

Unternehmensmitbestimmung bei der Sekundärgründung einer Societas Europaea (SE)

Jan Liesenfeld, Hamburg*

Die supranationale Rechtsform der *Societas Europaea* (SE) gewinnt seit ihrer Schaffung auf EU-Ebene rasant an Bedeutung. Besonders attraktiv an ihr ist, dass die Modalitäten der Beteiligung von Arbeitnehmern an der Unternehmensführung, also Mitbestimmungsrechte einerseits sowie Anhörungs- und Unterrichtsrechte andererseits, weitgehend frei vereinbart werden können. Für den Fall einer sogenannten Sekundärgründung ist allerdings problematisch, inwieweit dieser Vorzug zum Tragen kommen kann. Jene Frage bringt praxisrelevante gesellschafts- wie auch arbeitsrechtliche Implikationen mit sich, die umstritten sind und einer Klärung bedürfen.

I. Einleitung

Die SE wurde mit Wirkung zum 8. Oktober 2004 durch die SE-VO¹ geschaffen. Am 1. Januar 2014 war sie bereits 2052-mal europaweit und davon mit 282-mal am zweithäufigsten in Deutschland registriert,² so etwa durch Allianz, Fresenius, Porsche oder BASF.³ Die reizvolle Verhandlungsmöglichkeit von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer an der SE-Unternehmensführung wird von der SE-RL geregelt,⁴ die in Deutschland durch das SE-BG umgesetzt wurde.⁵

Wird eine SE als Tochtergesellschaft einer bereits bestehenden SE gemäß Art. 3 II 1 SE-VO gegründet, spricht man von einer Sekundärgründung.⁶ Sie bietet sich besonders für die Errichtung von Vorrats-SEs an.⁷ Der entscheidende Unterschied zu der Gründung einer primären Tochter-SE nach Art. 2 III (ggf. iVm. Art. 3 I) SE-VO liegt darin, dass außer der Mutter-SE keine weitere Gesellschaft an der Gründung beteiligt ist, es sich also nicht um ein „Joint Venture“, son-

dern um eine Einpersonen-Gründung handelt.⁸ Problematisch ist, ob darauf die Vorschriften zur Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE tatsächlich zugeschnitten sind, weil sie bereits nach ihrem Wortlaut in der Regel auf ein Kollektiv an Gründungsgesellschaften Bezug nehmen.⁹

Gesellschaftsrechtlich kann eine SE gemäß Art. 12 II SE-VO allerdings nicht eingetragen werden, solange innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist¹⁰ keine Vereinbarung über die darin bestehenden Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer getroffen wurde.¹¹ Daher erhebt sich die existentielle Frage, ob eine Arbeitnehmerbeteiligung für die sekundär gegründete SE erforderlich ist.¹² Falls dem so ist, muss geklärt werden, ob dafür die relevanten Regelungen unverändert oder in modifizierter, vereinfachter Form gelten.

II. Grundprinzipien der Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE

Für eine Europäische Aktiengesellschaft sind nationale Vorschriften zur Beteiligung von Arbeitnehmern weitgehend ausgeschlossen. Nach § 47 I SE-BG ist in einer SE kein Europäischer Betriebsrat zu bilden¹³ und Gesetze zur Mitbestimmung auf Unternehmensebene gelten nicht.¹⁴ Allein die betriebliche Mitbestimmung nach dem BetrVG und SprAuG ist anwendbar.¹⁵ Dieses normative Defizit wird in Umsetzung der SE-RL durch die Regelungen des SE-BG aufgefüllt.

⁸ S. Oetker, Sekundäre Gründung einer Tochter-SE nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO und Beteiligung der Arbeitnehmer, in: Hönn/Oetker/Raab (Hrsg.), FS Kreutz, 2010, S. 797. Dieser Beitrag lehnt sich strukturell an den von Oetker an.

⁹ Annahme: Mutter- und Tochter-SE beschäftigen Arbeitnehmer, sodass keine „arbeitnehmerlose SE“ betroffen ist, dazu Spitzbart, RNotZ 2006, S. 369 ff.

¹⁰ 6 Monate ab bVG-Einsetzung; i. Einvernehmen m. Arbeitgeberseite bis zu 1 Jahr, Art. 5 SE-RL.

¹¹ Diese kann Mitbestimmungsrechte freilich genauso begründen wie ausschließen.

¹² Nicht beleuchtet wird die Frage, welche Mitbestimmungsrechte Arbeitnehmer der Mutter-SE dabei haben könnten, insbesondere ob es hierfür Neuverhandlungen geben kann; s. dazu Oetker, (Fn. 8), S. 797 (800-806).

¹³ Nach dem damit umgesetzten Art. 13 II SE-RL gilt dies nicht, falls das bVG sich gegen eine Beteiligungsvereinbarung entscheidet; s. i.E. Oetker, (Fn. 8), S. 797 (798).

¹⁴ Sie gelten auch nicht über die Verweisung d. Art. 3 I SE-VO, s. Oetker, (Fn. 8), S. 797 (798).

¹⁵ S. Kiehn, Die betriebliche Beteiligung der Arbeitnehmer in der Societas Europaea (SE), Diss. FU Berlin 2010, in: Verlag Dr. Kováč (Hrsg.), Schriftenreihe Arbeitsrechtliche Forschungsergebnisse, Bd. 163, 2011, S. 189 ff.; Oetker, (Fn. 8), S. 797 (798).

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School in Hamburg. Der Beitrag ist eine gekürzte und überarbeitete Version einer Seminararbeit. Sie entstand anlässlich eines Schwerpunktseminars zum Thema „Unternehmensumstrukturierungen aus gesellschafts- und aus arbeitsrechtlicher Sicht“.

¹ S. Verordnung (EG) Nr. 2157/2001.

² <http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Facts-Figures>, Zugriff am 20.2.2014.

³ S., auch zu Gründungsvorteilen, Ziegler/Gey, BB 2009, 1750; Blasche, JA 2013, 268 (270).

⁴ Richtlinie 2001/86/EG.

⁵ Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft.

⁶ Auch „derivative“ Gründung oder „cloning“ genannt, s. Wicke, MittBayNot 2006, S. 196 (202); zweiter Fall der Sekundärgründung ist die nach Art. 3 I iVm. Art. 2 III SE-VO; Sekundärgründung meint i. Übrigen aber nur Gründungen nach Art. 3 II 1 SE-VO.

⁷ Blasche, JA 2013, 268 (272) m.w.N.

Wird eine europäische Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland gegründet, sieht das SE-BG durch seine §§ 4-10 vor, dass die Arbeitnehmer in den betroffenen Gesellschaften¹⁶ ein besonderes Verhandlungsgremium (bVG) wählen. Mit den Leitungen dieser Gesellschaften soll das bVG auf deren Initiative hin¹⁷ eine schriftliche Vereinbarung darüber treffen, ob die Arbeitnehmer in der zu gründenden SE Beteiligungsrechte haben und wie diese ggf. ausgestaltet sind. Rechte zu Unterrichtung und Anhörung sind gemäß § 21 I Nr. 3 SE-BG zwingend zu vereinbaren.¹⁸ Deren Träger ist in der Regel ein SE-Betriebsrat,¹⁹ der in der gegründeten SE zu bilden ist und dort eigenständig neben dem Betriebsrat nach dem BetrVG besteht und agiert.²⁰ Mitbestimmungsrechte werden gemäß § 21 III SE-BG freiwillig vereinbart und ggf. von Arbeitnehmervertretern in dem Aufsichts- oder Verwaltungsrat der SE ausgeübt.

Unter den Voraussetzungen der §§ 22 und 34 SE-BG gilt subsidiär das gesetzliche Beteiligungsregime der §§ 23-33 und 35-38 SE-BG. Diese Auffangregelung ist entsprechend dem „Vorher-Nachher-Prinzip“ geformt, das der SE-Richtlinie zugrunde liegt. Hiernach sollen Beteiligungsrechte, die Arbeitnehmer in den Gründungsgesellschaften einer SE nach nationalem Recht erworben haben, in der SE gleichwertig fortbestehen. Vorrangig stützt sich das Gesetz indes auf praxisnahe Lösungen im Wege einer Verhandlung von Beteiligungsrechten. Das wird als „Vorrang des Verhandlungsprinzips“ bezeichnet.²¹ Auch dabei soll der Bestand an Beteiligungsrechten seitens der Arbeitnehmer in den Gründungsgesellschaften möglichst beibehalten werden, indem für den Beschluss einer Minderung eine qualifizierte Stimmenmehrheit gefordert wird.²²

III. Erforderlichkeit der Arbeitnehmerbeteiligung bei sekundärer Gründung

Weder die SE-RL noch das SE-BG erwähnen ausdrücklich, dass die Beteiligung von Arbeitnehmern auch für eine SE erforderlich ist, die nach Art. 3 II 1 SE-VO gegründet wurde.²³ Zudem existieren in dem Abschnitt der SE-VO zur „Gründung einer Tochter-SE“ keine speziellen Regelungen für eine Gründung nach Art. 3 II 1 SE-VO; vielmehr spricht Art. 35 SE-VO sogar davon, dass eine entsprechende SE-Gründung allein nach Art. 2 III SE-VO möglich ist. Ob trotz dieses normativen Defizits in der SE-RL und dem SE-BG die Beteiligung von Arbeitnehmern auch für eine sekundäre SE-Gründung erforderlich ist, bedarf näherer

Betrachtung, insbesondere weil die Tochter-SE in diesem Fall nach Art. 12 II SE-VO erst eingetragen werden darf, wenn eine Arbeitnehmerbeteiligung für sie festgesetzt wurde.

1. Arbeitnehmerbeteiligung nach Europäischem Recht

a) Aussagen der SE-VO

Die SE-VO verweist auf das Verfahren zur Arbeitnehmerbeteiligung nach der SE-RL in ihren Artikeln 1 IV und 12 II. Was das Fehlen von Regelungen zu einer sekundär gegründeten SE im Abschnitt der SE-VO zur „Gründung einer Tochter-SE“ betrifft, lässt sich daraus keine Schlussfolgerung für die Anwendung von Art. 12 II SE-VO ableiten.²⁴ Trotz der rudimentären Regelungen zur sekundären SE besteht Einigkeit darüber, dass sie den allgemeinen Bestimmungen der Art. 4 bis 14 SE-VO unterliegt.²⁵ Dem ist zuzustimmen, da jene Normen unter dem Titel „Allgemeine Vorschriften“ rangieren und an die „SE“ unabhängig von ihrer konkreten Gründungsvariante anknüpfen. Mangels abweichender Sonderregeln gilt Art. 12 II SE-VO daher auch für Gründungen nach Art. 3 II 1 SE-VO. Die Norm setzt dabei explizit eine Beteiligung von Arbeitnehmern nach der SE-RL als Eintragungsbedingung voraus. Die SE-VO spricht somit gesetzessystematisch für eine Arbeitnehmerbeteiligung bei Sekundärgründungen.²⁶

b) Aussagen der SE-RL

Von einer Anwendung des Art. 12 II SE-VO für sekundäre Gründungen wäre allenfalls dann abzusehen, wenn nach der SE-RL für diese Variante keine Arbeitnehmerbeteiligung vorgesehen ist. Schließlich verweisen Art. 1 IV und 12 II SE-VO ausdrücklich auf eine Arbeitnehmerbeteiligung nach Maßgabe der SE-RL. Wenn letztere nicht auf eine sekundär gegründete SE anwendbar wäre, ergäbe es keinen Sinn, deren Beteiligungsverfahren zur Eintragungsvoraussetzung zu machen.²⁷ Art. 12 II SE-VO wäre dann entweder teleologisch zu reduzieren²⁸ oder wegen Nichterfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen „Einschlägigkeit der SE-RL“ gar nicht erst anzuwenden.²⁹

aa) Ausklammerung von Sekundärgründungen durch den Wortlaut?

Ausdrücklich beschränkt sich die SE-RL jedoch nicht auf die primäre SE-Gründung nach Art. 2 III SE-VO. Sie hat vielmehr nach ihrem Art. 1 I jede SE zum Gegenstand, die in der SE-VO geregelt ist, mithin auch in Art. 3 II 1 SE-VO.³⁰

¹⁶ An der Gründung unmittelbar beteiligte Gesellschaften, betroffene Tochtergesellschaften und betroffene Betriebe, s. § 2 II und IV SE-BG.

¹⁷ S. Art. 3 I SE-RL.

¹⁸ S. Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, 2008, § 21 SEBG Rn. 28; a.A. Herfs-Röttgen, NZA 2002, 358 (362).

¹⁹ S. hierzu §§ 21 I Nr. 2 und II SE-BG.

²⁰ Lutter/Hommelhoff-Oetker, § 47 SE-BG, Rn. 7 f.

²¹ S. zu jenen Grundprinzipien Jacobs, in: Goette/Habersack/Kalss, MüKo SEBG, 3. Aufl. 2012, Vorbem. vor § 1 SEBG, Rn. 13.

²² Vgl. zu dieser Regelung Jacobs, (Fn. 21), Rn. 22.

²³ S. etwa Köckli, in: Drinhausen/Van Hulle/Maul, Handb. zur Europäischen Gesellschaft (SE), 2007, 6. Abschn. Rn. 109.

²⁴ Daraus ergibt sich bloß, dass für die Gründung allein das Aktienrecht des beabsichtigten Sitzstaates anwendbar ist, s. Oetker, (Fn. 8), S. 797 (808) m.w.N.; a.A. Jacobs, (Fn. 21), Rn. 11a.

²⁵ S. Oetker, (Fn. 8), S. 797 (807) m.w.N.

²⁶ Ebenso Oetker, (Fn. 8), S. 797 (807) m.w.N.

²⁷ Vgl. Oetker, (Fn. 8), S. 797 (808).

²⁸ So Jacobs, (Fn. 21), Rn. 11b.

²⁹ Vgl. Seibt, ZIP 2005, 2248 (2250).

³⁰ Ebenso Scheibe, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE

bb) Ausklammerung von Sekundärgründungen durch die Gesetzessystematik?

Möglicherweise klammert die SE-RL aber implizit sekundär gegründete Gesellschaften aus, weil ihre Vorschriften systematisch nicht auf diesen Fall passen. So wird nach Art. 3 I SE-RL die Gründung eines bVG initiiert, sobald die an einer SE-Gründung „beteiligten Gesellschaften“ einen „[Plan] zur Gründung einer Tochtergesellschaft“ vereinbart haben. Nach Art. 3 II SE-RL ist das bVG die Vertretung der Arbeitnehmer der „beteiligten Gesellschaften“. Die Verwendung des Plurals scheint den Fall einer Einpersonen-Gründung wie im Tatbestand des Art. 3 II 1 SE-VO auszuschließen.³¹ Allerdings gilt Art. 3 I, II SE-RL bereits seinem Wortlaut nach ebenfalls für den Fall einer SE-Gründung im Wege der Umwandlung, obwohl es sich hierbei kraft Natur der Sache gleichermaßen um eine Einpersonen-Gründung handelt. Verwendete der Richtliniengeber auch bei den „beteiligten Gesellschaften“ den Plural, kann dies folglich nicht als eine bewusste Beschränkung des Verhandlungsverfahrens auf Mehrpersonengründungen einer SE verstanden werden. Dass es bei der Gründung einer Tochter-SE durch eine SE selbst keinen „Gründungsplan“ wie bei einer Mehrpersonen-Gründung gibt, ist daher ebenfalls unerheblich.³²

Die „beteiligten Gesellschaften“ tauchen erneut in Art. 3 IV 3 und Art. 7 II lit. c SE-RL auf. Beide Normen regeln Schwellenwerte zugunsten einer Fortschreibung von Mitbestimmungsrechten, wie sie auf Gründungsseite bestanden haben. Sie beziehen sich dabei auf die Gründung einer Tochter-SE oder einer Holding-SE. Jedenfalls an Gründungen im Wege der Errichtung einer Holding-SE und der einer Tochter-SE nach Art. 2 III SE-VO sind stets mehrere Gesellschaften beteiligt. Wird eine Tochter-SE nach Art. 3 II 1 SE-VO gegründet, ist dies nicht der Fall. Anders als bei Art. 3 I SE-RL ist hier eine bewusste Ausklammerung von Sekundärgründungen, für die nur der Singular Sinn ergibt, durchaus möglich, da die in jedem Fall erfassten primären Gründungsformen allesamt die Verwendung des Plurals erfordern.³³

Allerdings würden dadurch Wertungswidersprüche zu Art. 3 I, II SE-RL entstehen. Diese Norm statuiert wie gesehen auch für Sekundärgründungen die Aufnahme von Beteiligungsverhandlungen. Dann leuchtet es aber nicht

ein, warum Art. 3 IV 3 SE-RL für diesen Fall keine Regeln zu den Mehrheitserfordernissen bei einem Beschluss über die Minderung von Mitbestimmungsrechten vorgeben sollte. Zwar deutet Art. 3 IV 3 SE-RL an, dass seitens der Gründungsgesellschaften ein bestimmter Prozentsatz von Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte hat, was aber bei nur einer Gründungsgesellschaft, nämlich der Mutter-SE, nicht möglich ist.³⁴ Doch ist das auch bei einer primären Gründung einer Tochter-SE mit unterschiedlichen Gründungsgesellschaften nicht zwingend der Fall. Auch dabei ist es möglich, dass alle beteiligten Gesellschaft Mitbestimmungsrechte für ihre Arbeitnehmer haben oder genauso gut gar keine Gründergesellschaft solche kennt. Art. 3 IV 3 SE-RL dann gleichermaßen nicht anzuwenden, ergäbe keinen Sinn. Der Richtlinienggeber kann daher auch hier keine Ausklammerung von Einpersonen-Gründungen gewollt haben. Den Plural hat er in Art. 3 IV 3 SE-RL wohl nur aus dem Bedürfnis heraus verwendet, eine einheitliche Regelung für die Holding- und alle Formen der Tochter-SE, d.h. primäre und sekundäre, zu schaffen.³⁵

Ein letztes Mal findet sich die Formulierung der „beteiligten Gesellschaften“ in Art. 7 II lit. c Var. 1 SE-RL. Darin wird festgeschrieben, dass die angesprochene Auffangregelung, konkret zum Aspekt der Unternehmensmitbestimmung, nur unter Beachtung des Vorher-Nachher-Prinzips angewendet werden soll. Dies wird von einem 50%-igen Mindestanteil von mitbestimmenden Arbeitnehmern in den Gründungsgesellschaften abhängig gemacht. Im Sinne einer einheitlichen Auslegung des Merkmals der „beteiligten Gesellschaften“ ist indes auch in Art. 7 II lit. c Var. 1 SE-RL keine Ausklammerung von sekundär gegründeten Europäischen Aktiengesellschaften zu sehen. Es liegt nahe, dass es dem Richtlinienggeber auch an dieser Stelle lediglich darum ging, eine einheitliche Regel für die Errichtung einer Holding- und einer primären wie auch sekundären Tochter-SE zu schaffen, als er den Plural benutzte (vgl. o.).³⁶

cc) Ausklammerung von Sekundärgründungen durch den Regelungszweck?

Die SE-RL verfolgt den Zweck, Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern, wie sie innerhalb der Gründungsgesellschaften bestehen, auch in einer neu gegründeten SE zu sichern (Erwägungsgrund 18 SE-RL). Für Unterrichts- und Anhörungsrechte gibt Erwägungsgrund 6 der SE-RL vor, dass sie zwingend gewährt werden müssen. Für Mitbestimmungsrechte bestimmt Erwägungsgrund 7 indes nur, dass sie bei einer SE-Gründung erhalten bleiben sollten, die Parteien aber auch etwas anderes beschließen können. Nach diesem Vorher-Nachher-Prinzip soll eine Einschränkung der nationalen Gepflogenheiten von Arbeitnehmerbeteiligung bei der Gründung einer SE verhindert werden (s. Erwägungsgrund 3). Jener Zweck würde auf

unter besonderer Berücksichtigung des monistischen Systems, Diss. Kiel 2006, in: Kreutz/Reuter (Hrsg.), Beiträge zum Wirtschafts-, Bank- und Arbeitsrecht, Bd. 44, 2007, S. 166; für eine Ausklammerung von Sekundärgründungen gerade wegen der fehlenden Sondererwähnung in der SE-RL aber etwa *Veelken*, Zur Mitbestimmung bei der Europäischen Aktiengesellschaft, in: Krause/Veelken/Vieweg (Hrsg.), Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. GS Blomeyer, 2004, S. 491 (513 f.); *Güntzel*, Die Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, in: Weiss/Simitis (Hrsg.), Studien zum Arbeitsrecht und zur Arbeitsrechtsvergleichung, Bd. 14, 2006, S. 295 f.; *Jacobs*, (Fn. 21), Rn. 11a.

³¹ So *Güntzel*, (Fn. 30), S. 295 f.; *Jacobs*, (Fn. 21), Rn. 11a.

³² Vgl. *Jannot*, in: Jannot/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft *Societas Europaea*, 2005, Kap. 3 Rn. 270 Fn. 483; a.A. *Jacobs*, (Fn. 21), Rn. 11a.

³³ A.A. wohl *Oetker*, (Fn. 8), S. 797 (809).

³⁴ Hier haben entweder alle Arbeitnehmer bestimmte Mitbestimmungsrechte oder niemand.

³⁵ So auch *Oetker*, (Fn. 8), S. 797 (809).

³⁶ Ebenso *Oetker*, (Fn. 8), S. 797 (809).

eine sekundäre SE-Gründung nur dann nicht passen, wenn dabei die Gefahr einer Beschränkung von Arbeitnehmerbeteiligungsrechten nicht oder in deutlich geringerem Maße als bei einer primären Gründung bestünde.³⁷ Wäre das Beteiligungsverfahren nach der SE-RL auf eine sekundär gegründete SE nicht anwendbar, gingen deren Arbeitnehmer aber gleichermaßen etwaiger vorheriger Beteiligungsrechte verlustig. In Deutschland würden für sie zwar weiterhin das BetrVG und das SprAuG gelten. Dieser Schutz ist allerdings dem Zufall nationaler Gesetzeskonzepte anheimgestellt. Außerdem werden in Deutschland davon nur Rechte der betrieblichen Mitbestimmung umfasst. Wirtschaftliche Mitbestimmungsrechte besäßen Arbeitnehmer einer sekundär gegründeten SE nicht, denn entsprechende Gesetze gelten für die SE gerade nicht. Der Schutz vor Beteiligungsdefiziten von Arbeitnehmern durch die SE-RL ist für die Sekundärgründung daher gleichermaßen sinnvoll.³⁸

Arbeitnehmer wären bei Sekundärgründungen andernfalls auch besonderen Gefahren ausgesetzt. So könnte die primäre Errichtung einer SE absichtlich als Durchgangsstadium zu einer mitbestimmungsfreien Gesellschaft ausgenutzt werden, indem durch die Gründung einer Tochter-SE Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmern faktisch abgestreift werden.³⁹ Das widerspricht dem Willen des europäischen Richtliniengebers, den er in dem Missbrauchsverbot des Art. 11 SE-RL zum Ausdruck gebracht hat.⁴⁰ Es würde gezielte Umgehungen der SE-RL ermöglichen. Zwar könnte man, solchen Umgehungen mit nationalen Verboten eines Rechtsmissbrauchs wie durch § 43 SE-BG (Umsetzung von Art. 11 SE-RL) begegnen.⁴¹ Allerdings wird damit die Last für den Kampf um Beteiligungsrechte entgegen der grundsätzlichen Zielrichtung der SE-RL erneut den Arbeitnehmern aufgebürdet, die im Einzelfall die Voraussetzungen von Missbrauchstatbeständen darlegen und beweisen müssten. Wegen der restriktiven Auslegung von § 43 SE-BG⁴² wäre das beschwerlich. Wenn keine Umgehungsabsicht nachgewiesen werden kann, stünden die Arbeitnehmer grundsätzlich schutzlos. Das ist unvereinbar mit dem Richtlinien Sinn.

Ferner bietet die Beteiligung von Arbeitnehmern bei der Tochter-SE über die Vertretungszuständigkeit des SE-Betriebsrates der Mutter-SE sowie über die Einbeziehung in dessen Wahlgremium keine hinreichende Mitbestimmungsgrundlage.⁴³ Schließlich kann der SE-Betriebsrat bei der Muttergesellschaft keinen Einfluss auf Entscheidungen

nehmen, die bei der SE-Tochter getroffen werden.⁴⁴

Des Weiteren müssen gemäß Erwägungsgrund 6 zur SE-RL grenzüberschreitende Anhörungs- und Unterrichtsrechte für Arbeitnehmer in der transnational agierenden SE sichergestellt werden. Diese zwingende Zielvorgabe würde außer Acht gelassen, wendete man die SE-RL nicht auch auf sekundäre Gründungen an. Denn auch von einer Einpersonen-Gründung können Arbeitnehmer verschiedener EU-Mitgliedstaaten betroffen sein,⁴⁵ z.B. wenn die errichtete Tochter-SE Betriebe in unterschiedlichen Staaten hat. Hinreichender Schutz kann nicht durch die Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat vermittelt werden, schließlich ist diese nach Art. 13 I SE-RL auf die Rechtsform der SE nicht anwendbar.

Eine geringere Schutzbedürftigkeit einer sekundär gegründeten SE durch die SE-RL könnte sich allenfalls aus dem Mehrstaatlichkeitsprinzip ergeben. An der primären Gründung einer SE sind gemäß Art. 2 SE-VO Gesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten beteiligt,⁴⁶ in denen national verschiedene Regelungen zur Beteiligung von Arbeitnehmern bestehen. Zum Schutz der Arbeitnehmer soll die SE-RL diese normativen Disparitäten vereinheitlichen, indem nach Möglichkeit ein Durchschnitt an Beteiligungsrechten für die SE geformt wird (s. Erwägungsgründe 2, 3, 6, 9 und 18). Außerdem knüpft die Bildung des bVG in ihren Regelungen wie in Art. 2 II, IV und Art. 7 II SE-RL grundsätzlich an Arbeitnehmer in Gründungsgesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten an, die zu einer Verhandlung zusammengeführt werden sollen.⁴⁷

Zwar ist an einer Sekundärgründung einer SE nur eine Gesellschaft beteiligt, die auch nur in einem EU-Mitgliedstaat sitzen kann. Jedoch passt der transnationale Zuschnitt der SE-RL hier gleichermaßen. Bei der Sekundärgründung ergibt sich der grenzüberschreitende Charakter daraus, dass schon das Gründungsunternehmen selbst transnational strukturiert ist.⁴⁸ Das entspricht der Wertentscheidung der SE-VO, die eine sekundäre SE-Gründung in ihrem Art. 3 II 1 ausdrücklich zulässt und dieser somit einen hinreichenden transnationalen Bezug, kraft Rechtsform beimisst.⁴⁹

³⁷ A.A.: Bezweckt sei von vorneherein nicht die Sicherung von Beteiligungsrechten von einer SE, sondern nur in der SE, *Jacobs*, (Fn. 21), Rn. 11b.

³⁸ Ebenso *Kienast*, in: Jannott/Frodermann, (Fn. 32), Kap. 13 Rn. 202; *Güntzel*, (Fn. 30), S. 298; *Oetker*, (Fn. 8), S. 797 (809); a.A. *Veelken*, (Fn. 30), S. 491 (513 f.).

³⁹ Ebenso *Oetker*, (Fn. 8), S. 797 (809); *Scheibe*, (Fn. 30), S. 166.

⁴⁰ *Scheibe*, (Fn. 30), S. 166.

⁴¹ So *Jacobs*, (Fn. 21), Rn. 11b.

⁴² S. *Blasche*, JA 2013, 268 (276) m.w.N.

⁴³ A.A. *Jacobs*, (Fn. 21), Rn. 11b: „Schutzlücke (...) nicht allzu groß“.

⁴⁴ Vgl. *Oetker*, (Fn. 8), S. 797 (809 f.).

⁴⁵ Ebenso *Oetker*, (Fn. 8), S. 797 (810).

⁴⁶ Bei der Gründung durch Umwandlung besteht der transnationale Bezug über die Voraussetzung eines Tochterunternehmens der Gründungsgesellschaft in einem anderen EU-Mitgliedstaat, Art. 2 IV SE-VO.

⁴⁷ Zwar fehlen Sonderregeln für das bVG im Fall einer Gründung durch Umwandlung, doch sind auch hierbei Arbeitnehmer der betroffenen Tochtergesellschaft(en) in einem anderen EU-Mitgliedstaat ins bVG zu integrieren, s. Art. 2 IV SE-VO u. Art. 2 lit. d), 3 II lit. a) i) SE-RL.

⁴⁸ Ebenso *Binder/Jünemann/Merz/Sinewe*, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), 2007, Kap. F.2 Rn. 622; *Oetker*, (Fn. 8), S. 797 (810); *Scheibe*, (Fn. 30), S. 165 m.w.N.; vgl. *Henssler*, in: Hanau/Ulmer, Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 24 – Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, Einl. SEBG, Rn. 98; *Jannott*, (Fn. 32), Kap. 3, Rn. 27.

⁴⁹ So auch *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Kommentar Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2010, Art. 3 SE-VO Rn. 17; *Oetker*, (Fn. 8), S. 797 (810); *Wicke*, MittBayNot 2006, S. 196 (202); i.E. so auch *Drees*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland und ihre rechtliche Behandlung vor Eintragung,

Zudem ist die Funktion des bVG nicht darauf beschränkt, Belegschaften aus Gründungsgesellschaften unterschiedlicher Nationalität zusammenzuführen.⁵⁰ Im Vordergrund steht vielmehr seine Bedeutung als Gremium zur Verhandlung über Beteiligungsrechte. Die besondere Zielsetzung einer Verhandlungslösung passt genauso zu einer sekundär gegründeten SE wie zu einer Primärgründung. Zudem kann die Bildung des bVG bei der sekundären SE-Gründung durchaus auch Arbeitnehmer aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten zusammenführen, wenn nämlich die SE-Muttergesellschaft über Arbeitnehmer in unterschiedlichen Mitgliedstaaten verfügt, vgl. Art. 3 II lit. a) i) SE-RL.⁵¹ Letztlich geht die SE-RL von der Notwendigkeit einer Sicherung von Beteiligungsrechten aus, weil in einer SE in der Regel Arbeitnehmer verschiedener EU-Staaten mit unterschiedlichen Regelungen zur Arbeitnehmerbeteiligung zusammentreffen. Wegen des einheitlichen Beteiligungsregimes für ein Unternehmen besteht dann nämlich die Gefahr, dass zumindest manche Arbeitnehmer eine Verschlechterung ihrer Beteiligungsrechte erfahren. Dieses Risiko besteht allerdings gleichermaßen für Arbeitnehmer in einer sekundär gegründeten SE, in der Arbeitnehmer mit national unterschiedlichen Regimen an Beteiligungsrechten zusammentreffen. Ein transnationaler Gründungssachverhalt ist folglich nach dem Sinn der SE-RL keine zwingende Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit.

2. Arbeitnehmerbeteiligung nach nationalem Recht

Demnach könnte einzig das SE-BG in isolierter Betrachtung gegen eine Beteiligung von Arbeitnehmern bei einer sekundären SE-Gründung sprechen.

a) Ausklammerung von Sekundärgründungen durch den Wortlaut?

§ 1 I 1 SE-BG stellt heraus, dass Gegenstand des Gesetzes die Beteiligung von Arbeitnehmern in einer Europäischen Gesellschaft ist, wie sie durch die SE-VO konzipiert wurde. Auch die sekundär gegründete SE ist im Konzept der SE-VO, nämlich in deren Art. 3 II 1 enthalten. Dem Wortlaut nach ist das SE-BG mithin auch auf diese Gründungsvariante anwendbar.⁵²

b) Ausklammerung von Sekundärgründungen durch die Gesetzessystematik?

Es könnte sich indes aus der Konzeption der einzelnen Regelungen zum Beteiligungsverfahren ergeben, dass das SE-BG nicht auf sekundäre Gründungssachverhalte zugeschnitten ist.

Soweit jedoch im SE-BG von „Leitungen“ und „Gesellschaften“ die Rede ist, wenn die Gründerseite der SE adressiert wird, impliziert diese Verwendung des Plurals erneut keinen Ausschluss von der Einpersonen-Gründung einer SE. Diese Regelungen rekurrieren ausweislich ihres Wortlautes regelmäßig auch auf den Fall einer SE-Gründung durch Umwandlung, also einer klassischen Einpersonen-Gründung.⁵³

Nur in § 15 III 2 Nr. 2 Var. 2 und § 34 I Nr. 3 SE-BG findet sich die besondere Situation, dass auf die Gründerseite der SE im Plural Bezug genommen wird, obwohl diese Normen nicht auch auf die SE-Errichtung im Wege einer Umwandlung verweisen. § 15 III 2 Nr. 2 Var. 2 SE-BG regelt die Voraussetzungen eines bVG-Beschlusses über die Minderung von Mitbestimmungsrechten bei Gründung einer Tochter-SE oder einer Holding-SE. Auch hier ist nicht zu schlussfolgern, dass der Gesetzgeber den Plural verwendet hat, um Einpersonen-Gründungen von der Normanwendung auszuschließen. Andernfalls würden systematische Wertungswidersprüche entstehen. Der Plural wurde an dieser Stelle offenbar nur aus dem Bedürfnis heraus verwendet, eine einheitliche Regelung für die Holding- und die primären sowie sekundären Tochter-SE zu schaffen. Dasselbe gilt für die Auffangregelung zu Mitbestimmungsrechten in § 34 I Nr. 3 SE-BG (vgl. zu alledem o. unter SE-RL, Gesetzessystematik). Die Normen gelten gleichsam für eine sekundär gegründete SE.⁵⁴ Schließlich definiert § 2 II SE-BG den Begriff der an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaften ohne eine Beschränkung auf nationale Rechtsformen.⁵⁵ Nach seiner Systematik ist das SE-BG hernach gleichermaßen auf die sekundäre Errichtung einer Europäischen Gesellschaft anwendbar.

c) Ausklammerung von Sekundärgründungen durch den Regelungszweck?

Gemäß § 1 I 2 SE-BG ist das Ziel des Gesetzes die Sicherung der Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern in der SE, und zwar maßgeblich so wie sie in der Gründungsgesellschaft bestanden haben. Warum Arbeitnehmer in einer sekundär gegründeten SE nicht in den Genuss dieser Rechte kommen sollten, ist nicht ersichtlich (s.o.). Insbesondere schützt das SE-BG ausweislich seines Wortlauts in § 1 I 2 Beteiligungsrechte unabhängig von der Rechtsgrundlage, auf der sie erworben worden. Es bewahrt daher auch Rechte, die Arbeitnehmer anlässlich der Primärgründung einer SE erhalten haben und bei einer Anstellung in der Tochter-SE verlieren würden.⁵⁶ Für den zum Gesetzesziel erklärten Schutz der Arbeitnehmer macht es keinen Unterschied, ob die Rechte auf Beteiligung auf der Gründerseite kraft nationaler Gesetze oder kraft Beteiligungsvereinbarung entstanden sind. Eine derartige Unterscheidung wäre formalistisch.

Diss. Münster 2006, in: Verlag Dr. Kovač (Hrsg.), Schriften zum Handels- und Gesellschaftsrecht, Bd. 11, Hamburg 2006, S. 130.

⁵⁰ Vgl. aber Jacobs, (Fn. 21), Rn. 11b; Henssler, ZHR 2009, 222 (233).

⁵¹ Vgl. Oetker, (Fn. 8), S. 797 (810).

⁵² Ebenso Oetker, (Fn. 8), S. 797 (811); Scheibe, (Fn. 30), S. 166.

⁵³ Ebenso Oetker, (Fn. 8), S. 797 (811).

⁵⁴ S. Scheibe, (Fn. 30), S. 167; Oetker, (Fn. 8), S. 797 (812 f.) m.w.N.

⁵⁵ Scheibe, (Fn. 30), S. 167.

⁵⁶ So auch Kökili, (Fn. 23), Rn. 109; Oetker, (Fn. 8), S. 797 (811).

d) Ausklammerung von Sekundärgründungen durch die Gesetzeshistorie?

In der Begründung zum Regierungsentwurf des SE-BG wird im allgemeinen Vorspann zu den Vorgaben der SE-RL als Gründungsform einer SE die „Bildung einer [Tochter-SE] durch (...) die SE selbst“ genannt.⁵⁷ Allerdings hat der Deutsche Bundestag in seiner Gesetzesbegründung zum SE-BG den Fall einer sekundären Gründung nicht erwähnt und auch in das SE-BG selbst keinen entsprechenden Verweis aufgenommen. Die Gesetzeshistorie ist folglich nicht eindeutig, spricht aber zumindest eher für eine Einbeziehung der sekundären SE-Errichtung in den Anwendungsbereich des SE-BG als dagegen.⁵⁸

e) Europarechtskonforme Auslegung

Da das SE-BG das nationale Gesetz zur Umsetzung der SE-RL ist, muss es richtlinienkonform ausgelegt werden.⁵⁹ Wie zuvor festgestellt bezieht die SE-RL sekundäre Gründungsformen in ihren Anwendungsbereich ein. Diese Aussage muss deshalb auch bei der Auslegung des SE-BG berücksichtigt werden.⁶⁰ Der Wortlaut bietet dafür hinreichend Spielraum, sodass sich das Problem einer Interpretation contra legem und einer horizontalen Drittwirkung von Richtlinien nicht stellt.⁶¹

3. Ergebnis für die Arbeitnehmerbeteiligung bei Sekundärgründungen

Es zeigt sich, dass die Beteiligung von Arbeitnehmern bei der Gründung einer SE im Sinne der SE-RL sowohl nach Europarecht als auch nach nationalem Recht bei sekundären SE-Gründungen erforderlich ist.⁶² Die einschlägigen Vorschriften sind nicht nur analog,⁶³ sondern direkt anwendbar. Art. 12 II SE-VO ist daher auch bei einer Sekundärgründung

anzuwenden, sodass die Arbeitnehmerbeteiligung hierbei zwingende Voraussetzung für die Eintragung einer SE ist.

IV. Übertragbarkeit der Beteiligungsvereinbarung der Mutter-SE

Darüber hinaus ergibt sich, dass für sekundäre Gründungen einer SE nicht nur die Beteiligung von Arbeitnehmern erforderlich ist, sondern dass dafür sämtliche Normen der SE-RL und des SE-BG direkt anzuwenden sind. Deshalb ist auch das gesetzlich vorgeschriebene Verhandlungsverfahren durchzuführen. Eine bloße Übertragung der Mitbestimmungsvereinbarung, die für die Mutter-SE getroffen wurde, auf die Tochter-SE verbietet sich.⁶⁴ Sie kann nicht auf die geltenden Gesetze gestützt werden.

Das folgt besonders deutlich aus dem Wortlaut des Art. 12 II SE-VO, der angesichts der Verweisung auf die Vorschriften der SE-RL von der Durchführung eines eigenständigen Verhandlungsverfahrens ausgeht.⁶⁵ Eine Übertragung der Beteiligungsregeln von der Mutter-SE wäre zudem kaum sinnvoll, da hieran andere Arbeitnehmervertreter mit anderen Interessen mitgewirkt haben, als das für die sekundäre Gründung der Fall wäre.⁶⁶ Letztlich würde die Lösung über eine reine Übertragung auch dem Vorrang des Verhandlungsprinzips zuwiderlaufen, das für die SE prägend ist.

V. Verhandlungspartner – SE-Betriebsrat der Mutter-SE oder bVG?

In der Folge stellt sich die Frage, mit welchem Gremium die Verhandlungen zur Arbeitnehmerbeteiligung in der Tochter-SE geführt werden müssen. Hierfür kommt entweder ein bVG in Betracht, das nach dem üblichen Prozedere gemäß §§ 4 ff. SE-BG zu bilden wäre,⁶⁷ oder aber der bereits bestehende SE-Betriebsrat bei der Muttergesellschaft.⁶⁸

Wenn der SE-Betriebsrat, der bei der Mutter-SE gebildet wurde, die Verhandlungen zur Arbeitnehmerbeteiligung bei der Tochter-SE führt, bringt das eine Vereinfachung des Verfahrens mit sich. Dadurch können Aufwand und Kosten gespart werden, die zur Bildung eines zusätzlichen Gremiums, dem bVG, notwendig sind.⁶⁹ Dies entspricht dem Willen des SE-BG-Gesetzgebers, vorhandene Betriebsstrukturen aus ökonomischen Gründen möglichst zu nutzen.⁷⁰

⁵⁷ BR-Drs. 438/04, S. 102.

⁵⁸ A.A.: Jacobs, (Fn. 21), Rn. 11a: „Formulierung offenbar zufällig“.

⁵⁹ Vgl. Hatje, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 4 EUV Rn. 48 f.

⁶⁰ So auch Oetker, (Fn. 8), S. 797 (811).

⁶¹ Dazu Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV Rn. 81 f.

⁶² So die wohl h.M.: Bock, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit, Diss. BLS Hamburg 2007, in: Schriftenreihe Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht, Bd. 46, Berlin 2008, S. 36 ff.; Köklü, (Fn. 23), Rn. 109; MüKo AktG-Oechsler, Art. 3 SE-VO Rn. 5; Kiem, ZHR 2009, 156 (163); Henssler, (Fn. 50), Rn. 98; Blasche, JA 2013, 268 (272, 274); Wicke, MittBayNot 2006, S. 196 (202); Oetker, (Fn. 8), S. 797 (806-812); Jannot, (Fn. 32), Rn. 269; Kienast, in: Jannott/Frodermann, (Fn. 32), Kap. 13 Rn. 201 ff.; Scheibe, (Fn. 30), S. 165 f.; wohl auch Austmann, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2007, § 85 Rn. 29; ablehnend Veelken, (Fn. 30), S. 491 (513 f.); Jacobs, (Fn. 21), Rn. 10-11b; wohl Henssler, Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea, in: Habersack/Hommelhoff/Hüffer/Schmidt (Hrsg.), FS Ulmer, 2003, S. 193 (197); Spitzbart, RNotZ 2006, S. 369 ff.; wohl auch Seibt, ZIP 2005, 2248 (2250); offen gelassen von Spindler/Stilz-Casper, Art. 12 SE-VO Rn. 7.

⁶³ So aber Kallmeyer, Die Societas Europaea, in: von Rosen (Hrsg.), Die Europa-AG, Studien des deutschen Aktieninstituts, Heft 21,

2003, S. 14 (27); Köstler, Die Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: von Rosen (Hrsg.), Die Europa-AG, (a.a.O.), S. 36 (45); s. ferner Güntzel, (Fn. 30), S. 296 m.w.N.

⁶⁴ So jedoch Güntzel, (Fn. 30), S. 299; Grobys, NZA 2005, 84 (91); anfangs noch Lutter/Hommelhoff-Oetker, § 1 SE-BG, Rn. 8.

⁶⁵ Scheibe, (Fn. 30), S. 166.

⁶⁶ Vgl. Scheibe, (Fn. 30), S. 166.

⁶⁷ Dafür Oetker, (Fn. 8), S. 797 (811); MüKo AktG-Oechsler, Art. 3 SE-VO Rn. 5; Scheibe, (Fn. 30), S. 166; Jannot, (Fn. 32), Rn. 270 ff.

⁶⁸ Dafür Jacobs, (Fn. 21), Rn. 11b (hilfsweise); Köklü, (Fn. 23), Rn. 110; Henssler, ZHR 2009, 222 (233 f.).

⁶⁹ Kienast, in: Jannott/Frodermann, (Fn. 32), Kap. 13 Rn. 207.

⁷⁰ Begr. zum RegE zu § 8 SE-BG (BT-Drs. 15/3406).

Überdies ließe sich anführen, dass der Sinn eines bVG bei der sekundären SE-Gründung nicht greift. Das bVG wird nämlich gebildet, weil es bei einem Kollektiv von Gründungsgesellschaften keine einheitliche Vertretung der Arbeitnehmerschaft gibt, die mit den Leitungen der Gründerseite in Beteiligungsverhandlungen treten könnte. Eine einheitliche Arbeitnehmervertretung wird erst durch das bVG geschaffen. Bei einer Einmann-Gründung wie der Sekundärgründung gibt es aber mit dem SE-Betriebsrat der Mutter regelmäßig bereits eine Vertretungseinheit für die Arbeitnehmer des Gründungsunternehmens.⁷¹ Teilweise wird sogar argumentiert, dass die Rolle und Aufgabenverteilung des SE-Betriebsrates als Vertretungsorgan ignoriert würde, wenn trotz Vorhandenseins einer einheitlichen Arbeitnehmervertretung noch ein bVG zu bilden wäre.⁷²

Dagegen ist allerdings einzuwenden, dass bVG und SE-Betriebsrat nach der Konzeption von SE-RL und SE-BG unterschiedliche Kompetenzbereiche haben, sodass ein Zuständigkeitskonflikt nicht entstehen kann. Für Verhandlungen mit der Leitung auf Gründerseite über Arbeitnehmerbeteiligung ist de lege lata das bVG zuständig. Das gilt sogar dann, wenn ein SE-Betriebsrat bereits besteht, in der betreffenden SE aber strukturelle Änderungen geplant sind. Nach § 18 III SE-BG ist in diesem Fall erneut ein bVG zu bilden, sofern nicht eine abweichende Vereinbarung getroffen wird.⁷³ In SE-RL und SE-BG sind keinerlei abweichende Sonderregelungen für das Verhandlungsverfahren im Fall einer Sekundärgründung aufgestellt.⁷⁴ Auch nach Art. 12 II SE-VO werden Beteiligungsverhandlungen generell mit einem bVG geführt.⁷⁵ Die Gesetzessystematik liefert somit keine Anhaltspunkte dafür, im Fall einer Sekundärgründung ausnahmsweise den SE-Betriebsrat der Mutter zum Verhandlungsführer zu erküren.

Außerdem ist zu bedenken, dass das SE-BG an anderen Stellen ausdrücklich den SE-Betriebsrat der Muttergesellschaft zur Verhandlungspartei erklärt, namentlich in §§ 18 III, 26 II 1 SE-BG. Daraus lässt sich im Umkehrschluss ableiten, dass in allen übrigen Konstellationen das bVG mit der Gründerseite die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer auszuhandeln hat.⁷⁶

Schließlich entspricht auch die Zusammensetzung eines SE-Betriebsrats in der Regel nicht unbedingt der eines zu bildenden bVGs. Die Mitglieder des bVG rekrutieren sich bei einer sekundären Gründung regelmäßig allein aus Arbeitnehmern bei der Mutter-SE, § 5 I SE-BG.⁷⁷ Sofern Betriebe in die zu gründende SE eingebracht werden sollen, werden zusätzlich aus diesen betroffenen Betrieben i.S.d. § 2 IV SE-BG Arbeitnehmervertreter entsendet.⁷⁸ Solche

können, müssen sich aber keinesfalls auch im SE-Betriebsrat der Muttergesellschaft wiederfinden. In deren SE-Betriebsrat hingegen befinden sich darüber hinaus ggf. noch Vertreter für Arbeitnehmer etwaiger Tochtergesellschaften, § 23 I 2 SE-BG.⁷⁹ Diese Vertreter repräsentieren ein anderes Unternehmen und können deshalb aus Legitimationsgründen keine Verhandlungsführer für die Arbeitnehmerbeteiligung in ihrer künftigen Schwestergesellschaft sein.⁸⁰ Wenn nicht die gesetzliche Auffangregelung eingreift, ist die Zusammensetzung des SE-Betriebsrats bei der Muttergesellschaft nach § 21 I Nr. 1 SE-BG frei verhandelbar. Für die Zusammensetzung des bVG hingegen gibt es feste Regeln. Es wird demnach deutlich, dass in dem bVG und dem SE-Betriebsrat, abgesehen von zufälligen Ausnahmekonstellationen, unterschiedliche Muster der Repräsentation von Arbeitnehmern bestehen. Diese bilden spezifische Interessen von betroffenen Arbeitnehmergruppen ab. Deshalb und aus den vorgenannten Gründen kann auch bei einer sekundären SE-Gründung nicht von der Bildung eines bVG abgesehen werden.

VI. Möglichkeit der Mitregelung von Beteiligungsrechten bei der SE-Mutter

Reizvoll wäre die Möglichkeit, die Beteiligung von Arbeitnehmern in einer Tochter-SE innerhalb der Beteiligungsvereinbarung für die Mutter-SE mitzuregeln. Allerdings folgt sowohl aus der SE-RL als auch aus dem SE-BG, dass die Leitung der Mutter-SE und ein für ihre Errichtung gebildetes bVG nicht regelungszuständig für die Gründung einer Tochter-SE sind.⁸¹ Das betrifft materielle Regelungen für eine Arbeitnehmerbeteiligung bei der Tochtergesellschaft sowie Verfahrensregeln für die Verhandlungen. Daher kann nicht etwa geregelt werden, dass Beteiligungsverhandlungen für die Tochter-SE schlicht von dem SE-Betriebsrat der Muttergesellschaft geführt werden.

Gesetzessystematisch beziehen sich SE-RL und SE-BG auf die in der Gründung befindliche SE und sollen zum Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung für diese SE führen.⁸² Sinn davon ist, dass nur Arbeitnehmer, die von einer SE-Gründung betroffen sind, deren Beteiligungsregelungen hinreichend legitimieren können. Das bestätigt etwa die Wertung des § 18 III 2 SE-BG, wonach der SE-Betriebsrat nur dann als Verhandlungspartner anzuerkennen ist, wenn dieser ggf. um Arbeitnehmervertreter aus anderen Unternehmen ergänzt wird.⁸³ Jener Legitimationszusammenhang würde durchbrochen werden, wenn der SE-Betriebsrat der Muttergesellschaft die Beteiligungsvereinbarung der Tochter-SE, einem rechtlich anderem Unternehmen, materiell oder prozessual regulieren könnte. Zudem könnten dabei u.U. sogar Arbeitnehmer anderer Tochtergesellschaften der Mutter-SE Einfluss auf die in Rede stehende Beteiligungsvereinbarung nehmen, obwohl diese von deren Geltungsbereich

⁷¹ Ähnlich Köklü, (Fn. 23), Rn. 110.

⁷² Köklü, (Fn. 23), Rn. 110.

⁷³ Oetker, (Fn. 8), S. 797 (812).

⁷⁴ Oetker, (Fn. 8), S. 797 (812).

⁷⁵ Vgl. Scheibe, (Fn. 30), S. 166.

⁷⁶ Oetker, (Fn. 8), S. 797 (812).

⁷⁷ Vgl. Oetker, (Fn. 8), S. 797 (812).

⁷⁸ A.A. Oetker, (Fn. 8), S. 797 (812) (stattdessen wird dort auf betroffene Töchter rekurriert).

⁷⁹ Freilich nur sofern die Voraussetzungen des § 22 I SE-BG vorliegen.

⁸⁰ Kienast, in: Jannott/Frodermann, (Fn. 32), Kap. 13 Rn. 207.

⁸¹ Oetker, (Fn. 8), S. 797 (813).

⁸² Ebenda.

⁸³ Ebenda.

überhaupt nicht erfasst werden, vgl. § 23 I 2 SE-BG.⁸⁴ Die Mutter-SE kann daher eine solche Vereinbarung für ihre Tochtergesellschaft in keiner Weise mitregeln.

VII. Fazit

Die Beteiligung von Arbeitnehmern ist auch bei der Sekundärgründung einer SE erforderlich. Das gesetzliche Verhandlungsverfahren zur Arbeitnehmerbeteiligung muss durchgeführt werden. Eine bloße Übertragung der Beteiligungsvereinbarung der Mutter-SE auf die Tochter-SE ist ebenso wenig möglich wie die Verhandlung mit einem anderen Partner als dem bVG. Das kann auch nicht dadurch geändert werden, dass in der Beteiligungsvereinbarung für die Mutter-SE ein abweichendes Verfahren vereinbart wird. Erst recht können darin keine materiellen Regeln für die Beteiligung von Arbeitnehmern in der Tochter-SE mitgeregelt werden.

⁸⁴ Ebenda.