

VERHANDLUNGEN ÜBER DIE MITBESTIMMUNG BEI ARBEITNEHMERLOSER HOLDING SE

KEINE PFLICHT ZUR NACHHOLUNG EINES BVG-VERFAHRENS

VON DR. JOHANNES OTTO UND DR. RAPHAEL HILSER

EUGH-URTEIL VOM 16.5.2024 – C-706/22

Art. 12 Abs. 2 SE-VO i.V.m. Art. 3–7 SE-Beteiligungsrichtlinie ist dahin gehend auszulegen, dass er, wenn eine Holding-SE, die von beteiligten Gesellschaften gegründet wird, die keine Arbeitnehmer beschäftigen und nicht über arbeitnehmerbeschäftigende Tochtergesellschaften verfügen, ohne vorherige Durchführung von Verhandlungen zur Beteiligung der Arbeitnehmer eingetragen wird, die spätere Aufnahme solcher Verhandlungen nicht deswegen vorschreibt, weil diese SE herrschendes Unternehmen von arbeitnehmerbeschäftigenden Tochtergesellschaften in einem oder mehreren Mitgliedstaaten geworden ist.

I. Einleitung

Die Europäische Gesellschaft (SE) stellt als transnationale Rechtsform mit zahlreichen Gestaltungsmöglichkeiten in der Governance gerade für mittlere und große Familienunternehmen eine interessante Rechtsform dar. Anders als bei der nationalen deutschen Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) steht etwa ein monistisches Führungssystem zur Verfügung, welches dem angloamerikanischen Board-System nachgebildet ist; auch bietet sich die Rechtsform für Familienunternehmen unter anderem als Zeichen ihrer internationalen Ausrichtung an.¹ Die nationalen Regelungen zur unternehmerischen Mitbestimmung sind auf die SE als transnationale Rechtsform nicht anwendbar, da die europäischen Regelungen insoweit über ein eigenes Mitbestimmungsregime verfügen, welches im Wesentlichen eine Verhandlungslösung vorsieht. Eine SE darf daher grundsätzlich erst in das Handelsregister eingetragen werden, wenn gemäß §§ 4 ff. SEBG mit Vertretern der Arbeitnehmer (Besonderes Verhandlungsgremium; BVG) über die Mitbestimmung in der SE verhandelt worden ist. Mitbestimmungsverhandlungen können nicht geführt werden, wenn – etwa im Fall von Vorratsgesellschaften – die an der Gründung einer SE beteiligten Gesellschaften keine Arbeitnehmer beschäftigen.² Insoweit stellt sich die Frage, ob ein Verhandlungsverfahren nachzuholen ist, sobald dies – etwa im Rahmen der wirtschaftlichen „Aktivierung“ einer Vorratsgesellschaft – aufgrund des Vorhandenseins von (zurechenbaren) Arbeitnehmern möglich wird. In Deutschland wurde bislang für die Notwendigkeit der Nachholung eines Betei-

ligungsverfahrens plädiert, wenn eine ohne Durchführung eines Verhandlungsverfahrens gegründete SE herrschendes Unternehmen von Tochtergesellschaften wird, die Arbeitnehmer innerhalb der EU beschäftigen. Als mögliche dogmatische Anknüpfungspunkte für eine solche in den europäischen Vorschriften nicht explizit enthaltene nachgelagerte Verhandlungspflicht wurde die analoge Anwendung der §§ 4–17 sowie der §§ 19 und 20 SEBG diskutiert. Der EuGH hatte nun auf Vorlage des Bundesarbeitsgerichts erstmals darüber zu entscheiden, ob Art. 12 Abs. 2 SE-VO i.V.m. Art. 3–7 SE-RL eine solche Verpflichtung zu nachträglichen Mitbestimmungsverhandlungen beinhaltet.

II. Sachverhalt

Der Sachverhalt betrifft eine im Jahr 2013 in England gegründete und eingetragene SE („H-SE“). Die durch eine britische Limited und eine deutsche GmbH gegründete H-SE hatte vor ihrer Eintragung kein Verhandlungsverfahren zur Beteiligung der Arbeitnehmer gemäß Art. 12 Abs. 2 SE-VO durchlaufen, da die beteiligten Gesellschaften weder Arbeitnehmer beschäftigten noch über Tochtergesellschaften mit Arbeitnehmern verfügten. Die H-SE wurde einen Tag nach ihrer Eintragung Alleingesellschafterin der drittelmitbestimmten deutschen GmbH („T-GmbH“) mit ca. 800 Arbeitnehmern. Die Tochtergesellschaften der T-GmbH beschäftigten innerhalb der EU zusätzlich rund 2.200 Arbeitnehmer. Im nächsten Schritt wurde die T-GmbH durch Formwechsel in eine Kommanditgesellschaft („T-SE & Co. KG“) umgewandelt, wodurch deren Mitbestimmungsstatus entfiel. Die SE wurde (alleinige) Kommanditistin der KG und Alleingesellschafterin der Komplementärin, einer ebenfalls arbeitnehmerlosen SE („T-SE“), und fungierte damit als herrschendes Unternehmen einer EU-weit tätigen Unternehmensgruppe.

Im Jahr 2017 wurde der Geschäftssitz der H-SE nach Deutschland verlegt, womit sie erstmals dem Anwendungsbereich des SEBG unterfiel. Daraufhin beantragte der Konzernbetriebsrat der T-SE & Co. KG beim Arbeitsgericht Hamburg die Einleitung eines Beteiligungsverfahrens gemäß §§ 4 ff. SEBG. Das Arbeitsgericht Hamburg sowie das Landesarbeitsgericht Hamburg wiesen den Antrag des Konzernbetriebsrats ab. Das

1 Zu den Vorzügen der SE als Rechtsform für Familienunternehmen: Wiedemann/Frohmayer, FuS 2014, 10, 12 ff.; zur monistischen Leitungsstruktur der SE: Wiedemann/Wanzl, FuS 2011, 51, 54 ff.

2 EuGH, Urt. v. 16.5.2024 – C-706/22, NZA 2024, 761 Rn. 40; BAG, Vorlagebeschl. v. 17.5.2022 – 1 ABR 37/20 (A), NZA 2023, 44 Rn. 27.

INHALT

- I. Einleitung
- II. Sachverhalt
- III. Die Entscheidung
- IV. Einordnung der Entscheidung

darauflin angerufene Bundesarbeitsgericht setzte das Verfahren aus und wollte vom EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV unter anderem beantwortet wissen, ob das Beteiligungsverfahren nachzuholen ist, wenn die ursprünglich arbeitnehmerlose SE herrschendes Unternehmen von arbeitnehmerbeschäftigenden Tochtergesellschaften in mehreren Mitgliedstaaten wird.

III. Die Entscheidung

Der EuGH erteilte einer nachgelagerten Verhandlungspflicht im vorliegenden Fall eine grundsätzliche Absage. Der europäische Gesetzgeber habe die Aufnahme einer Regelung für nachträgliche Mitbestimmungsverhandlungen zwar erwogen, habe darauf aber bewusst – im Interesse der Vorhersehbarkeit für Anteilseigner und Arbeitnehmer und zugunsten der Stabilität einer bereits gegründeten SE – verzichtet. Die in der SE-VO getroffenen Regelungen sieht der EuGH als Ausdruck eines politisch schwer erkämpften Kompromisses an, die daher nicht ohne Weiteres als lückenhaft qualifiziert werden können. Auch die explizit geregelten Ausnahmekonstellationen, in denen eine spätere Einleitung eines Beteiligungsverfahrens in Betracht kommt, seien vorliegend nicht einschlägig. Diese Ausnahmen scheint der EuGH – auch unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden Erwägungsgründe – damit als abschließende Sonderregelung zu verstehen. Gleiches gelte mit Blick auf die Erwägungsgründe zur SE-Richtlinie. Gleichwohl lässt der EuGH eine Hintertür offen: Eine Nachholpflicht kommt nach Ansicht des EuGH ausnahmsweise nach Art. 11 SE-RL (umgesetzt in § 43 SEBG) in (eng begrenzten) Missbrauchsfällen in Betracht. Die Annahme eines Missbrauchs verlangt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zum einen „eine Gesamtheit objektiver Umstände, aus denen sich ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der in der Unionsregelung vorgesehenen Bedingungen das Ziel dieser Regelung nicht erreicht wurde, und zum anderen ein subjektives Element, nämlich die Absicht, sich einen aus der Unionsregelung resultierenden Vorteil zu verschaffen, indem die Voraussetzungen für seine Erlangung künstlich geschaffen werden“.³ Eine nähere Konturierung der Voraussetzungen bleibt der EuGH schuldig.

IV. Einordnung der Entscheidung

Dem EuGH ist unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der SE-VO beizupflichten. Bereits der Wortlaut des Art. 12 Abs. 2 SE-VO macht deutlich, dass Mitbestimmungsverhandlungen im Vorfeld der SE-Gründung zu führen sind. Die Verpflichtung zu nachträglichen Verhandlungen stünde im Widerspruch zu dem das SE-Mitbestimmungsrecht prägenden Vorher-nachher-Prinzip, durch welches nur die im Zeitpunkt der Gründung der SE bestehenden Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer geschützt werden. Ausweislich der Erwägungsgründe 3 S. 1, 7 und 18 SE-RL dienen die Vorgaben der SE-Beteiligungsrichtlinie der Perpetuierung des mitbestimmungsrechtlichen Status quo. Hat weder in den Gründungsgesellschaften noch in der SE zuvor ein Mitbestimmungsregime bestanden, ist dieses vor diesem Hintergrund nicht nachträglich einzuführen. Die Voraussetzungen der Verhandlungspflicht gemäß § 18 Abs. 3 SEBG liegen nicht vor, da sie eine Wiederaufnahme von Verhandlungen verlangen und daher auf

das erstmalige Verhandeln nicht anwendbar sind. Dies hat auch das BAG in dem zugrunde liegenden Aussetzungs- und Vorlagebeschluss ausdrücklich festgestellt.⁴

Die Entscheidung des EuGH ist auf die Verwendung von Vorrats-SEs inhaltlich grundsätzlich übertragbar⁵ und damit für die Praxis hochinteressant. Soweit im Falle von Einbringungen arbeitnehmerreicher Gesellschaften in eine Vorrats-SE bisher in der Regel – jedenfalls vorsorglich – ein Beteiligungsverfahren durchzuführen war, ist dies nunmehr grundsätzlich nicht mehr erforderlich. Während Vorrats-SEs in der Praxis bisher vor allem zur Umwandlung einer GmbH & Co. KG in die Rechtsform einer SE & Co. KG im Wege eines Komplementärwechsels verwendet wurden, lässt die Entscheidung nunmehr auch an die Nutzung einer Vorrats-SE als Gruppen-Holding denken, welche bisher in der Regel im Rahmen der Umwandlung einer bestehenden Holding-GmbH, über die Rechtsform einer AG in die Rechtsform der SE unter Durchführung eines Beteiligungsverfahrens erfolgte. Wie der entschiedene Fall zeigt, ist es nunmehr zudem auch denkbar, eine bereits unternehmerisch mitbestimmte Struktur nachträglich durch eine Kombination aus Vorrats-Holding-SE und Formwechsel der früheren Holding GmbH in eine SE & Co. KG aus der Mitbestimmung zu führen.

Vorsicht ist jedoch weiterhin vor dem Hintergrund des wenig konturierten Missbrauchsbegriffs geboten; das Risiko ist hier im Einzelfall zu bewerten. Der EuGH und auch die deutsche Literatur siedelt die Hürden für einen Missbrauch i.S.d. § 43 SEBG hoch an. Auch wenn die Einzelheiten umstritten sind, dürfte insoweit als gesichert gelten, dass das bloße Gebrauchmachen von gesellschaftsrechtlich zulässigen Gestaltungsoptionen nicht rechtsmissbräuchlich ist.⁶ Die Verwendung einer SE als (Teil-)Konzernspitze stellt für sich genommen keine künstliche Gestaltung allein zur Erlangung eines ansonsten verwehrten Vorteils (konkret der Umgehung des deutschen Mitbestimmungsregimes) dar, da für eine solche viele weitere Vorteile der SE gegenüber den nationalen Gesellschaftsformen streiten. ♦

4 BAG, Aussetzungs- und Vorlagebeschluss v. 17.5.2022 – 1 ABR 37/20 (A), NZG 2023, 388 Rn. 24.

5 So auch Bochmann/Schirmmayer, GmbHR 2024, 729, 732 f.; Grau, FD-ArbR 2024, 811399; sowie Henssler/Diepenthal, ZIP 2024, 1524, 1525.

6 Werner, NZG 2022, 541, 543.



Dr. Johannes Otto ist Rechtsanwalt bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

Dr. Raphael Hilser ist Rechtsreferendar bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

KEYWORDS

SE-Beteiligungsrichtlinie • BVG-Verfahren • Holding-SE

3 EuGH, Urt. v. 16.5.2024 – C-706/22, NZA 2024, 761 Rn. 57 m.w.N.