

Die Europäische Aktiengesellschaft SE in Deutschland und Europa



Silke Busch, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Steuerstrafverteidiger*,
Partner der Korts
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln
* zertifiziert durch die Universität Hagen

Silke Busch, attorney-at-law,
certified attorney at tax law, certified attorney at
labour law, criminal tax defence counsel*,
partner at Korts
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Cologne
* certified by the University of Hagen

The European Company (SE) in Germany and Europe

Part 4: Employee involvement in the SE

A German SE may only be entered in the commercial register if an agreement on employee participation was reached, if employee representatives broke off negotiations or if a standard rule shall apply after unsuccessful expiry of the negotiation deadline. Employee participation thus forms an integral part of the constituent documents of an SE. It is specifically governed by the principle of primacy of negotiation and the „before and after“ principle. This means that the negotiating parties are free to reach any agreement on employees' participation rights; however, in the absence of an agreement and if the promoting companies were previously covered by participation rules, all aspects of employee participation will continue to apply to the SE. The negotiating par-

4. Teil: Arbeitnehmerbeteiligung in der SE

Eine deutsche SE kann erst dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer getroffen wurde, die Arbeitnehmervertreter die Verhandlungen abgebrochen haben oder wegen erfolglosen Ablaufs der Verhandlungsfrist eine Auffangregelung gilt. Die Arbeitnehmerbeteiligung bildet damit einen integralen Bestandteil der Verfassung einer SE. Für die konkrete Ausgestaltung der Arbeitnehmerbeteiligung gelten der **Verhandlungsvorrang** und das **Vorher-Nachher-Prinzip**. Dies bedeutet, dass die Verhandlungsparteien frei sind, jedwede Vereinbarung über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu treffen, bei Nichteinigung jedoch die bereits bestehenden Beteiligungsrechte aus den Gründungsunternehmen auch in der SE grundsätzlich erhalten bleiben. Die Verhandlungsparteien können aber auch darauf verzichten, eigene Regelungen zu entwerfen, und sich stattdessen auf die Geltung der gesetzlichen Auffangregelungen einigen. Auf eine ausführliche Darstellung der Arbeitnehmerbeteiligung im Einzelnen soll an dieser Stelle verzichtet werden (Sie finden eine solche **Darstellung unter www.korts.de**), vielmehr sollen hier mögliche Gestaltungsspielräume der SE im Zusammenhang mit bestehender oder zukünftiger Arbeitnehmerbeteiligung etwas näher betrachtet werden. Die (zumindest theoretisch bestehende) Möglichkeit, durch Verhandlung mit den Arbeitnehmervertretungen eine niedrigere Ebene der Mitbestimmung für die SE zu vereinbaren, soll hier jedoch wegen mangelnder Praxisrelevanz bei jedenfalls gewerkschaftlich oder betriebsrätlich vertretener oder beeinflusster Arbeitnehmerschaft nicht erörtert werden. Zunächst einmal stellt sich im Hinblick auf das deutsche Mitbestimmungsrecht die Frage nach der **Größe des Aufsichtsrats** bei der dualistisch strukturierten SE. Für diese ist die gesetzliche Mindestanzahl der Aufsichtsräte mit 3 festgelegt, abhängig von der Höhe des Grundkapitals sind Maximalzahlen festgelegt. Die im deutschen Mitbestimmungsgesetz (bei mehr als 2.000 Arbeitnehmern) vorgeschriebenen Mindestsitze im Aufsichtsrat (bis 10.000 Arbeitnehmer insgesamt 12 Sitze, zwischen 10.000 und 20.000 Arbeitnehmern 16 Sitze und ab 20.000 Arbeitnehmern insgesamt 20 Sitze), die jeweils zur Hälfte mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen sind, finden bei der SE keine Anwendung – es bleibt vielmehr bei der alleinigen Mindestvorgabe von 3 Aufsichtsratssitzen. Doch schon gibt es **Streit** darüber, ob die tatsächliche Größe des Aufsichtsrats durch die Satzung vorgegeben wird oder Gegenstand der Verhandlung über die Arbeitnehmerbeteiligung sei. Schließt man sich ersterer Auffassung an, so kann bereits dies allein zu einer erheblichen Reduzierung von Kosten und Verwaltungsaufwand führen. Das Vorher-Nachher-Prinzip als ein grundlegendes (Mindest-)Anliegen der gesetzlichen Vorgaben zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE bewirkt, dass zwar gegen den Willen der Arbeitnehmervertretung

kein niedrigeres Maß an Beteiligung, als es bereits besteht, für die SE gelten kann. Es bewirkt jedoch gleichzeitig auch in der entgegengesetzten Interessenrichtung, dass jedenfalls gegen den Willen der Gründer **auch keine Erhöhung des bestehenden Beteiligungsmaßes** entstehen kann. Es kann also bei bestehender Mitbestimmungsfreiheit in den Gründungsunternehmen keine ungewollte Mitbestimmung bei der SE entstehen. Ohne eine Vereinbarung über die Mitbestimmung gelten die gesetzlichen Auffangregelungen, die wiederum das sichern, was bereits besteht – besteht jedoch nichts, wird auch nichts gesichert. Besteht Drittelbeteiligung, wird nur diese gesichert, auch wenn (nach deutschem Mitbestimmungsrecht, das ja für die SE nicht gilt) eine paritätische Mitbestimmung vorgesehen wäre. In der juristischen Literatur wird dieser Effekt als das **„Einfrieren der Mitbestimmung“** sehr vehement und durchaus kontrovers diskutiert. Insbesondere spielt dabei natürlich die Frage der sogenannten Vorrats-SEs eine Rolle, die in der Regel arbeitnehmerlos und damit mitbestimmungsfrei gegründet werden.

Auch erste gerichtliche Entscheidungen zur Frage, ob die neu gegründete **arbeitnehmerlose SE** ohne Durchführung einer Verhandlung über die Arbeitnehmermitbestimmung überhaupt eingetragen werden dürfen, sind bereits ergangen. Das Amtsgericht Hamburg, bestätigt durch das Landgericht Hamburg, ist der Meinung, dass Verhandlungen über die Beteiligung von Arbeitnehmern von den Gründern auch dann aufzunehmen sind, wenn die SE keine Arbeitnehmer hat und auch nie welche haben wird, wenn jedoch die Gründungsunternehmen Arbeitnehmer haben, und zwar auch dann, wenn die Gründungsunternehmen selbst mitbestimmungsfrei sind. Das Amtsgericht Düsseldorf hat entschieden, dass eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung für die Handelsregistereintragung nicht erforderlich sei, wenn weder die SE noch die **Gründungsunternehmen** selbst Arbeitnehmer beschäftigen, denn „nicht vorhandene Arbeitnehmer können keine Vereinbarung schließen“. Ausreichend sei hier eine sogenannte Negativklärung der Gründer, dass sie keine Arbeitnehmer beschäftigen. Diese Düsseldorf-Fürverfügung erging übrigens auf einen Antrag auf **Amtslöschung** einer Vorrats-SE durch die gewerkschaftsnahe Hans-Böckler-Stiftung. Das Amtsgericht Charlottenburg hingegen hat eine Vorrats-SE ganz problemlos eingetragen, und zwar ohne Verhandlung und ohne Negativattest, denn die Arbeitnehmerlosigkeit ergebe sich aus der Offensichtlichkeit der Vorratsgründung von selbst. Und ist die SE erst einmal im Handelsregister eingetragen, so genießt sie grundsätzlich Bestandsschutz. Ist also der Kauf einer **Vorrats-SE** des Rätsels Lösung? Vorsicht: Hier lauern mindestens zwei Stolpersteine im Hinblick auf die Mitbestimmung. Zum einen ist das Stichwort der „wirtschaftlichen Neugründung“ zu nennen, welches im Zusammenhang mit dem Erwerb von Vorrats-GmbHs ständige Rechtsprechung ist. Danach sind beim Erwerb von Vorratsgesellschaften durch den Erwerber (nochmals) sämtliche Gründungsvorschriften zu erfüllen.

Für die SE würde dies also bedeuten, dass der Erwerber der Vorrats-SE die Verhandlung über die Arbeitnehmerbeteiligung durchführen müsste. Ob dies der Fall ist und die Rechtsprechung die Grundsätze der **wirtschaftlichen Neugründung** auch auf Vorrats-SEs ausweiten wird, bleibt abzuwarten. Der zweite Stolperstein versteckt sich unter dem Stichwort „strukturelle Änderungen“. Bei strukturellen Änderungen in einer SE ist es gesetzlich zwingend vorgeschrieben, dass (ggf. erneut) Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung aufzunehmen sind. Dabei definiert das Gesetz jedoch nicht, was unter „strukturellen Änderungen“ zu verstehen ist, was naturgemäß einen juristischen Disput über diese Auslegungsfrage ausgelöst hat. Ebenfalls naturgemäß gehen die Meinungen weit auseinander: Gewerkschaftsnahe Berater wollen quasi jedwede Veränderung in der SE darunter subsumieren, selbstverständlich und insbesondere auch die Einstellung von Arbeitnehmern bei zunächst arbeitnehmerlosen SEs, was natürlich auf die Vorrats-SEs abzielt. Die unternehmensnahen Berater hingegen wollen ausschließlich „korporative Akte von ganz erheblichem Gewicht“ unter den Tatbestand der strukturellen Änderung subsumieren und greifen dabei zurück auf die entsprechende Gesetzesbegründung, in welcher als Beispiel für eine **strukturelle Änderung** die Verschmelzung einer nicht bestimmten mit einer mitbestimmten Gesellschaft nennt. Da es noch keine klärende Rechtsprechung zu dieser Thematik gibt, ist eine gewisse Rechtsunsicherheit nicht von der Hand zu weisen. Bei der Wahl der Leitungsstruktur für die SE bedarf es bei unausweichlicher Mitbestimmung im Leitungsorgan im Hinblick auf das **monistische System** besonderer Aufmerksamkeit. Hintergrund der Problematik ist, dass dem Verwaltungsrat sowohl die allgemeine Geschäftsleitung als auch die Weisungsbefugnis gegenüber den geschäftsführenden Direktoren, welche die Geschäfte der SE führen, obliegen. Dadurch kann der Verwaltungsrat auch die eigentliche Geschäftsführung bestimmen. Diese (im Gegensatz zum Aufsichtsrat einer dualistisch strukturierten SE) weitreichenden Kompetenzen des **Verwaltungsrates** können dazu führen, dass bei einer mitbestimmten SE die Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsorgan nicht nur an Aufsichtsaufgaben, sondern faktisch auch an der konkreten Geschäftsführung beteiligt sind. Eine solche Konstellation, die insbesondere bei gleicher Anzahl von Anteilseignern und Arbeitnehmervertretern in verschärfter Form auftritt, kann zu einem erheblichen Machtzuwachs der Arbeitnehmervertreter führen und dürfte in den seltensten Fällen von den Anteilseignern gewollt sein. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die sogenannte **Sekundärgründung**, also die Gründung einer Tochter-SE durch eine bereits bestehende SE. In diesen Fällen ist das Beteiligungsverfahren nicht als registerliche Eintragungsvoraussetzung vorgesehen. Doch auch hier stellt sich natürlich die Frage der strukturellen Änderung. Die ausländische mitbestimmungsfreie Gesellschaft, die in eine (ebenfalls mitbestimmungsfreie) SE umgewandelt wird, die sodann ihren Sitz nach Deutschland verlegt, bleibt mitbestimmungsfrei, denn die **grenzüberschreitende Sitzverlegung** einer SE wird überwiegend nicht als strukturelle Änderung angesehen.

An dieser Stelle soll bei allen Gestaltungsüberlegungen, die neben anderen auch den mitbestimmungsrechtlichen Aspekt einbeziehen müssen, darauf hingewiesen werden, dass die Rechtsform der SE natürlich nicht dazu missbraucht werden darf, um Arbeitnehmerbeteiligungsrechte zu mindern oder vorzuenthalten.

Ein solches Vorgehen bestraft das Gesetz mit **bis zu drei Jahren Haft** oder Geldstrafe. ■

ties may, however, refrain from setting up rules of their own and agree on the application of the statutory standard rules instead.

This article will only give a brief overview of employee participation (for a more in-depth discussion, please visit www.korts.de); it is rather aimed to take a closer look at some potential leeway of the SE in connection with existing or future employee participation. The (at least theoretical) possibility of agreeing on a lower level of participation for the SE through negotiations with employee representatives won't be discussed here due to lack of relevance to practice with employees who are at any rate represented or influenced by trade unions or works councils.

First of all, regarding German laws on co-determination, the question arises of how many members the supervisory board is to be composed of in an SE with a two-tier board structure. For such an SE, the minimum number of members of the supervisory board required by law is 3; the maximum number of members depends on the amount of share capital. German laws on co-determination, which require a minimum number of seats on the supervisory board (in companies with more than 2,000 employees) (12 seats in companies with less than 10,000 employees, 16 seats in companies with 10,000 to 20,000 employees and 20 seats in companies with more than 20,000 employees) half of which are to be filled with employee representatives, don't apply to the SE – the only minimum requirement is that the supervisory board must be composed of at least three members. However, even now there is a dispute over whether the actual size of the supervisory board is specified by the statutes or whether it is an object of negotiations on employee participation. If you subscribe to the first view, this alone can lead to a significant reduction in costs and administrative expense.

The "before and after" principle as a basic (minimum) statutory requirement regarding employee participation in the SE has the effect that if employee participation rights existed in the promoting companies, these mustn't be reduced in the SE against the employee representatives' will. However, it also has the opposite effect that against the promoters' will the level of employee participation can't be increased either. Hence, if rights of co-determination have been voluntarily granted in the promoting companies, no unwanted employee participation can develop in the SE. In the absence of an agreement on employee participation the statutory standard rules shall apply, which only ensure what has already existed – however, if nothing exists, nothing is ensured. In the event of one-third participation, only this is ensured, even if (under German laws on co-determination, which don't apply to the SE) parity co-determination was provided for. This effect which has come to be known as "freezing of co-determination" is discussed very vehemently and quite controversially in legal literature. Particularly important is the issue of shelf SEs, as they are called, which are usually established as companies that don't have any employees and are thus not subject to co-determination.

First court rulings on the question of whether the newly formed "empty SE" can be registered at all without any negotiations being held on employee participation have already been given. Affirmed by Hamburg Landgericht (District Court), Hamburg Amtsgericht (Local Court) is of the opinion that the promoters have to enter into negotiations on employee participation even if the SE doesn't have and will never have any employees if, however, the promoting companies have employees although they might lack co-determination. Duesseldorf Amtsgericht decided that an agreement on employee participation wasn't required for an entry in the commercial register if neither the SE nor the promoting companies themselves had any employees for 'non-existent employees couldn't conclude an agreement'. According to Duesseldorf Amtsgericht, a negative declaration, as it is termed, by the promoters stating that they don't have any employees is sufficient. By the way, this Duesseldorf court order was passed upon application for an ex officio cancellation of a shelf SE's

registration filed by the union-affiliated Hans-Böckler-Stiftung. Charlottenburg Amtsgericht, on the other hand, registered a shelf SE without any problems, namely without any negotiations and without a negative certification for the lack of employees follows from the obviousness of the establishment of a shelf SE itself. And once the SE is entered in the commercial register, its continuance is ensured.

Is thus the purchase of a shelf SE the answer to the problem? Beware! There are at least two stumbling blocks with regard to co-determination. First, the keyword of "new economic incorporation" is to be mentioned, which is settled case-law in connection with the acquisition of a shelf GmbH (limited liability company). According to it, all incorporation requirements must (again) be met by the purchaser when acquiring a shelf company. For the SE, this would mean that the purchaser of the shelf SE would have to conduct negotiations on employee participation. It remains to be seen whether this is the case and whether the courts will apply the principles of the new economic incorporation to shelf SEs as well. The keyword of "structural changes" represents the second stumbling block. In case of structural changes in an SE, mandatory law provides that negotiations on employee participation must be started or resumed. The law, however, does not provide a definition of the term "structural changes", which has naturally triggered a legal dispute over this question of interpretation. Consequently, opinions diverge greatly: union-affiliated advisers virtually want to subsume any changes in the SE under "structural changes", in particular also the hiring of employees by an SE that did not have any employees at first, which, of course, is aimed at shelf SEs. Company-affiliated advisers, on the other hand, only want to subsume "corporate acts of major importance" under "structural changes" and resort to the relevant explanatory memorandum, which mentions the merger of a non-codetermined company with a company subject to co-determination as an example of structural change. There is no denying the fact that there is a certain legal uncertainty as there aren't any clarifying court rulings regarding this subject matter.

When choosing a board system for the SE, particular attention has to be paid to the inevitable co-determination in the managerial organ under the one-tier system. The background to the problem is that the administrative board is both responsible for the general management and authorized to give the managing directors, who manage the company's day-to-day business operations, instructions. As a result, the administrative board can also control the actual management. The administrative board's far-reaching powers and competence (unlike the supervisory board of an SE with a two-tier system) may lead to employee representatives in the administrative organ of a co-determined SE being involved not only in the exercise of supervisory functions but practically also in the actual management. Such a constellation, which occurs in particular when there is an equal number of shareholder and employee representatives, may lead to a considerable gain in power of employee representatives and is likely to be desired by shareholders only in the rarest of cases.

In this connection, I would also like to point out the secondary formation, as it is termed, i.e. the setting up of a subsidiary SE by an already established SE. In such a case, the participation procedure is not a registration prerequisite. However, also here the question of structural change arises.

A foreign non-codetermined company that is converted into an (also non-codetermined) SE, which thereupon transfers its registered office to Germany, remains non-codetermined for the cross-border transfer of an SE's registered office is predominantly considered not to be a structural change.

Despite all constitutive considerations, which, among others, also have to include the aspect of co-determination, I would like to point out at this point that the legal form of the SE mustn't be abused to diminish employees' rights of co-determination or deprive them of these rights. Such action is punishable by up to three years in prison or a fine. ■