



Nils Maack

Rechtsschutz
im Arbeitnehmerbeteiligungs-
verfahren der „deutschen“
Societas Europaea



PETER LANG

Europäische Hochschulschriften

Publications Universitaires Européennes

European University Studies

Reihe II Rechtswissenschaft

Série II Series II

Droit

Law

Bd./Vol. 5384



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Nils Maack

Rechtsschutz
im Arbeitnehmerbeteiligungs-
verfahren der „deutschen“
Societas Europaea



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Trier, Univ., Diss., 2012

D 385

ISSN 0531-7312

ISBN 978-3-653-02148-6 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-02148-6

ISBN 978-3-631-62527-9 (Print)

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Schrifttum und Rechtsprechung sowie Änderungen in der Gesetzgebung wurden bis zur Einreichung der Arbeit im April 2011 berücksichtigt.

Meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter, möchte ich meinen herzlichen Dank für die Betreuung meines Promotionsvorhabens aussprechen. Während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an dem von ihr geleiteten Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft (IAAEG) in Trier hat sie die Entstehung der vorliegenden Arbeit in vielfältiger Weise unterstützt und maßgeblich zu ihrem Gelingen beigetragen. Herrn Prof. Dr. Jan von Hein danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die freundliche Aufnahme als wissenschaftlicher Mitarbeiter am IAAEG und für zahlreiche interessante Gespräche danke ich dem Vorgänger meiner Doktormutter, Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Birk. In guter Erinnerung bleiben mir auch die Kollegen sowie die angenehme Atmosphäre am Institut. Gesondert zu erwähnen ist dabei Frau Melanie Klauk, die durch ihre Diskussionsbereitschaft und ihre kritischen Anmerkungen einen wertvollen Beitrag zu dieser Dissertation geleistet hat.

Meiner Familie und meinen Freunden bin ich für ihre fortwährende Unterstützung zu großem Dank verpflichtet. Insbesondere meine Frau Sonia hat mir immer den nötigen Rückhalt gegeben und den erfolgreichen Abschluss dieser Arbeit mit einer einzigartigen Kombination aus Geduld und Nachdruck erst ermöglicht.

Die Arbeit widme ich in Liebe und tiefer Dankbarkeit meinen Eltern, die mich stets vorbehaltlos in allem unterstützt haben.

Trier, im Juli 2012

Nils Maack

Inhaltsübersicht

INHALTSVERZEICHNIS.....	11
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	21
Einleitung	29
A. Einführung	29
B. Ziel der Untersuchung	33
C. Gang der Untersuchung	33
Erster Teil: Darstellung des Verhandlungsverfahrens zur Arbeitnehmer- beteiligung.....	35
A. Überblick über die Gesellschaftsform der SE	35
B. Verhandlungsverfahren zur Arbeitnehmerbeteiligung	86
Zweiter Teil: Vorgaben zum Rechtsschutz im Hinblick auf die Arbeit- nehmerbeteiligung.....	181
A. Unionsrechtliche Vorgaben	181
B. Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben im deutschen Recht.....	199
Dritter Teil: Rechtsschutzrelevante Konstellationen im Gründungs- stadium der SE	211
A. Rechtsschutzmöglichkeiten während des Beteiligungsverfahrens	211
B. Registerrechtliche Prüfungspflicht gemäß Art. 12 Abs. 2 SE-VO.....	343
Vierter Teil: Darstellung der Ergebnisse.....	347
A. Thesen zum Ersten Teil	347
B. Thesen zum Zweiten Teil	350
C. Thesen zum Dritten Teil	351
LITERATURVERZEICHNIS	357

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	21
Einleitung	29
A. Einführung	29
B. Ziel der Untersuchung	33
C. Gang der Untersuchung	33
Erster Teil: Darstellung des Verhandlungsverfahrens zur Arbeitnehmer- beteiligung.....	35
A. Überblick über die Gesellschaftsform der SE	35
I. Gründungsformen	35
1. Gründung durch Verschmelzung (Art. 2 Abs. 1, Art. 17-31 SE-VO).....	36
2. Gründung einer Holding-SE (Art. 2 Abs. 2, Art. 32-34 SE-VO).....	39
a) Begriff der Tochtergesellschaft in Art. 2 Abs. 2 lit. b) SE-VO	40
b) Begriff der „Zweigniederlassung“ in Art. 2 Abs. 2 lit. b) SE-VO ..	41
c) Zwei-Jahres-Frist	42
d) Gründungsverfahren einer Holding-SE	42
3. Gründung einer Tochter-SE (Art. 2 Abs. 3, Art. 35-36 SE-VO)	42
4. Gründung durch Umwandlung (Art. 2 Abs. 4, Art. 37 SE-VO)	43
5. Sekundärgründung einer Tochter-SE durch eine SE (Art. 3 Abs. 2 SE-VO)	44
II. Gesellschaftsverfassung und innere Struktur in der deutschen SE	45
1. Die deutsche SE im dualistischen System.....	46
a) Das Leitungsorgan	47
aa) Befugnisse des Leitungsorgans	47
bb) Besetzung des Leitungsorgans	49
cc) Beschlussfassung im Leitungsorgan.....	52

b) Das Aufsichtsorgan	52
aa) Befugnisse des Aufsichtsorgans	52
bb) Besetzung des Aufsichtsorgans	53
(1) Besetzung in der bestehenden SE.....	54
(2) Besetzung des ersten Aufsichtsorgans	56
(a) Erforderlichkeit einer Neubestellung bei SE-Gründung.....	57
(b) Amtszeit des ersten Aufsichtsorgans	59
(c) Zusammensetzung des ersten Aufsichtsorgans.....	61
cc) Beschlussfassung im Aufsichtsorgan	73
2. Die deutsche SE im monistischen System.....	74
a) Der Verwaltungsrat.....	74
aa) Befugnisse des Verwaltungsrats.....	74
bb) Besetzung des Verwaltungsrats	75
(1) Zahl der Verwaltungsorganmitglieder	75
(2) Persönliche Voraussetzungen der Organmitgliedschaft	76
(3) Besetzung in der bestehenden SE.....	77
(4) Besetzung des ersten Verwaltungsrats	79
cc) Beschlussfassung im Verwaltungsrat	81
b) Die geschäftsführenden Direktoren	82
aa) Befugnisse der geschäftsführenden Direktoren.....	82
bb) Bestellung der geschäftsführenden Direktoren	83
3. Hauptversammlung.....	84
B. Verhandlungsverfahren zur Arbeitnehmerbeteiligung	86
I. Einleitung des Verfahrens.....	88
II. Zusammensetzung und Bildung des Besonderen Verhandlungs-	
gremiums.....	90
1. Zusammensetzung	91
a) Grundmodell des § 5 Abs. 1 SEBG	91

b) Zusätzliche Mitglieder im Gründungsfall der Verschmelzung (§ 5 Abs. 2 und 3 SEBG)	92
c) Berechnungsgrundlage und Berücksichtigung nachträglicher Veränderungen (§ 5 Abs. 4 SEBG)	93
2. Bildung des Besonderen Verhandlungsgremiums.....	95
a) Verteilung auf die beteiligten Gesellschaften bzw. betroffenen Betriebe (§ 7 Abs. 2 bis 4 SEBG).....	95
aa) Die Berücksichtigung betroffener Tochtergesellschaften inländischer beteiligter Gesellschaften.....	99
bb) Die Berücksichtigung inländischer betroffener Tochter- gesellschaften ausländischer beteiligter Gesellschaften.....	102
b) Persönliche Voraussetzungen für inländische Mitglieder des BVG.....	104
aa) Repräsentation der Gewerkschaften	105
bb) Mindestrepräsentation der leitenden Angestellten	109
c) Wahl der inländischen Mitglieder des Besonderen Verhand- lungsgremiums.....	109
aa) Bildung eines Wahlgremiums zur Bestimmung der Mit- glieder des Besonderen Verhandlungsgremiums	110
(1) SE-Gründung unter Beteiligung einer inländischen Unter- nehmensgruppe (§ 8 Abs. 2 SEBG)	111
(2) SE-Gründung unter Beteiligung eines inländischen Unter- nehmens (§ 8 Abs. 3 SEBG)	111
(3) SE-Gründung unter Beteiligung eines inländischen Be- triebes (§ 8 Abs. 4 SEBG).....	112
(4) Beteiligung mehrerer Unternehmensgruppen / Urwahl von Mitgliedern des Wahlgremiums	112

(5) Größenbeschränkung des Wahlgremiums	
(§ 8 Abs. 6 SEBG).....	116
(6) Wahl der Mitglieder des Besonderen Verhandlungs-	
gremiums	117
(a) Einberufung des Wahlgremiums.....	117
(b) Allgemeines Vorschlagsrecht / Vorschlagsrechte von	
Gewerkschaften und leitenden Angestellten.....	118
(c) Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung	119
bb) Urwahl der Mitglieder des Besonderen Verhandlungs-	
gremiums	123
III. Verhandlungen und Beschlussfassung	126
1. Verhandlungsverlauf.....	130
2. Verhandlungsbeendende Tatbestände	130
a) Negativbeschluss.....	131
b) Vereinbarung.....	133
aa) Rechtsnatur	133
bb) Abschluss der Mitbestimmungsvereinbarung	143
(1) Vereinbarungsparteien.....	143
(2) Formerfordernisse	145
cc) Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung	145
c) Fristablauf	150
3. Beschlussfassung im BVG	152
IV. Die gesetzliche Auffangregelung	154
1. Der SE-Betriebsrat.....	155
2. Unternehmerische Mitbestimmung kraft Gesetzes	157
a) Anwendbarkeit.....	157
b) Umfang der Mitbestimmung.....	161
aa) Umwandlungsgründung.....	161

bb) Sonstige Gründungsformen	163
c) Sitzverteilung und Bestellung	165
aa) Bestimmung der auf das Ausland entfallenden Arbeitneh-	
mervvertreter.....	167
bb) Bestimmung der inländischen Arbeitnehmersvertreter	167
cc) Bestellung der Arbeitnehmersvertreter	168
(1) Bestellung in der bestehenden Gesellschaft.....	168
(2) Bestellung im ersten Aufsichts- und Verwaltungsorgan.....	169
(a) Unionsrechtskonforme Auslegung des § 36 Abs. 4 SEBG	171
(b) Gerichtliche Bestellung nach § 104 AktG	173
(3) Ergebnis.....	179

Zweiter Teil: Vorgaben zum Rechtsschutz im Hinblick auf die

Arbeitnehmerbeteiligung	181
A. Unionsrechtliche Vorgaben	181
I. Art. 12 SE-RL	181
1. Territorialitätsprinzip	182
2. Äquivalenzgrundsatz	185
3. Effektivitätsgrundsatz	186
a) Begriff des gerichtlichen Rechtsschutzes	188
b) Grenzen des verfahrensrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes	191
aa) Konflikt mit den Zielsetzungen der SE-VO	191
bb) Auflösung des Konfliktes	193
II. Art. 8 Abs. 4 SE-RL	194
III. Art. 12 Abs. 2 SE-VO.....	196
1. Prüfungspflicht nach Art. 12 Abs. 2, 4 SE-VO	196
2. Qualifikation des Eintragungsverfahrens	197
IV. Ergebnis	198
B. Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben im deutschen Recht	199

I. Rechtsschutz vor den Arbeitsgerichten.....	199
1. Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren, § 2a Abs. 1 Nr. 3d ArbGG.....	199
2. Örtliche Zuständigkeit, § 82 Abs. 3 ArbGG.....	203
3. Beteiligtenfähigkeit, § 10 S. 1, 2. Hs. ArbGG.....	203
4. Anhörungspflicht, § 83 Abs. 3 ArbGG.....	205
II. Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten.....	206
1. Statusverfahren	206
2. Gerichtliche Bestellung von Mitgliedern des Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgans	207
3. Rechtsbehelfe gegen die Wahl von Organmitgliedern	207
III. Straf- und ordnungswidrigkeitsrechtliche Sanktionen	208
IV. Ergebnis	208

Dritter Teil: Rechtsschutzrelevante Konstellationen im Gründungs-

stadium der SE	211
A. Rechtsschutzmöglichkeiten während des Beteiligungsverfahrens	211
I. Einleitung des Verhandlungsverfahrens – Informationserteilung nach § 4 SEBG.....	211
1. Materiell-rechtliche Ebene.....	211
a) Rechtsnatur der Informationserteilung	212
b) Adressaten der Informationspflicht	214
aa) Unterrichtungspflicht der Leitungen ausländischer Gesellschaften.....	214
bb) Beschränkung des Auskunftsanspruchs auf die „zuständige“ Leitung?	217
c) Adressaten der Information	221
aa) Arbeitnehmervertretungen als Adressaten der Informationen ..	221

(1) Begrenzung auf Arbeitnehmervertretungen der höchsten betriebsverfassungsrechtlichen Ebene.....	222
(2) Nichtberücksichtigung ausländischer Arbeitnehmer- vertretungen.....	223
(3) Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung?	226
(a) Möglichkeit einer transnationalen Wirkung	226
(b) Auslegungsfähigkeit von § 2 Abs. 6 und § 4 Abs. 2 S. 1 SEBG.....	229
(4) Bestimmung der anspruchsberechtigten ausländischen Arbeitnehmervertretungen	233
bb) Sprecherausschüsse als Adressaten der Informationen.....	234
cc) Andere betriebliche Gremien.....	235
dd) Unmittelbare Unterrichtung der Arbeitnehmer und leitenden Angestellten	235
d) Umfang der Informationspflicht	237
aa) Bestimmung des Anspruchsinhalts.....	237
bb) Grenz- bzw. konzernüberschreitende Dimension des Anspruchsinhalts / Horizontale Auskunftsansprüche.....	242
2. Prozessuale Geltendmachung des Informationsanspruches	245
a) Geltendmachung im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren.....	245
aa) Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte.....	246
(1) Eröffnung des Anwendungsbereichs der EuGVO	247
(2) Autonomrechtliche Regelung in § 82 Abs. 3 ArbGG	250
bb) Zwischenergebnis	253
cc) Beteiligtenfähigkeit der anspruchsberechtigten und -verpflichteten Stellen.....	253
(1) Inländische Beteiligte.....	254
(a) Unternehmensleitungen.....	254

(b) Arbeitnehmervertretungen	254
(c) Sprecherausschüsse	254
(d) Arbeitnehmer / Leitende Angestellte	255
(e) Gewerkschaften.....	256
(2) Ausländische Beteiligte.....	256
dd) Antrags- und Beteiligungsbefugnis, §§ 81 Abs. 1,	
83 Abs. 3 ArbGG.....	260
(1) Antragsbefugte Personen und Stellen	261
(2) Die übrigen Beteiligten	264
(a) Beteiligungsbefugnis des materiell-rechtlichen	
Anspruchsgegners	264
(b) Weitere materiell-rechtlich Betroffene	265
ee) Bedeutung der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs	
für das Verhandlungsverfahren	270
b) Sicherung des Auskunftsanspruchs durch einstweiligen	
Rechtsschutz	270
II. Gerichtliche Überprüfung der Bildung des BVG.....	275
1. Bildung des Wahlgremiums nach § 8 SEBG / Anfechtung	
der Wahl oder Bestellung von Mitgliedern des Wahlgremiums	275
a) Unionsrechtliche Erforderlichkeit eines gesonderten Rechts-	
schutzes	276
b) Prüfungsmaßstab und Anfechtungsgründe	280
c) Anfechtungsfrist.....	286
d) Anfechtungsberechtigte	289
e) Wirkung der Anfechtung	291
aa) Effektivitätserwägungen.....	292
bb) Repräsentationsverlust.....	293
cc) Differenzierende Lösung	295

f) Prozessuale Geltendmachung	297
aa) Geltendmachung im Beschlussverfahren	297
(1) Antragsbefugnis.....	297
(2) Beteiligungsbefugnis	298
(3) Auswirkungen der Wahlanfechtung auf die Tätigkeit des Wahlgremiums	300
bb) Geltendmachung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ..	301
2. Anfechtung der Wahl von inländischen Mitgliedern des BVG	306
a) Prüfungsmaßstab.....	306
aa) Mögliche Anfechtungsgründe	307
bb) Sonderfall: Mängel der Urwahl von Mitgliedern des Wahl- gremiums	309
b) Anfechtungsberechtigung	312
aa) Mindestens drei wahlberechtigte Arbeitnehmer.....	312
bb) Vorschlagsberechtigte Gewerkschaften und Sprecher- ausschüsse.....	314
cc) Leitungen der beteiligten Gesellschaften	315
dd) Arbeitnehmervertretungen.....	315
(1) Inländische Arbeitnehmervertretungen	315
(2) Ausländische Arbeitnehmervertretungen und sonstige Stellen.....	317
c) Materiell-rechtliche Ausschlussfrist	320
d) Wirkung der erfolgreichen Anfechtung.....	322
e) Gerichtliche Geltendmachung	324
3. Anfechtung der Wahl von ausländischen Mitgliedern des BVG	326
4. Nichtigkeit der Wahl von Mitgliedern des Wahlgremiums und des BVG.....	328

III. Gerichtliche Kontrolle der Beschlussfassung des BVG und der Beteiligungsvereinbarung	329
1. Anfechtung von Beschlüssen des BVG.....	329
2. Gerichtliche Kontrolle der Beteiligungsvereinbarung.....	331
a) Kontrollmaßstab.....	331
aa) Fehlerhafte Bildung und Beschlussfassung des BVG.....	331
bb) Inhaltsmängel der Vereinbarung	334
b) Auswirkungen der (Teil-)Unwirksamkeit der Beteiligungs- vereinbarung	336
c) Gerichtliche Durchsetzung der Neuverhandlungspflicht	343
B. Registerrechtliche Prüfungspflicht gemäß Art. 12 Abs. 2 SE-VO.....	343
Vierter Teil: Darstellung der Ergebnisse.....	347
A. Thesen zum Ersten Teil	347
B. Thesen zum Zweiten Teil	350
C. Thesen zum Dritten Teil	351
LITERATURVERZEICHNIS	357

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
AAK	Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht
Ab.	Abschnitt
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AktG	Aktiengesetz
AktR	Aktienrecht
a. M.	am Main
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater
arg.	argumentum
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BASF	Badische Anilin- & Soda-Fabrik
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs Berater
BB-Forum	Betriebs Berater-Forum
BB-Special	Betriebs Berater-Special
Bd.	Band

BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BdB	Bundesverband deutscher Banken
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
Begr.	Begründer, Begründung
BegrRegE	Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
Bl.	Blatt
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVG	Besonderes Verhandlungsgremium
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
DAI	Deutsches Aktieninstitut
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d. h.	das heißt
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Diss.	Dissertation
DIZPR	Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts
Dr.	Doktor
DrittelbG.	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR.	Deutsches Steuerrecht
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte
EBR-RL	Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECLR	European Competition Law Review
eG	eingetragene Genossenschaft

EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EJIR	European Journal of International Relations
endg.	endgültig
EPG	Europäische Privatgesellschaft
ErfK	Erfurter Kommentar
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUGVO, EUGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung von Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EUGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
Eur.	Europäische/r
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EurAG	Theisen/Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Stuttgart 2005
EuRArbR	Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Wien/New York 2010
eurASR	Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002
EurGesR	Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 2006
Euro-BR-Richtlinie	Sandmann, Die Euro-Betriebsrats-Richtlinie 94/45/EG, zugl. Diss. Univ. Augsburg 1995, Heidelberg 1996
EurZPR	Kropholler/von Hein, Europäisches Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 2010
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvertretung
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EW	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht

f.	folgende
ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GDV	Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft
GesR	Gesellschaftsrecht
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
GK-ArbGG	Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
grds.	grundsätzlich
GroßKomm	Großkommentar
GS	Gedenkschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Habil.	Habilitation
h. c.	honoris causa
Hdb.	Handbuch
HdbSE	Handbuch zur Europäischen Gesellschaft
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HRV	Handelsregisterverordnung
Hs.	Halbsatz
i. E.	im Ergebnis
Ing.	Ingenieur
insb.	insbesondere
Int. ZivilVerfR	Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl., Köln 2011
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht

IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPR/IZVR	Brödermann/Rosengarten, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl., Köln/München 2010
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
JA	Juristische Ausbildung
JZ	Juristen Zeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KKUmwG	Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz
KOM	Kommissionsdokument
Komm.	Kommentar
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	litera
Losebl.-Ausg.	Loseblatt-Ausgabe
m.	mit
LugÜ	Luganer Übereinkommen
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
MitbestErgG	Mitbestimmungsergänzungsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MitbestR	Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl., München 2006
MitbWahlO	Wahlordnung zum Mitbestimmungsergänzungsgesetz
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MonMitbestErgG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
Montan-MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer

	in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MüKo	Münchener Kommentar
MünchHdb	Münchener Handbuch
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungs-Report
No.	Number
Nr.	Nummer
núm.	número
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.	oben
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG Report
para.	paragraph
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
RdA	Recht der Arbeit
RegE	Regierungsentwurf
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitung
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Satz, Seite
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SCEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft
SD	Systematische Darstellungen
SE	Societas Europaea
SEAG	SE-Ausführungsgesetz
SEBG	SE-Beteiligungsgesetz
SEBG-E	Gesetzesvorschlag des Arbeitskreis Aktien- und

Kapitalmarktrecht (AAK) zur Änderung des SEBG,
ZIP 2010, S. 2221-2228.

sec.	section
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft
SEG	Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Österreich)
SE-Komm	SE-Kommentar
SE-RL	SE-Richtlinie
SE-VO	SE-Verordnung
SE-VOV	Vorschlag für eine SE-Verordnung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SprAuG	Gesetz über die Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten
s. u.	siehe unten
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
tlw.	teilweise
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	und andere, unter anderem
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
UmwBerG	Umwandlungsbereinigungsgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
Univ.	Universität
Unterabs.	Unterabsatz
UPR	Zeitschrift für Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
v.	vom
Var.	Variante
verb.	verbundene
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
Vor-SE	Vorgesellschaft einer SE
vs.	versus
Westf.	Westfalen

WM	Wertpapier-Mitteilungen
WODrittelbG	Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz
WOMitbestG	Dritte Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz
WSI Mitteilungen	Monatszeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts in der Hans-Böckler-Stiftung
ZA-Nato-Truppenstatut z. B.	Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIAs	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
zugl.	zugleich
Zustellungs-VO	Verordnung über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

A. Einführung

Die Europäische Aktiengesellschaft (*societas europaea*, SE) ist eine supranationale Gesellschaftsform¹, die nach einem langwierigen Verhandlungsprozess auf europäischer Ebene² durch die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) geschaffen wurde (SE-VO).³ Die SE-VO enthält aber keine abschließende, sondern nur eine fragmentarische Regelung dieser Unternehmensform. Zum Zweck der Lückenerfüllung verweist sie im Übrigen auf das jeweilige nationale Aktienrecht⁴ und ermächtigt die Mitgliedstaaten zudem zum Erlass von Rechtsvorschriften, die auf die Gesellschaften mit Satzungssitz in dem jeweiligen Mitgliedstaat anzuwenden sind.⁵ In Deutschland wurde von dieser Ermächtigung durch den Erlass des SEAG⁶ Gebrauch gemacht. Obwohl durch die einheitliche Bezeichnung als SE eine gewisse unionsweite Uniformität der Gesellschaftsform suggeriert wird, bestehen wegen der Verweisungen auf das nationale Aktienrecht und wegen der Gestaltungsspielräume für die nationalen Gesetzgeber somit tatsächlich eine Vielzahl länderspezifischer SE.⁷ Die folgende Untersuchung konzentriert sich auf „deutsche“ SE, also auf Gesellschaften mit Satzungssitz in Deutschland.

Die neue Gesellschaftsform der SE wurde gerade in Deutschland entgegen zunächst geäußerter Bedenken von der Praxis angenommen. Dabei hat sich bisher kein einheitlicher Realtypus der SE herauskristallisiert,⁸ da sie sowohl für

1 *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft - SE, Teil A – Vorbemerkungen, Rn. 39; *Wenz*, AG 2003, S. 185, 187; *Hirte*, NZG 2002, S. 1, 2.

2 *Hommelhoff*, AG 2001, S. 279; *Lutter*, BB 2002, S. 1 ff.; *Nagel/Köklü*, ZESAR 2004, S. 175; *Schlüter*, EuZW 2002, S. 589, 590; *Siems/Rosenhäger/Herzog*, Der Konzern 2008, S. 393.

3 ABl. EG 294, S. 1 ff. vom 10. 11. 2001.

4 Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO.

5 Art. 9 Abs. 1 lit. c) i) SE-VO.

6 Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) vom 22. 12. 2004, BGBl. I 2004, S. 3675.

7 *Wißmann*, in: FS Richardi, S. 841, 842; *Hommelhoff*, AG 2001, S. 279, 285; *Keller/Werner*, EJIR 2008, S. 153, 170; *Kübler*, in: FS Raiser, S. 247, 249; *Nagel/Köklü*, ZESAR 2004, S. 175, 176; *Siems/Rosenhäger/Herzog*, Der Konzern 2008, S. 393, 399.

8 *Casper*, ZHR 173 (2009), S. 181, 219.

große Gesellschaften als auch für den Mittelstand Verwendung gefunden hat.⁹ Als Gründe für die Wahl dieser Gesellschaftsform werden „weiche“ Faktoren, wie etwa dem eigenen Unternehmen eine europäische Corporate Identity und Unternehmenskultur zu geben¹⁰ oder durch den Wechsel in eine SE eine stärkere Wahrnehmung auf dem Weltmarkt zu erzeugen,¹¹ genannt. Außerdem bietet die SE den psychologischen Vorteil, eine grenzüberschreitende Verschmelzung als Zusammenschluss von Gleichen („merger of equals“) vollziehen zu können.¹²

Daneben bestehen aber auch unter rechtlichen Gesichtspunkten wichtige Motive, sich für die Rechtsform der SE zu entscheiden. Zum einen erlaubt sie grenzüberschreitende Restrukturierungsmaßnahmen und ermöglicht eine identitätswahrende Sitzverlegung in andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union, wodurch sich ein Unternehmen die Vorteile der Anwendbarkeit eines günstigeren Gesellschafts- und Steuerrechts verschaffen kann.¹³

Aber auch unabhängig von diesen Mobilitätserwägungen weist die SE einige Vorzüge gegenüber dem deutschen Aktienrecht auf. Sie erlaubt beispielsweise die Wahl zwischen verschiedenen Corporate-Governance-Modellen. Anstelle der in einer deutschen Aktiengesellschaft zwingend vorgesehenen, dualistischen Unternehmensverfassung mit Aufsichtsrat und Vorstand kann in der Satzung der SE für ein monistisches System mit einem einheitlichen Leitungsorgan optiert werden.¹⁴

Dieses erhöhte Maß an Flexibilität zeichnet die SE aber auch im Bereich der Mitbestimmung aus.¹⁵ Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE wurde auf unionsrechtlicher Ebene nicht durch die SE-VO, sondern in der zeitgleich verabschiedeten Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft

9 Keller/Werner, EJIR 2008, S. 153, 158; Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2009, S. 845 ff.; Reichert, in: GS Gruson, S. 321, 325 ff.

10 Kallmeyer, AG 2003, S. 197, 200; Wenz, AG 2003, S. 185, 187; Reichert, Der Konzern 2006, S. 821, 822; Siems/Rosenhäger/Herzog, Der Konzern 2008, S. 393, 395.

11 Henssler, ZHR 173 (2009), S. 222, 224.

12 Kallmeyer, AG 2003, S. 197, 200; Nagel, AuR 2004, S. 281; Siems/Rosenhäger/Herzog, Der Konzern 2008, S. 393, 395.

13 Bayer/Schmidt, AG 2007, S. R192, R194; Nagel, AuR 2004, S. 281; Seibt/Reinhard, Der Konzern 2005, S. 407, 408; Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2008, S. 721, 722.

14 Bayer/Schmidt, AG 2007, S. R192, R194; Nagel, AuR 2004, S. 281; Habersack, AG 2009, S. 1, 6; Henssler, ZHR 173 (2009), S. 222, 224; Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2008, S. 721, 722; Reichert, Der Konzern 2006, S. 821, 822; Seibt/Reinhard, Der Konzern 2005, S. 407, 408.

15 Keller/Werner, EJIR 2008, S. 153, 163; Kiem, ZHR 173 (2009), S. 156, 159; Henssler, ZHR 173 (2009), S. 222, 223 f.; Reichert, Der Konzern 2006, S. 821, 823; Habersack, ZHR 171 (2007), S. 613, 619; Bachmann, ZEuP 2008, S. 32, 46.

hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-RL) geregelt.¹⁶ Die notwendige Umsetzung der SE-RL erfolgte in Deutschland in Form des SEBG.¹⁷

Nach den Vorgaben der SE-RL handelt es sich bei der SE im Grundsatz um eine mitbestimmungsfreie Rechtsform, bei der keine originäre, von objektiven Merkmalen des Unternehmens abhängige Arbeitnehmerbeteiligung besteht.¹⁸ Stattdessen sehen die SE-RL in Art. 4 und das SEBG in den §§ 4 bis 21 im Rahmen der Gründung einer SE den Abschluss einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer zwischen den Leitungen der Gründungsgesellschaften und einem „besonderen Verhandlungsgremium“ (BVG) der Arbeitnehmerseite vor. Lediglich für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen ist eine gesetzliche Auffanglösung für die Arbeitnehmerbeteiligung vorgesehen, um zu gewährleisten, „dass die Gründung einer SE nicht zur Beseitigung oder zur Einschränkung der Gepflogenheiten der Arbeitnehmerbeteiligung führt, die in den an der Gründung einer SE beteiligten Gesellschaften herrschen“¹⁹. Diese gesetzliche Auffanglösung nach Art. 7 SE-RL, §§ 22 bis 39 SEBG orientiert sich im Wesentlichen an dem bestehenden Beteiligungsniveau in den beteiligten Gründungsgesellschaften.²⁰

Das in der SE-RL und im SEBG verankerte Prinzip vom Vorrang der einzel-fallbezogenen Verhandlungslösung stellt – zumindest im Hinblick auf die unternehmerische Mitbestimmung – ein Novum im deutschen Mitbestimmungsrecht dar.²¹ Im Verhandlungswege können die Unternehmensleitungen von den ansonsten mitbestimmungsrechtlich zwingend vorgeschriebenen Mindestgrößen für den Aufsichtsrat abweichen und dadurch eine zur Effizienzsteigerung bereits früher eingeforderte²² Verkleinerung erreichen.²³ Außerdem führt das Mitbestimmungsmodell der SE zu einer Einbeziehung der Arbeitnehmer in den übrigen Mitgliedstaaten und damit zugleich zu einer Internationalisierung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsorgan bzw. im monistischen Verwaltungsorgan der

16 ABl. EG L 294, S. 22 ff. vom 10. 11. 2001; *Jacobs*, in: MüKo AktG, Vor SEBG § 1 Rn. 20 mwN.

17 Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG) vom 22. 12. 2004, BGBl. I 2004, S. 3686.

18 *Wißmann*, in: FS Richardi, S. 841, 842; *Kiem*, ZHR 173 (2009), S. 156, 158; *Habersack*, Der Konzern 2006, S. 105, 107.

19 Erwägungsgrund (3) der SE-RL.

20 *Wißmann*, in: FS Richardi, S. 841, 843; *Jacobs*, in: MüKo AktG, SEBG § 34 Rn. 8.

21 *Bayer/Schmidt*, AG 2007, S. R192, R194; *Nagel/Köklü*, ZESAR 2004, S. 175, 180; *Rehwinkel*, ZESAR 2008, S. 74.

22 *Schiessl*, ZHR 167 (2003), S. 235, 240, 250.

23 *Reichert*, Der Konzern 2006, S. 821, 824; *Ziegler/Gey*, BB 2009, S. 1750; *Brandes*, ZIP 2008, S. 2193.

SE.²⁴ Hierdurch werden die Einflussmöglichkeiten deutscher Gewerkschaftsvertreter, die von Unternehmensseite überwiegend als hinderlich angesehen werden,²⁵ - selbst im Falle des Eingreifens der gesetzlichen Auffangregelung –²⁶ reduziert.

Gegen die Entscheidung für die Rechtsform der SE spricht aus Unternehmenssicht häufig das komplizierte und langwierige Gründungsverfahren,²⁷ das mit einem nicht unerheblichen Kostenaufwand verbunden ist. Zudem besteht wegen des mehrstufigen Prozesses zur Bildung des BVG und zum Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung eine erhöhte Fehleranfälligkeit. Erschwert wird die gesetzeskonforme Durchführung des Verhandlungsverfahrens überdies durch die Komplexität der grundsätzlich grenzüberschreitend angelegten Gründungs- und Umstrukturierungssachverhalte.²⁸ Da der Rechtsschutz im Hinblick auf das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren – wenn überhaupt – nur bruchstückhaft geregelt ist,²⁹ resultiert hieraus zusätzlich eine gewisse Rechtsunsicherheit über die Bestandskraft einzelner Verfahrensschritte und die Gefahr, diese im Falle ihrer Unwirksamkeit wiederholen zu müssen.

Aus Sicht der Arbeitnehmer ergibt sich aus den weiten Gestaltungsmöglichkeiten, die die SE bietet, eine Gefahr des Mitbestimmungsverlustes.³⁰ Denn obwohl die SE-RL sowie das SEBG das Ziel der Mitbestimmungssicherung verfolgen, wird zugleich die Möglichkeit der Vereinbarung eines im Vergleich zu den deutschen Mitbestimmungsgesetzen niedrigeren Mitbestimmungsstandards eröffnet. Durch die vorbereitende Gestaltung der mitbestimmungsrechtlichen Ausgangssituation, die den Rahmen für die gesetzliche Auffangregelung und damit weitestgehend für die Verhandlungen zwischen BVG und den Leitungen bildet, können die Unternehmensleitungen das Verhandlungsergebnis in ihrem Sinne beeinflussen. Aufgrund des Umstandes, dass allein den Unternehmensleitungen das Recht, die SE-Gründung und das Verhandlungsverfahren zu initiie-

24 *Habersack*, ZHR 171 (2007), S. 613, 619; *Schiessl*, ZHR 167 (2003), S. 235, 240, 251.

25 *Stettes*, AG 2007, S. 611, 613.

26 S. u. 1. Teil B.IV.2.c).

27 *Keller/Werner*, EJIR 2008, S. 153, 163; *Brandes*, ZIP 2008, S. 2193, 2194; *Reichert*, Der Konzern 2006, S. 821, 830; *Schiessl*, ZHR 167 (2003), S. 235, 253; *Wagner*, EWS 2005, S. 545 ff. Die Europäische Kommission erkennt die Kritik an der Komplexität auch an, doch wird eine Vereinfachung angesichts des schwierigen Kompromisses zur Arbeitnehmerbeteiligung praktisch nicht erreichbar sein, vgl. KOM(2008)591, S. 9 f.; *Teichmann*, Der Konzern 2007, S. 89, 91 f.

28 Bspw. waren bei der Gründung der BASF SE Arbeitnehmer aus 22 Mitgliedstaaten sowie in Norwegen und der Schweiz betroffen. Vgl. *Kluge*, Transfer 2008, S. 127, 128.

29 S. u. 2. Teil B.

30 *Keller/Werner*, WSI Mitteilungen 11/2007, S. 604, 610; a. A. *Calle Lambach*, RIW 2005, S. 161.

ren, zusteht,³¹ haben sie gegenüber den Arbeitnehmern einen erheblichen Wissensvorsprung und können sich bereits im Vorfeld umfassend auf ihre Verhandlungsführung vorbereiten. Im Gegensatz dazu müssen sich die Arbeitnehmer aus den verschiedenen Mitgliedstaaten zunächst auf eine gemeinsame Verhandlungsstrategie verständigen, sofern dies angesichts divergierender Interessen einzelner Belegschaften überhaupt möglich ist. Andernfalls bestünde sogar die Gefahr, dass die verschiedenen Interessengruppen im BVG von den Unternehmensleitungen gegeneinander ausgespielt werden. Aus den vorgenannten Gründen könnten Arbeitnehmervertreter der SE-Gründung ablehnend gegenüberstehen. Jedenfalls ergibt sich für sie aber ein Bedürfnis nach der gerichtlichen Kontrolle einzelner Verfahrensabschnitte.

Um sowohl den Arbeitnehmerinteressen als auch denen der Unternehmensleitungen zu entsprechen, besteht somit die Notwendigkeit eines einheitlichen und in sich geschlossenen Rechtsschutzsystems.

B. Ziel der Untersuchung

Angesichts einer fehlenden umfassenden Regelung durch den europäischen und nationalen Gesetzgeber sind die Anforderungen an das Rechtsschutzsystem während des Gründungsverfahrens einer deutschen SE durch die Gerichte und die Wissenschaft zu erarbeiten.

Die vorliegende Untersuchung will hierzu einen Beitrag leisten, indem zunächst bestehende Lücken in der Schutzgewährung festgestellt werden und sodann Lösungsvorschläge angeboten werden. Das Ziel ist es daher, dem Rechtschutzbedarf in allen praktischen Stationen der Gründung einer deutschen SE gerecht zu werden und durch ein harmonisiertes Rechtsschutzsystem die Rechtssicherheit sowie zugleich die Attraktivität der Rechtsform der SE zu erhöhen.

C. Gang der Untersuchung

Nach einer detaillierten Darstellung des Verhandlungsverfahrens über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer deutschen SE werden zunächst sowohl die europarechtlichen Vorgaben als auch die Bestimmungen des deutschen Gesetzgebers im Hinblick auf den Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerbeteiligung untersucht. Auf diese Weise sollen Erkenntnisse in Form von Auslegungsmaßstäben für die richtlinien- bzw. verfassungskonforme Anwen-

31 S. u. 1. Teil B.I.

derung der einschlägigen Verfahrensvorschriften gewonnen werden. Im Anschluss werden sodann die rechtsschutzrelevanten Situationen im Gründungsstadium der deutschen SE analysiert und ein den gesetzlichen Vorgaben entsprechendes Rechtsschutzsystem entwickelt.

Erster Teil: Darstellung des Verhandlungsverfahrens zur Arbeitnehmerbeteiligung

In einem ersten Schritt soll in diesem Abschnitt die Gesellschaftsform der SE überblicksweise dargestellt werden. Dabei wird auf die für die SE vorgesehenen Gründungsformen eingegangen und die innere Organisation und Organstruktur in einer bestehenden SE behandelt, weil sich zumindest aus der Wahl der Gründungsform Implikationen für die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE ergeben.

Im Anschluss wird sodann der Ablauf des Verhandlungsverfahrens über die Arbeitnehmerbeteiligung in einer deutschen SE skizziert. Beginnend mit der etwaig erforderlichen Bildung eines Wahlgremiums, über die Bildung und Zusammensetzung des BVG, bis hin zu den eigentlichen Verhandlungen und möglichen Verhandlungsergebnissen wird der Verfahrensablauf detailliert beschrieben, um mögliche Konfliktpunkte aufzuzeigen und dadurch die rechtsschutzrelevanten Konstellationen zu ermitteln.

A. Überblick über die Gesellschaftsform der SE

I. Gründungsformen

Die Gründung einer SE ist auf die in der SE-VO geregelten Gründungsverfahren beschränkt (sog. *numerus clausus* der Gründungsformen, der sich aus Art. 1 Abs. 1 SE-VO ergibt).³² Demzufolge bestehen vier primäre Varianten einer Gründung nach Art. 2 Abs. 1-4 SE-VO und eine sekundäre Gründungsform als Tochter-SE einer bereits bestehenden SE gemäß Art. 3 Abs. 2 SE-VO.³³ Die in Art. 2 und 3 SE-VO normierten allgemeinen Gründungsvoraussetzungen beschränken den Kreis der als Gründer in Betracht kommenden Gesellschaftsformen und beinhalten zudem ein einschränkendes Erfordernis der Mehrstaatlich-

32 *Scheifele*, Gründung, S. 11; *Teichmann*, in: Drinhausen/Hulle/Maul (Hrsg.), HdbSE, Ab. 4 § 1 Rn. 1; *Schwarz*, SE-VO, Art. 2 Rn. 10; *Drees*, Gründung und Vor-SE, S. 33; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 2 SE-VO Rn. 1; *Oechsler*, in: MüKo AktG, SE-VO Art. 2 Rn. 1; *Jannott*, in: Jannott/Frodermann (Hrsg.), HdbSE, Kap. 3 Rn. 1; *Casper*, AG 2007, S. 97; *Schlüter*, EuZW 2002, S. 589, 590.

33 Die begriffliche Einteilung in primäre und sekundäre Gründungsformen findet sich zunächst bei *Hommelhoff*, AG 2001, S. 279, 280, wird in der Literatur aber als zutreffend beibehalten. Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 2 SE-VO Rn. 1; Fn. 2; *Scheifele*, Gründung, S. 14; *Lutter*, BB 2002, S. 1, 4; *Teichmann*, ZGR 2002, S. 383, 409; *Casper*, AG 2007, S. 97, 98.

keit, das jedoch hinsichtlich der einzelnen Gründungsformen unterschiedlich ausgeprägt ist.³⁴ Die detaillierten Verfahrensvoraussetzungen für die jeweiligen Gründungsformen sind in Titel II (Art. 15 ff. SE-VO) geregelt.

1. Gründung durch Verschmelzung (Art. 2 Abs. 1, Art. 17-31 SE-VO)

Nach Art. 2 Abs. 1 SE-VO können Aktiengesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedsstaats gegründet worden sind und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Europäischen Union haben, eine SE im Wege der Verschmelzung gründen, sofern mindestens zwei dieser Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen.

Verschmelzungsfähige Aktiengesellschaften sind dabei nur solche i. S. d. Anhangs I der SE-VO.³⁵ Kraft der gesetzlichen Fiktion in Art. 3 Abs. 1 SE-VO gilt eine SE dabei als eine solche Aktiengesellschaft, so dass sie an der Gründung einer weiteren SE im Wege der Verschmelzung teilnehmen kann.³⁶ Die Gründungsgesellschaften müssen zu dem für die Erfüllung der Gründungsvor-

34 Drees, Gründung und Vor-SE, S. 34; Teichmann, in: Drinhausen/Hulle/Maul (Hrsg.), HdbSE, Ab. 4 § 1 Rn. 1; Lingl, JA 2006, S. 304, 306; Nagel, AuR 2004, S. 281. In der Praxis kommt dem Mehrstaatlichkeitserfordernis allerdings kaum mehr als ein „Feigenblattcharakter“ zu, weshalb es sich vermehrt rechtspolitischer Kritik ausgesetzt sieht. Vgl. hierzu: Kiem, ZHR 173 (2009), S. 156, 160; Casper, ZHR 173 (2009), S. 181, 189; Casper, AG 2007, S. 97, 98 ff.; Oechsler, NZG 2005, S. 697, 698 f.; Scheifele, Gründung, S. 72 ff.; Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2008, S. 721, 726.

35 Für Deutschland ist somit allein die AG taugliche Gründungsgesellschaft, nicht hingegen die KGaA. Vgl. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 2 SE-VO Rn. 8; Schmidt, Deutsche vs. britische SE, S. 135; Scheifele, Gründung, S. 78; Seibt/Reinhard, Der Konzern 2005, S. 407, 409; Reichert, Der Konzern 2006, S. 821, 827. Weil überdies die wirksame Gründung der Gründungsgesellschaft vorausgesetzt wird, scheidet eine Vor-AG entgegen der Auffassung von Fuchs, Verschmelzungsgründung, S. 106; Schmidt, Deutsche vs. britische SE, S. 135; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft - SE, Art. 17 SE-VO Rn. 6 aus. Vgl. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 2 SE-VO Rn. 9; Scheifele, Gründung, S. 79 f.

36 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 3 SE-VO Rn. 3; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft - SE, Art. 3 SE-VO Rn. 1; Schwarz, SE-VO, Art. 3 Rn. 15 f.; Marsch-Barner, in: FS Happ, S. 165, 173; Kalss, in: Kalss/Hügel (Hrsg.), SE-Komm, Vor § 17 SEG – Gründung der SE Rn. 13, wobei die SE nach tlw. vertretener Auffassung aber lediglich übertragender Rechtsträger sein könne (so Jannott, in: Jannott/Frodermann (Hrsg.), HdbSE, Ab. 4 § 3 Rn. 6; Oplustil/Schneider, NZG 2003, S. 13, 16).

aussetzungen maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung³⁷ ihren Satzungssitz und ihre Hauptverwaltung, d. h. ihren Verwaltungssitz als den Ort, an dem die Willensbildung und die eigentliche unternehmerische Leitung der Gesellschaft erfolgen,³⁸ in der Europäischen Union³⁹ haben. Dabei können sich der Satzungs- und der Verwaltungssitz aber in verschiedenen Mitgliedstaaten befinden.⁴⁰ Zulässig ist die Errichtung der SE durch Verschmelzung von Gründungsgesellschaften, die zueinander in einem Herrschafts- bzw. Abhängigkeitsverhältnis stehen, wodurch konzerninterne SE-Gründungen im Wege der Verschmelzung ermöglicht werden.⁴¹

Überdies verlangt die SE-VO, dass mindestens zwei der Gründungsgesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedsstaaten unterliegen. Mangels einer Regelung in der SE-VO zur Bestimmung des einschlägigen Gesellschaftsstatuts in den Gründungsgesellschaften⁴² ist dafür auf das Internationale Gesellschaftsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten zurückzugreifen.⁴³ Nach den nationalen Rechtsordnungen gilt dabei in einigen Mitgliedstaaten die sog. „Gründungstheorie“, die für die Bestimmung des einschlägigen Rechts einer Gesellschaft auf den Ort ihrer Gründung bzw. ihren satzungsmäßigen Sitz abstellt; in anderen Mitgliedstaaten findet hingegen die sog. „Sitztheorie“ Anwendung, wonach der

37 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 2 SE-VO Rn. 13; *Schmidt*, Deutsche vs. britische SE, S. 143; *Scheifele*, Gründung, S. 126 f.; *Schwarz*, SE-VO, Art. 2 Rn. 48.

38 *Scheifele*, Gründung, S. 98.

39 Der Begriff der Gemeinschaft umfasst hierbei auch die EWR-Staaten, weil die SE-VO durch Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses des EWR im Juni 2002 in den Rechtsbestand des Abkommens über den EWR aufgenommen wurde. Vgl. *Scheifele*, Gründung, S. 98 f.; *Wenz*, AG 2003, S. 185; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 2 SE-VO Rn. 10. Nach Art. 2 Abs. 5 SE-VO können die Mitgliedstaaten zwar vorsehen, dass sich unter bestimmten Umständen auch eine Gesellschaft an der Gründung beteiligen kann, die ihre Hauptverwaltung nicht in der Gemeinschaft hat, jedoch hat der deutsche Gesetzgeber davon keinen Gebrauch gemacht. Vgl. *Teichmann*, in: Drinhausen/Hulle/Maul (Hrsg.), HdbSE, Ab. 4 § 2 Rn. 28. Zur Rechtslage in den übrigen Mitgliedstaaten vgl. *Oplustil/Teichmann* (Hrsg.), The European Company - all over Europe, S. 384 ff.; *Jannott*, in: Jannott/Frodermann (Hrsg.), HdbSE, Kap. 16 Rn. 1 ff.

40 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 2 SE-VO Rn. 10; *Scheifele*, Gründung, S. 98; *Schwarz*, SE-VO, Art. 2 Rn. 40.

41 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 2 SE-VO Rn. 12; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Europäische Gesellschaft, S. 25, 32; *Jannott*, in: Jannott/Frodermann (Hrsg.), HdbSE, Kap. 3 Rn. 7.

42 Vgl. insb. Erwägungsgrund (27) der SE-VO.

43 *Teichmann*, in: Drinhausen/Hulle/Maul (Hrsg.), HdbSE, Ab. 4 § 2 Rn. 25 mwN.

tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft maßgeblich ist.⁴⁴ Schwierigkeiten bei der Bestimmung des anwendbaren Gesellschaftsstatuts können dann auftreten, wenn der Gründungssitz und der Verwaltungssitz nicht im selben Mitgliedstaat liegen. Sofern eine Gesellschaft ihren effektiven Verwaltungssitz in einem ausländischen Staat hat, der uneingeschränkt die Gründungstheorie befolgt, und sich ihr Satzungssitz in Deutschland befindet, das zumindest bisher der Sitztheorie folgt,⁴⁵ so ist für diese Gesellschaft wegen eines gemäß Art. 4 Abs. 1 EGBGB zu berücksichtigenden *Renvoi* (Rückverweisung) das deutsche Recht maßgebend.⁴⁶ In der umgekehrten Konstellation, in der der Verwaltungssitz einer Gesellschaft in Deutschland und der Satzungssitz in einem Gründungstheorie-Staat der Union liegen, ist Deutschland als Zuzugsstaat angesichts der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV dazu verpflichtet, „die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt.“⁴⁷ Nach der herrschenden Lehre und neuerer Auffassung des BGH ist die Gesellschaft somit grundsätzlich dem Gesellschaftsstatut des Gründungsstaates unterworfen.⁴⁸ Jedenfalls lässt sich das Gesellschaftsstatut in den Gründungsgesellschaften aber eindeutig bestimmen, um die Einhaltung des Mehrstaatlichkeitserfordernisses zu beurteilen.

Bei Vorliegen dieser allgemeinen Gründungsvoraussetzungen richtet sich das Verfahren der Gründung im Wege der Verschmelzung im Einzelnen nach den Art. 17-31 SE-VO.⁴⁹ Dabei sind zwei Verschmelzungsarten, nämlich die Verschmelzung durch Aufnahme (Art. 17 Abs. 2 lit. a) SE-VO) und die Ver-

44 *Teichmann*, in: Drinhausen/Hulle/Maul (Hrsg.), HdbSE, Ab. 4 § 2 Rn. 24.

45 In einem Referentenentwurf vom 07.01.2008 für ein „Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen“ wird angesichts der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit aus Art. 43, 48 EGV allerdings erstmals die Abkehr von der Sitztheorie und die gesetzliche Verankerung der Gründungstheorie im EGBGB erwogen. Vgl. *Schneider*, BB 2008, S. 566 ff.; *Kußmaul/Richter/Ruiner*, DB 2008, S. 451 ff.

46 *Kropholler*, IPR, S. 574; *Hausmann*, in: GS Blomeyer, S. 579, 587.

47 EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 („Überseering“), Slg. 2002, S. I-9919 = NJW 2002, S. 3614.

48 *Kropholler*, IPR, S. 579; BGH, Urt. v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, NJW 2003, S. 1461; Urt. v. 14.3.2005 – II ZR 5/03, NJW 2005, S. 1648; *Rehberg*, JZ 2005, S. 849, 852; *Kindler*, in: MüKo BGB, IntGesR Rn. 124 ff.; *Kußmaul/Richter/Ruiner*, DB 2008, S. 451, 453.

49 Vgl. hierzu *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft - SE, Art. 2 SE-VO Rn. 1; Art. 17 SE-VO Rn. 1 ff.; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 17 SE-VO Rn. 1 ff.; *Schwarz*, SE-VO, Art. 17 Rn. 1 ff.

schmelzung durch Neugründung (Art. 17 Abs. 2 lit. b) SE-VO), vorgesehen.⁵⁰ Im Falle der Verschmelzung durch Aufnahme wird das gesamte Aktiv- und Passivvermögen der übertragenden Gründungsgesellschaft im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf die aufnehmende Gesellschaft übertragen. Im Gegenzug werden den Aktionären der übertragenden Gesellschaft Aktien der aufnehmenden Gesellschaft sowie gegebenenfalls eine bare Zuzahlung gewährt. Im Falle der Verschmelzung zur Neugründung übertragen hingegen sämtliche Gründungsgesellschaften ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf eine von ihnen zugleich neu gegründete Gesellschaft. Den Aktionären der Gründungsgesellschaften werden dabei neben einer möglichen baren Zuzahlung Aktien der neu gegründeten Gesellschaft gewährt.

2. Gründung einer Holding-SE (Art. 2 Abs. 2, Art. 32-34 SE-VO)

Als weitere primäre Gründungsform kommt nach Art. 2 Abs. 2 SE-VO die Gründung einer Holding-SE in Betracht, wodurch eine neue Muttergesellschaft der Gründungsgesellschaften in der Rechtsform der SE geschaffen wird.⁵¹ Gegenüber der Verschmelzungs-Gründung ist der ansonsten übereinstimmende Kreis der möglichen Gründungsgesellschaften um Gesellschaften mit beschränkter Haftung i. S. d. Anhangs II der SE-VO erweitert.⁵² Alternativ zu der Möglichkeit, dass mindestens zwei der Gründungsgesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen, sieht die SE-VO in Art. 2 Abs. 2 lit. b) vor, dass es ausreicht, wenn mindestens zwei⁵³ der Gründungsgesellschaften seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat gehabt haben.⁵⁴ Weder für den Begriff der „Tochtergesellschaft“ noch

50 Vgl. im Einzelnen: *Scheifele*, Gründung, S. 132 ff.

51 *Scheifele*, Gründung, S. 305; *Lingl*, JA 2006, S. 304, 307; *Funke*, NZA 2009, S. 412, 413.

52 Nach deutschem Recht kommt somit auch die GmbH als Gründungsgesellschaft in Betracht. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 2 SE-VO Rn. 14 mwN.

53 Wegen seiner Stellung im Normtext bezieht sich dieses Erfordernis der Erfüllung der weiteren Voraussetzungen durch mindestens zwei Gründungsgesellschaften auch auf die zweite Alternative der Gründung einer Holding-SE und ist wegen des Normzwecks auch nicht teleologisch zu reduzieren. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Europäische Gesellschaft, S. 25, 30; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Komm, Art. 2 SE-VO Rn. 15; *Schwarz*, ZIP 2001, S. 1847, 1850; *Hirte*, NZG 2002, S. 1, 3; a. A. nur *Hommelhoff*, AG 2001, S. 279, 281 f.

54 Für den Fall, dass sich eine SE an der Gründung beteiligt, dürfte wegen teleologischer Reduktion des Art. 2 SE-VO auf das Erfordernis der Mehrstaatlichkeit verzichtet werden können. Vgl. *Schwarz*, SE-VO, Art. 3 Rn. 10 f.; *Scheifele*, Gründung, S. 435 f.;