rechtskonstruktiven Verzahnung** der Arbeitnehmerbeteiligung mit der Gründung

und Errichtung einer SE. Die Erlangung von **Rechtspersönlichkeit** (Art. 1 Abs. 3 i. Vb. mit Art. 16 Abs. 1 SE-VO) ist an die **Eintragung der SE** geknüpft. Der Europäische Verordnungsgeber greift das Eigeninteresse der Gründungsgesellschaften auf und hat die Bestimmungen zur Schaffung eines BVG und zum Ablauf der Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung so ausgestaltet, dass diese **von sich aus** die Initiative zur Bildung eines BVG ergreifen müssen.

- Dem **BVG** kommt als Verhandlungsgremium und Vereinbarungspartei auf Arbeitnehmerseite **»satzungsrelevante Kompetenz«** (Art. 12 Abs. 4 SE-VO) und infolge der Errichtung einer dauerhaften Arbeitnehmerrepräsentation eine zumindest mittelbare Befugnis zur Einflussnahme auf die Unternehmensverfassung zu.

HILFSGUTACHTEN I: AUSNAHMSWEISE ZULÄSSIGKEIT DER EINTRAGUNG EINER ARBEITNEHMERLOSEN VORRATS-SE?

11. Gegenstand der Prüfung ist die Frage, ob die **Eintragung** einer **arbeitnehmerlosen Vorrats-SE ohne Regelung einer Arbeitnehmerbeteiligung ausnahmsweise als zulässig** angesehen werden kann.
12. Die Nutzung von gesellschafts- und unternehmensrechtlichen Instrumentarien der SE, die einen spezifischen Gestaltungsvorteil dieser Rechtsform gegenüber nationalen Unternehmensformen beinhalten, kann im Zweifel **nicht als Missbrauch dieser Rechtsform** zulasten von Arbeitnehmerrechten angesehen werden.
13. Zu bedenken ist aber: Bereits nach nationalem Recht sind die **Mitbestimmungsgesetze Teil des Gesellschaftsstatuts**, weil sie die Unternehmensverfassung ausgestalten. Auf der Ebene des **Gemeinschaftsrechts gilt dies erst recht.** Unternehmensrecht und Arbeitsrecht sind hier zu einer einheitlichen Organisationsverfassung verschmolzen. Denn zwischen der SE-VO und der SE-RL besteht ein untrennbarer Zusammenhang.
14. In der Literatur sind zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten erörtert worden, mittels deren die **Gründungs- und Eintragungsrestriktionen**, die die SE-VO und die SE-RL aufstellen, **umgangen** werden können. Die vorgeschlagenen Umgehungsvarianten beziehen sich insbesondere auf den Kreis der Gründungsbeteiligten, das Erfordernis der Mehrstaatlichkeit der gründungsbeteiligten Gesell-

schaften und auf die Eintragungsvoraussetzung der Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung. Vor allem für diesen letzteren Fall wird die Gründung und Eintragung von Vorrats-SE vorgeschlagen.

15. Eine **Vorrats-SE** beschäftigt mangels operativer Geschäftstätigkeit im Zweifel **keine Arbeitnehmer**.
16. Die Eintragung einer arbeitnehmerlosen SE könnte ausnahmsweise im Wege einer **»teleologischen Reduktion«** der Gründungs- und Eintragungsvorschriften der SE-VO i. Vb. m. den Bestimmungen der SE-RL zulässig sein.
17. Die teleologische Reduktion einer Regelung kommt dann in Betracht, wenn deren wortwörtliche Anwendung in einer spezifischen Ausnahmesituation den mit ihr angestrebten und nach der historischen wie systematischen Auslegung gesicherten Sinn und Zweck verfehlen würde.
18. Das Erfordernis einer Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung kann in Bezug auf den Eintragungszeitpunkt einer arbeitnehmerlosen SE als zweckwidrig erscheinen.
19. Dies ist jedoch im Blick auf künftige wirtschaftliche Tätigkeiten der SE, wie sie bei einer Vorrats-SE beabsichtigt sind, nicht der Fall. Denn in der Beteiligungsvereinbarung sind Regelungen für Anlässe und Verfahren zur künftigen Neuaushandlung einer Vereinbarung zu treffen.
20. Hinzu kommet: Bei der teleologischen Reduktion handelt es sich um einen **Auslegungsgrundsatz**. Er erlaubt es nicht, sich über den eindeutigen Wortlaut einer Regelung hinweg zu setzen.
21. Da die Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung nach dem **ausdrücklichen Wortlaut** von Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO und den Bestimmungen der SE-RL eine **zwingende Eintragungsvoraussetzung** darstellt, ist es unzulässig, im Wege der Auslegung von diesem Erfordernis abzusehen.
22. Für die Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung auch für eine arbeitnehmerlose SE bereits zum Eintragungszeitpunkt sprechen **auch in der Sache gute Gründe**: Der europäische Gesetzgeber hat deutlich zu erkennen gegeben, dass er die Rechtsform der SE für Gesellschaften reserviert hat, die im Regelfall auf der Basis einer ausgehandelten Beteiligungsvereinbarung Bestimmungen zur Arbeitnehmerbeteiligung getroffen haben.

HILFSGUTACHTEN II: RECHTSFOLGEN DER NACHTRÄGLICHEN NUTZUNG EINER ZUNÄCHST OHNE ARBEITNEHMER EINGETRAGENEN VORRATS-SE

23. Ausgangspunkt der Prüfung ist die – im Hilfsgutachten I verworfene – Annahme, dass eine arbeitnehmerlose SE in zulässiger Weise eingetragen werden kann.
24. Dies wirft für den Fall, dass sie **später operativ tätig** wird, eine Fülle ungeklärter **Folgeprobleme** auf. Diese beziehen sich im wesentlichen auf folgende Punkte: Den **Schwellenwert** bei späterer Einstellung oder Zurechnung von Arbeitnehmern zur SE bzw. die Definition des Merkmals der **Aufnahme** anderer Gesellschaften, den Umfang einer evtl. erneuten **Gründungsprüfung**, die **Amtslöschung** der SE und/oder die **Neuaufnahme** von Verhandlungen zur Arbeitnehmerbeteiligung.
25. Die nachträgliche Einstellung von Arbeitnehmern bzw. die Zurechnung von Arbeitnehmern zur SE im Konzernverbund ist dann als »**strukturelle Änderung**« i.S. von Art. 18 SE-RL, §§ 1 Abs. 4, § 18 Abs. 3, 43 SEBG anzusehen, die die Pflicht zu Neuverhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung auslöst, wenn andernfalls den **Arbeitnehmern Beteiligungsrechte vorenthalten oder entzogen** werden.
26. Plausible **Grenzwerte** für die Bestimmung der Arbeitnehmerzahl, die eine Vorrats-SE haben muss (bzw. die ihr im Konzernverbund zugerechnet werden müssen), damit eine Pflicht zu Neuverhandlungen infolge einer strukturellen Änderung der SE bejaht werden kann, lassen sich **nicht angeben**. Sie können weder aus der **Mindestgröße** des SE-BR kraft Gesetzes oder des BVG gefolgert noch aus gemeinschaftsrechtlichen oder nationalen Bestimmungen der **Relation** von Arbeitnehmervertretern zu vertretenen Beschäftigten entnommen werden.
27. Die Unternehmensleitung ist im Falle nachträglicher struktureller Änderungen gem. § 18 Abs. 3 SEBG verpflichtet, **unverzüglich von sich aus** das **Verhandlungsverfahren** über eine Mitbestimmungsvereinbarung aufzunehmen.
28. Erfolgt dies ggf. auf Antrag der Arbeitnehmer oder auf Aufforderung durch das Registergericht nicht, so hat dieses das Verfahren auf **Löschung der Eintragung** der SE nach § 142 FGG von Amts wegen einzuleiten. Eine Nichtigerklärung und Auflösung der SE nach § 144 a FGG kommt nicht in Betracht.
29. Die SE-Leitung hat gem. § 11 Abs. 2 S.1 SEBG **maximal zehn Wochen plus 6, ggf. plus zwölf Monate (gem. § 20 SEBG) Zeit**, das Amtslöschungsverfahren durch die Vorlage einer Beteiligungsvereinbarung abzuwenden**.**

LITERATURVERZEICHNIS

Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 2. Aufl., München 2004.

Bayer, MüKo-AktG, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, Verlag C-H. Beck, München u.a.

Bayer, Die Gründung einer Europäischen Gesellschaft mit Sitz in Deutschland, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.25.

Blanke, EBRG-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2005.

Blanke, Anm. zu BAG 30.3.2004, AP Nr. 3 zu § 5 EBRG.

Calle Lambach, Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG), RIW 2005, 161ff.

Casper, Der Lückenschluss im Statut der europäischen Aktiengesellschaft, Festschrift Ulmer zum 70. Geburtstag, 2003, S.51.

Dorssemont, Contractual governance of management and labour law in EC Labour Law, 2006 (im Erscheinen).

Grobys, Das geplante Umsetzungsgesetz zur Beteiligung von Arbeitnehmern in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2004, 779.

Gutsche, Die Eignung der Europäischen Aktiengesellschaft für kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland, Baden-Baden 1994.

Heinze, Die Europäische Aktiengesellschaft ZGR 2002, 66.

Henssler, Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea, FS Ulmer 2003, S.193.

Herfs-Rötten, Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2001, 424.

Herfs-Röttgen, Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2002, 358.

Hirte, Die Europäische Aktiengesellschaft, NZG 2002,1.

Hommelhoff, Gesellschaftsrechtliche Fragen im Entwurf eines SE-Statuts, AG 1990, 422.

Hommelhoff, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2001, S.279.

Hommelhoff, Normenhierarchie für die Europäische Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, Köln 2005, 5.

Hüffner, AktG, 5. Aufl. München 2002.

Kallmeyer, Europa-AG – Strategische Optionen für deutsche Unternehmen, AG 2003, 197.

Keidel/Kunze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar zum FGG, 15. Aufl. München 2003.

Kleindiek, Die Eintragung der Europäischen Gesellschaft im Handelsregister, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S.95.

Kienast, Mitbestimmung, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea -, Heidelberg 2005, S. 377.

Kleinsorge, Europäische Gesellschaft und Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, RdA 2002, 343.

Köstler, Teil E. Mitbestimmung, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, Stuttgart 2002, S. 301ff. (2. Aufl. 2005, S.301ff.).

Köstler, Die Mitbestimmung in der SE, ZGR 2003, 800.

Köstler, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft nach den deutschen Umsetzungsgesetzen, DStR 2005, 745ff., 749.

Krause, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2005, 1221.

Kraushaar, Europäische Aktiengesellschaft (SE) und Unternehmensmitbestimmung, BB 2003, 1614.

Lange, Überlegungen zur Umwandlung einer deutschen in eine Europäische Aktiengesellschaft, EuZW 2003, 301.

Lutter, Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?, BB 2002, 1.

Lutter, Teil I, in: dgl. (Hrsg.), Holding-Handbuch, 2004, S.1ff.

Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.)., Europäische Aktiengesellschaft SE, Baden-Baden 2005.

Marsch-Barner, § 15. Die Holding-SE, in: Lutter (Hrsg.), Holding-Handbuch, 4. Aufl. Köln 2004, S. 933.

Maul/Wenz, Einsatzmöglichkeiten der Europäischen Gesellschaft im Konzern, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, Köln 2005, 261.

Müller-Bonanni/de Beauregard, Mitbestimmung in der Societas Europaea, GmbHR 2005, S.195.

Nagel, Verschlechterte Regelungen und Vereinbarungen zur Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, AuR 2001, 406.

Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, München 2005.

Neun, Teil B. Gründung, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. Stuttgart 2005, S. 57ff.

Niklas, Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE) – Umsetzung in Deutschland, NZA 2004, 1200.

Oetker, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, Köln 2005.
Pluskat, Die Arbeitnehmerbeteiligung in der geplanten Europäischen AG, DStR 2001, 1483.
Reichert/Brandes, Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE: Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz, ZGR 2003 767.
Schmidt, K., Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München, 2002.
Schwarz, Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2001, 1847.
Teichmann, ECLR. Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, in: ZGR 2002, 383.
Sonnenberger, MüKo BGB, EGBGB, 3. Aufl. München 1998.
Teichmann, Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2004, 53.
Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, Stuttgart 2002 (2. Aufl. 2005).
Vossius, Gründung und Umwandlung der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 741.
Wollburg/Banerjea, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, S. 277.

Beschlüsse des Amts- und Landgerichts Hamburg vom 28. 06., 21. 07. und 30. 09. 2005

66 AR 76/05
28.06.2005

Amtsgericht Hamburg

BESCHLUSS

In der Handelsregistersache
der [redacted] SE

beschließt das Amtsgericht Hamburg, Abteilung 66, durch den Richter am Landgericht Hirth:

Die am 23.05.2005 eingegangene Anmeldung vom 29.10.2004 zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister wird auf Kosten der Gesellschaft zurückgewiesen.

Gründe:

Die Anmeldung war zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen für die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nicht vorlagen.

Hinsichtlich der Kapitalaufbringung fehlt eine Nachversicherung, die erforderlich war, weil die Versicherung aus der Anmeldung vom 29.10.2004 im Zeitpunkt der Einreichung am 23.05. 2005 bereits mehr als 3 Monate alt war. Die neuere Bankbescheinigung macht dies nicht überflüssig, weil die Bank nicht die gleichen Kenntnisse wie die Anmelder über die freie Verfügbarkeit des Betrags hat.

Gemäß Art. 46 I der EU-Richtlinie über das Statut der SE (im Folgenden "SE-Richtlinie" genannt) iVm § 28 I SEEG werden die Mitglieder der Organe der Gesellschaft für einen in der Satzung festgelegten Zeitraum, der 6 Jahre nicht überschreiten darf, bestellt. § 6 der Satzung bestimmt jedoch, dass die Verwaltungsratsmitglieder für die Zeit bis zur Beendigung der Hauptversammlung berufen werden, die über ihre Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt. Dies ist angelehnt an § 102 AktG, der hier aber nicht gilt. Der von der Satzung genannte Zeitraum ist nicht "festgelegt" iSd SEEG, sondern unbestimmt und variabel, je nachdem, wann über die Entlastung beschlossen wird (vgl. zum fortgesetzten Unterlassen eines Entlastungsbeschlusses in der Aktiengesellschaft: Hüffer, 5. Aufl., § 102 AktG, Rn. 3).

Eine vollständige Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB (also auch von dessen 1. Alternative) - wie sie hier § 6 III der Satzung und der Bestellungsbeschluss für den geschäftsführenden Direktor vornehmen - ist (wie auch im Aktienrecht, vgl. § 112 AktG) nicht

möglich. Den geschäftsführenden Direktoren gegenüber wird die Gesellschaft gemäß § 41 V SEEG vom Verwaltungsrat vertreten, so dass insoweit kein In-Sich-Geschäft möglich ist und die Befreiung hätte begrenzt werden müssen auf die 2. Alternative des § 181 BGB.

Die vorstehenden Beanstandungen erfordern keine Fristsetzung zu deren Beseitigung, weil die Anmeldung aus folgendem Grunde ohnehin zurückzuweisen war. Es fehlt die Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer nach Art. 12 II der SE-Richtlinie. Aufgrund bewusst vom Gericht abweichender Rechtsansicht ist die Gesellschaft nicht bereit, eine solche Beteiligung durchzuführen, so dass diesbezüglich eine Fristsetzung zur Beibringung der Vereinbarung nicht erforderlich ist.

Die Gesellschaft hat erklärt, dass sie weder Arbeitnehmer hat noch haben wird und dass ihre Gründer zwar Arbeitnehmer, aber keine Mitbestimmung haben. Die Gesellschaft ist der Ansicht, dass deshalb die Einrichtung von Mitbestimmung (Betriebsrat oder Arbeitnehmervertreter) bei ihr von vornherein ausgeschlossen ist.

Der Wortlaut des Art. 12 II der SE-Richtlinie ist jedoch eindeutig und verlangt ohne Ausnahme eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung oder den Ablauf der Frist zur Verhandlung über eine solche Vereinbarung. Diese Frist hat hier noch nicht zu laufen begonnen, weil sie gemäß Art. 5 der Beteiligungs-Richtlinie (2001/86/EG vom 08.10.2001) erst mit der - hier bislang nicht erfolgten - Einsetzung des besonderen Verhandlungsgremiums beginnt.

Ein Partner für solche Verhandlungen ist hier vorhanden, denn die Gründer haben Arbeitnehmer. Diese sind gemäß Art. 3 II Buchst. b, 3. Abs. der Beteiligungs-Richtlinie berechtigt, selbst Mitglieder für das besondere Verhandlungsgremium zu wählen oder zu bestellen, und zwar ausdrücklich auch wenn im Gründerunternehmen unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer keine Arbeitnehmervertreter vorhanden sind, unbeschadet der einzelstaatlichen Schwellen für die Einrichtung eines Vertretungsorgans.

Es ist nicht zulässig, von solchen möglichen Verhandlungen bzw. vom Ablauf der Verhandlungsfrist nur deshalb abzusehen, weil die Gesellschaft erklärt hat, sie werde keine Arbeitnehmer haben. Zum derzeitigen Zeitpunkt handelt es sich dabei lediglich um eine prognostische Absichtserklärung. Für die Frage, in welchem Umfange (also auch: ob) Mitbestimmung bei der SE einzuführen ist, ist der maßgebliche Zeitpunkt derjenige des Scheiterns der Verhandlung bzw. des Fristablaufs, denn § 23 I 4 SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) besagt ausdrücklich, dass erst die dann bestehende Arbeitnehmerzahl der SE maßgeblich für die Zusammensetzung des SE-Betriebsrats ist.
Selbst wenn man dabei entgegen Grobys (NZA 2005, 84) nicht auf die Arbeitnehmerzahl der Gründungsgesellschaften abstellt, kann die neu gegründete Gesellschaft vor ihrer Eintragung ins Handelsregister jedenfalls auch selbst Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Verhandlungsscheiterns/Fristablaufs haben, denn sie kann bereits als Vorgesellschaft Arbeitsverträge abschließen.
Außerdem können die am Verhandlungsverfahren zu beteiligenden Arbeitnehmer betriebliches Sonderwissen über die Zukunft der Gesellschaft haben, das zu Verhandlungsergebnissen führt, die das Gericht nicht ex ante abschätzen kann.

Dass in den Gründerunternehmen keine Mitbestimmung gilt, ist für die hier zu entscheidende Frage unerheblich. Für einen bestimmten - hier nicht vorliegenden - Fall ist vom Recht ausdrücklich geregelt, dass auch ohne Beteiligungsvereinbarung bzw. Fristablauf die Gesellschaft eingetragen werden kann, wenn für keine der teilnehmenden Gesellschaften vor der Registrierung der SE Mitbestimmungsvorschriften galten: Art. 12 III der SE-Richtlinie. Diese Norm gilt jedoch nur für Verschmelzungen in bestimmten Mitgliedsstaaten (dies ergibt sich aus der Bezugnahme dieser Norm auf Art. 7 III der Beteiligungs-Richtlinie und dessen Bezugnahme auf Art. 7 II b der Beteiligungs-Richtlinie); hier liegt jedoch bereits keine Verschmelzung vor.

Für Verschmelzungen macht es auch Sinn darauf abzustellen, ob für keine der teilnehmenden Gesellschaften vor der SE-Eintragung eine Mitbestimmung galt, denn bei der Verschmelzung werden - anders als bei Gründung einer reinen Tochter-SE - die Arbeitnehmer der teilnehmenden Gesellschaften zu Arbeitnehmern der SE.
Aus der speziellen Regelung für Verschmelzungen kann geschlossen werden, dass die Richtlinie in anderen Fällen als der Verschmelzung aus dem Umstand, dass in den Gründerunternehmen keine Mitbestimmung gilt, nicht ebenfalls die Konsequenz zieht, dass dann bereits kein Verhandlungsverfahren einzuleiten ist.

66 AR 76/05
21.07.2005

Amtsgericht Hamburg

BESCHLUSS

In der Handelsregistersache
der [redacted] SE

beschließt das Amtsgericht Hamburg, Abteilung 66, durch den Richter am Landgericht Hirth:

Der Beschwerde vom 14.07.2005 gegen den Beschluss vom 28.06.2005 wird nicht abgeholfen. Die Sache wird dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

Gründe:

Mit den Ziffern 1 bis 3 der Beschwerde werden zwar die diesbezüglichen Beanstandungen im angefochtenen Beschluss ausgeräumt. Der Beschwerde wird jedoch aus den zutreffenden Gründen des Beschlusses hinsichtlich Art. 12 II der SE-Verordnung nicht abgeholfen. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Beschwerde sind unbegründet:

zu a):
Die Ansicht, der Wortlaut des Art. 12 II der SE-Verordnung regele nicht den Fall, dass die SE vor Beginn der Verhandlungen zur Vereinbarung über eine Arbeitnehmerbeteiligung keine Arbeitnehmer hat, ist nicht richtig. Art. 12 II der SE-Verordnung nimmt diesen Fall nicht aus. Dem Wortlaut nach unterfällt der Fall dieser Vorschrift. Dass Sinn und Zweck keine andere Auslegung erfordern, ist im angefochtenen Beschluss ausgeführt.

zu b):
Unrichtig ist, dass aufgrund des Gesellschaftzwecks "schon heute klar" sei, dass die Gesellschaft keine Arbeitnehmer haben wird. Laut § 2 der Satzung ist Gegenstand des Unternehmens die Zollabfertigung und die Erbringung von Hafendienstleistungen. Diese Tätigkeiten können auch mit Hilfe von Arbeitnehmern durchgeführt werden.
Unerheblich ist, dass der geschäftsführende Direktor am 12.07.05 versichert hat, dass die Gesellschaft keine Arbeitnehmer hat oder haben wird, und dass keine konkreten Anhaltspunkte für eine Umgehung oder für falsche Angaben vorliegen. Die Frage, ob eine derartige Absicht jetzt schon vorliegt, hängt nicht allein vom geschäftsführenden Direktor ab, denn nicht er, sondern der Verwaltungsrat leitet die Geschäfte (§ 22 I SEEG) und kann den Direktor jederzeit abberufen (§ 40 V SEEG).
Und die Möglichkeit einer Absichtsänderung wird nicht kompensiert durch die Versicherung, bei Absichtsänderung ein Beteiligungsverfahren durchzuführen. Das Gesetz sieht zur Kompensation dieser Möglichkeit nicht eine solche Versicherung vor (schon gar keine strafrechtlich sanktionierte), sondern es ordnet in jedem Falle zunächst die Durchführung des Beteiligungsverfahrens an und lässt lediglich eine Nachschau nach Abschluss des Beteiligungsverfahrens zu (vgl. § 23 I 4 SEBG).

zu c):
Auf die auch diesbezüglich zutreffenden Gründe des angefochtenen Beschlusses wird Bezug genommen.

Sievekingplatz 1, Ziviljustizgebäude, 20355 Hamburg

Landgericht Hamburg
Kammer 17 für Handelssachen

Postanschrift: Postfach 30 01 21, 20348 Hamburg
Geschäftszeit montags bis freitags 9 bis 13 Uhr
Fernsprecher (040) * 428 43-1 (Vermittlung)
Fax der Kammern für Handelssachen: (040) * 428 43 - 3511

Geschäfts-Nr. (bei allen Schreiben angeben)	Ihr Zeichen	Zi.d. Gesch.St	Fernspr.(Durchwahl)	Datum:
417 T 15/05 66 AR 76/05		722	428 43 – 2681 Fax: 428 43 – 3511	30. Sept. 2005

Beschluss

06. Okt. 2005

In der Handelsregistersache

[redacted] 21107 Hamburg

Beschwerdeführerin

Verfahrensbevollmächtigter : Notar Dr. [redacted]
[redacted] 20095 Hamburg

beschließt das **Landgericht Hamburg, Kammer 17 für Handelssachen,** durch

den Vors. Richter am Landgerichtgericht de Grahl
den Handelsrichter Bodenstab
den Handelsrichter Fürnell

Die Beschwerde vom 14.07.2005 gegen den Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 28.06.2005 - 66 AR 76/05 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde wird zugelassen.

Zum Kostenansatz vorgelegt
Hmbg., den 06. Okt. 2005

Blatt 5-7 Okt. 2005

- Gründe -

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Zu Recht und mit zutreffenden Gründen hat das Registergericht die Anmeldung vom 23.05.2005 zurückgewiesen.

Nach Artikel 12 Abs. 2 der EG Verordnung Nr. 2157/2001 kann eine SE erst eingetragen werden, wenn

- eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer gemäß Artikel 4 der Richtlinie 2001/86/EG geschlossen worden ist,
- ein Beschluss nach Artikel 3 Abs. 6 der genannten Richtlinie gefasst worden ist oder
- die Verhandlungsfrist nach Artikel 5 der genannten Richtlinie abgelaufen ist, ohne dass eine Vereinbarung zustande gekommen ist.

Nach dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin liegt keine dieser Voraussetzungen zur Zeit vor, so dass nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut das Registergericht eine Eintragung nicht vornehmen darf.

Die Beschwerdeführerin räumt auch ein, dass ein Ausnahmetatbestand für den Fall, dass die zu gründende SE über keine eigenen Arbeitnehmer verfügt und auch zukünftig nicht verfügen soll, gesetzlich nicht geregelt ist. Sie vertritt deswegen die Ansicht, dass im vorliegenden Fall bei Gründung einer so genannten „Tochter"-SE nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift das Beteiligungsverfahren nicht durchgeführt werden muss, weil von vornherein feststeht, dass die neue SE wegen fehlender Mitarbeiter keinen Betriebsrat haben wird.

Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, dass der Betriebsrat nach § 23 SEBG lediglich aus Mitgliedern der SE selbst, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe bestehen kann, dass ohne Arbeitnehmer der SE ein Betriebsrat nicht gewählt werden kann und dass lediglich das besondere Verhandlungsgremium aus Mitgliedern der Gesellschaften besteht, die die SE gründen. Dennoch verbleibt die Kammer bei seiner bereits zuvor geäußerten Rechtsansicht, denn eine Lücke des

Gesetzes, die durch Auslegung oder richterliche Rechtsfortbildung zu schließen ist, besteht nicht.

Ob eine SE eigene Arbeitnehmer haben wird oder nicht, ob also ein Betriebsrat zu bilden ist oder nicht, entzieht sich der Prüfungsmöglichkeit durch das Registergericht. Eine Erklärung der Gründungsgesellschaften und/oder des zukünftigen vertretungsberechtigten Organs kann immer nur Gültigkeit für den Zeitpunkt der abgegebenen Erklärung beanspruchen. Das gilt selbst für den Fall, dass eine entsprechende Regelung in die Satzung aufgenommen wird, denn eine Änderung der Satzung ist jederzeit möglich, ohne dass das Beteiligungsverfahren eingeleitet und zuvor die Wahl eines besonderen Verhandlungsgremiums stattfinden muss. Das Registergericht ist nicht in der Lage, die Wahrhaftigkeit und Beständigkeit der Erklärung zu überprüfen, insbesondere stehen ihm im Falle der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse keine Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung.

Das Registergericht hat zudem nicht die Befugnis, verbindlich darüber zu befinden, ob ein Betriebsrat einzurichten ist oder nicht. Diese Befugnis steht allein dem besonderen Verhandlungsgremium zu. Dieses kann allein z.B. nach § 3 Abs. 6 SEBG beschließen, dass wegen der besonderen Konstellation, Tätigkeit des Unternehmens und der abgegeben Versicherungen keine Verhandlungen aufgenommen werden. Des Weiteren kann es für den Fall, dass die SE entgegen der abgegebenen Erklärungen eigene Arbeitnehmer haben wird - ggf. auch welche Mitarbeiter anderer Gesellschafter als eigene Arbeitnehmer der SE gelten sollen - eine Vereinbarung mit der neu zu gründenden SE treffen. Es kommt daher nicht auf den Glauben oder die Überzeugung des Registergerichts an, sondern ausschließlich auf den Glauben des besonderen Verhandlungsgremiums. Das Registergericht kann diesen nicht ersetzen und nicht in die Rechte des besonderen Verhandlungsgremiums eingreifen.

Da das Registergericht keine Prüfungsmöglichkeit und auch kein Prüfungsrecht hat, hat der Gesetzgeber das Registergericht auch zu Recht an den klaren und eindeutigen Wortlaut des Artikel 12 Abs. 2 der EG Verordnung Nr. 2157/2001 gebunden und ihm kein Ermessen eingeräumt. Das Ergebnis ist auch nicht unbillig, da die Beschwerdeführerin das besondere Verhandlungsgremium ins Leben rufen

kann, welches allein die Kompetenz hat, die von der Beschwerdeführerin gewünschte Entscheidung zu treffen.

Ergänzend wird auf die zutreffenden Gründe des angefochtenen Beschlusses verwiesen.

Da die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 2 nicht gewahrt sind, war die Beschwerde daher zurückzuweisen.

de Grahl Bodenstab Furnell

Landgericht Hamburg

Beglaubigt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

edition der Hans-Böckler-Stiftung
bisher erschienene Reihentitel ab Band 104

	Bestellnr.	ISBN	Preis/€
Henry Schäfer • Philipp Lindenmayer Sozialkriterien im Nachhaltigkeitsrating	13104	3-935145-80-2	19,00
Rainer Frentzel-Beyme • Boris Oberheitmann Arbeiten mit Styrol. Neuropsychologische Störungen bei niedriger Dosierung	13105	3-935145-82-9	12,00
Axel Olaf Kern • Ernst Kistler • Florian Mamberger • Ric Rene Unteutsch • Bianka Martolock • Daniela Wörner Die Bestimmung des Leistungskatalogs in der gesetzlichen Krankenversicherung (Band 1): Definitionsprobleme und Implikationen von Leistungsausgrenzungen in der gesetzlichen Krankenversicherung	13107	3-935145-84-5	18,00
Dea Niebuhr • Heinz Rothgang • Jürgen Wasem • Stefan Greß Die Bestimmung des Leistungskatalogs in der gesetzlichen Krankenversicherung (Band 2): Verfahren und Kriterien zur Bestimmung des Leistungskatalogs in der Gesetzlichen Krankenversicherung vor dem Hintergrund internationaler Erfahrungen	13108	3-935145-85-3	28,00
Yasmine Chahed • Malte Kaub • Hans-Erich Müller Konzernsteuerung börsennotierter Aktiengesellschaften in Deutschland	13109	3-935145-86-1	14,00
Klaus Löbbe Die europäische Chemieindustrie. Bedeutung, Struktur und Entwicklungsperspektiven	13110	3-935145-87-X	25,00
Friedrich Hauss • Dörthe Gatermann Schaffung von Handlungs- und Unterstützungsstrukturen zur Erhöhung der Nutzerkompetenz von Krankenversicherten	13111	3-935145-88-8	10,00
Andreas Diettrich • Korinna Heimann • Rita Meyer Berufsausbildung im Kontext von Mobilität, interkulturellem Lernen und vernetzten Lernstrukturen	13112	3-935145-89-6	16,00
Uwe Fachinger • Anna Frankus Selbständige im sozialen Abseits	13113	3-935145-90-X	13,00
Frank Havighorst Jahresabschluss von Krankenhäusern. Betriebswirtschaftliche Handlungshilfen	13114	3-935145-91-8	14,00
Achim Sollanek Versicherungsbilanzen nach deutschem Handelsrecht	13115	3-935145-92-6	10,00

	Bestellnr.	ISBN	Preis/€
Kuno Schedler • John Philipp Siegel Strategisches Management in Kommunen	13116	3-935145-93-4	28,00
Marita Körner Riesterrente, Eichelförderung und geschlechtereinheitliche Tarife	13117	3-935145-94-2	10,00
Arno Prangenberg • Manuela Aldenhoff Steuerliche Grundlagen der Umwandlung von Unternehmen	13118	3-935145-95-0	12,00
Andrea Jochmann-Döll • Karin Tondorf Monetäre Leistungsanreize im öffentlichen Sektor	13119	3-935145-96-9	16,00
Andreas Boes • Michael Schwemmle Herausforderung Offshoring. Auslagerung von IT-Dienstleistungen aus Unternehmen	13120	3-935145-97-7	15,00
Wolfgang Gerstlberger • Wolfram Schmittel Public Private Partnership	13121	3-935145-98-5	15,00
Barbara Sternberger-Frey Finanzwirtschaftliche Kennzahlen als Basis von Erfolgsbeteiligungen	13122	3-935145-99-3	10,00
Johannes Koch • Winfried Heidemann • Christine Zumbeck Nutzung elektronischer Netze zur Unterstützung des Lernens im Betrieb	13123	3-86593-001-8	12,00
Wolfgang Däubler Kontrolle von Arbeitsverträgen durch den Betriebsrat	13124	3-86593-002-6	12,00
Klaus Hess • Siegfried Leittretter Innovative Gestaltung von Call Centern – Kunden- und arbeitsorientiert	13125	3-86593-000-X	10,00
Margarethe Herzog (Hrsg.) Gender Mainstreaming	13126	3-86593-003-4	28,00
Elke Wiechmann Lokale Gleichstellungspolitik vor der Trendwende oder die modernisierte Tradition	13127	3-86593-004-2	18,00
Christoph Andersen • Marcus Beck • Stephan Selle (Hrsg.) Konkurrieren statt Privatisieren	13128	3-86593-005-0	18,00
Bernhard Hillebrand Ökologische und ökonomische Wirkungen der energetischen Sanierung des Gebäudebestandes	13129	3-86593-006-9	10,00
Angela Wroblewski • Andrea Leitner Lernen von den Besten. Interdependenzen von Frauenerwerbsbeteiligung und Geburtenzahlen im Ländervergleich	13130	3-86593-007-7	15,00

	Bestellnr.	ISBN	Preis/€
Hartmut Küchle Rüstungsindustrie transatlantisch? Chancen und Risiken für den deutschen Standort	13131	3-86593-008-5	12,00
Klaus Maack Wachstumspol Stettin und Auswirkungen auf die Entwicklung der deutschen-polnischen Grenzregion	13132	3-86593-009-3	18,00
Herbert Baum • Klaus Esser • *Judith Kurte • Jutta Schneider* Regionale Entwicklung und der Frankfurter Flughafen	13133	3-86593-010-7	15,00
Anita Pfaff • Gert G. Wagner • Jürgen Wasem Zwischen Kopfpauschale und Bürgerversicherung	13134	3-86593-011-5	24,00
Hartmut Küchle Die Neustrukturierung des deutschen Rüstungsmarktes als industriepolitische Aufgabe	13135	3-86593-012-3	20,00
Mechthild Kopel • Sandra K. Saeed • Dietrich Englert Gender Mainstreaming	13136	3-86593-013-1	i. Vorb.
Mathias Hein • Gertrud Hovestadt • Johannes Wildt Forschen Lernen	13137	3-86593-014-X	12,00
Oliver Farhauer Humanvermögensorientierung in Grundsicherungssystemen	13138	3-86593-015-8	18,00
Andreas Pentz • Achim Sollanek Cash-Pooling im Konzern	13139	3-86593-016-6	15,00
Volker Eichener • Rolf G. Heinze Beschäftigungspotenziale im Dienstleistungssektor	13140	3-86593-017-4	29,00
Peter Kalkowski • Otfried Mickler Projektorganisation in der IT- und Medienbranche	13141	3-86593-018-2	28,00
Riza Gürel Betriebsverfassungsgesetz in türkischer Sprache	13142	3-86593-019-9	15,00
Henry Schäfer • Philipp Lindenmayer Externe Rechnungslegung und Bewertung von Humankapital	13143	3-86593-020-4	10,00
Ulrike C. Kannengießer Arbeitsschutz für Frauen	13144	3-86593-021-2	15,00
Carsten Würmann Was heißt hier eigentlich gewerkschaftlich?	13145	3-86593-022-2	i. Vorb.
Dorothee Beck (Hrsg.) Zeitarbeit als Betriebsratsaufgabe	13146	3-86593-023-9	15,00
Martin Führ • Andrea Baukrowitz (Hrsg.) Evaluierung regionalwirtschaftlicher Wirkungsanalysen	13147	3-86593-024-7	19,00

	BestellNr.	ISBN	Preis/€
Birgit K. Mielke Grundlagen des handelsrechtlichen Jahresabschlusses und Jahresabschlussanalyse	13148	3-86593-025-5	10,00
Thomas Ebert Generationengerechtigkeit in der gesetzlichen Rentenversicherung – Delegitimation des Sozialstaates?	13149	3-86593-026-3	18,00
Marcus Kahmann Mit vereinten Kräften. Ursachen, Verlauf und Konsequenzen der Gewerkschaftszusammenschlüsse von IG BCE und ver.di	13150	3-86593-027-1	i. Vorb.
Sibel Vurgun (Hrsg.) Gender und Raum	13152	3-86593-029-8	28,00
Achim Sollanek Bankbilanzen nach deutschem Handelsrecht. Betriebswirtschaftliche Handlungshilfen	13153	3-86593-030-1	12,00
Siegfried Leittretter (Hrsg.) Energieeffizientes Krankenhaus – für Klimaschutz und Kostensenkung	13154	3-86593-031-X	18,00
Klaus Maack • Jesco Kreft • Eckhard Voss Zukunft der Milchwirtschaft	13155	3-86593-032-8	18,00
Jürgen Enders Promovieren als Prozess – Die Förderung von Promovierenden durch die Hans-Böckler-Stiftung	13160	3-86593-037-9	12,00
Thomas Blanke Vorrats-SE ohne Arbeitnehmerbeteiligung	13161	3-86593-038-7	i. Vorb.

Ihre Bestellungen senden Sie bitte unter Angabe der Bestellnummern an den Setzkasten oder unter Angabe der ISBN an Ihre Buchhandlung. Ausführliche Informationen zu den einzelnen Bänden können Sie dem aktuellen Gesamtverzeichnis der Buchreihe **edition** entnehmen.

Setzkasten GmbH
Kreuzbergstraße 56
40489 Düsseldorf
Telefax 0211-408 00 90 40
E-Mail mail@setzkasten.de

Hans-Böckler-Stiftung

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

Mitbestimmungsförderung und -beratung

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen oder Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)

Das Ziel des Instituts für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK) in der Hans-Böckler-Stiftung ist es, gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zu erforschen und für die wirtschaftspolitische Beratung einzusetzen. Daneben stellt das IMK auf der Basis seiner Forschungs- und Beratungsarbeiten regelmäßig Konjunkturprognosen vor.

Forschungsförderung

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Mitbestimmung, Strukturpolitik, Arbeitsgesellschaft, Öffentlicher Sektor und Sozialstaat. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

Studienförderung

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

Öffentlichkeitsarbeit

Mit dem 14tägig erscheinenden Infodienst »Böckler Impuls« begleitet die Stiftung die aktuellen politischen Debatten in den Themenfeldern Arbeit, Wirtschaft und Soziales. Das Magazin »Mitbestimmung« und die »WSI-Mitteilungen« informieren monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der Homepage www.boeckler.de bietet die Stiftung einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung
Hans-Böckler-Straße 39
40476 Düsseldorf
Telefax: 02 11/77 78-225
www.boeckler.de

Hans **Böckler Stiftung**

Fakten für eine faire Arbeitswelt.