



**Z A A R**

Zentrum für Arbeitsbeziehungen  
und Arbeitsrecht

---

## 5. ZAAR-Kongreß

# „Vereinbarte Mitbestimmung in der SE“

am

Freitag, 9. Mai 2008

im

Künstlerhaus München

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Vorwort</b>	2
<b>1. SE und Gestaltung der Mitbestimmung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht</b> <u>Professor Dr. Carsten Schäfer</u> Universität Mannheim, Institut für Unternehmensrecht (IURUM)	3
<b>2. Chancen und Risiken der Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung</b> <u>Dr. Markus Rehberg, LL.M. (Cambridge)</u> Ludwig-Maximilians-Universität München, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationale Unternehmensrecht	15
<b>3. SE-Mitbestimmungsvereinbarung: Verfahren, Fehlerquellen und Rechtsschutz</b> <u>Professor Dr. Volker Rieble</u> Ludwig-Maximilians-Universität München, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	17
<b>4. Sozialpartnerschaftliche Mitbestimmungsverhandlungen in der BASF SE</b> <u>Dr. Volkmar Oberklus</u> BASF SE, Leiter Labour Relations, Strukturveränderung <u>Thomas Peter</u> BASF SE, Betriebsrat	45

## Vereinbarte Mitbestimmung in der SE

Die Societas Europaea (SE) als erste (und nicht letzte) Europäische Gesellschaftsrechtsform ist attraktiv. Nicht nur, aber auch wegen seines flexiblen verhandlungsorientierten Mitbestimmungsmodells. Nicht nur Großunternehmen (Allianz, Porsche, BASF) sondern zunehmend auch Mittelständler nutzen die Gestaltungsmöglichkeiten. Das Wissen um die Praktikabilität der SE ist freilich nicht breit gestreut. Dem will unser Kongreß abhelfen – aus gesellschaftsrechtlicher, arbeitsrechtlicher, verhandlungstheoretischer und praktischer Sicht. Das Instrument Mitbestimmungsvereinbarung wird zudem ständig verbreitert: über die Europäische Genossenschaft über die künftige Europäische GmbH bis hin zur grenzüberschreitenden Verschmelzung. Dementsprechend ist die vereinbarte Mitbestimmung ein umfassendes Zukunftsmodell.

Professor Dr. Volker Rieble

Professor Dr. Abbo Junker

## SE und Gestaltung der Mitbestimmung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

Professor Dr. Carsten Schäfer  
Universität Mannheim,  
Institut für Unternehmensrecht (IURUM)

### A. Einführung

#### 1. Die SE als Rechtsform zur Gestaltung der Mitbestimmung

- Deutsche SE wird zum Erfolgsmodell (vgl. Allianz, BASF, Fresenius und Porsche); gut 44% aller gegründeten SE sind in Deutschland ansässig.<sup>1</sup>
- Wesentlich treibende Kraft ist dabei die Aussicht, zu einer einvernehmlichen Mitbestimmungslösung zu gelangen.
- Speziell für Mittelstand bietet die SE einen wirksamen Schutz vor paritätischer Mitbestimmung im Aufsichtsrat (Mitbestimmung auf Unternehmensebene); denn:
- Treffen die Parteien keine andere Vereinbarung, so bleibt der bei Gründung erreichte Stand grundsätzlich erhalten – sofern nicht ausnahmsweise eine Neuverhandlungspflicht eingreift.
- Dies gilt aufgrund der gesetzlichen Auffanglösung auch dann, wenn überhaupt kein Vertrag zur Mitbestimmung geschlossen wird („Vorher-Nachher-Prinzip).
- Neues Konkurrenzmodell für die SE durch die grenzüberschreitende Verschmelzung (§§ 122a ff. UmwG):
  - Auch hier kann der aktuelle Mitbestimmungsstandard eingefroren werden, und zwar selbst dann, wenn sie eine deutsche GmbH oder AG als *aufnehmende* Gesellschaft beteiligt;
  - es braucht nicht verhandelt zu werden, wenn die beteiligten Gesellschaften nicht mitbestimmt sind (§ 5 MgVG) *oder* die Parteien sich von vornherein auf die Auffangregelung verständigen möchten (§ 23 Abs. 1 Nr. 3 MgVG).
  - Die Auffangregelung greift erst dann, wenn mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer mitbestimmt waren (§ 23 Abs. 1 S. 2 MgVG) – bei der SE beträgt das entsprechende Mindestquorum 25%.

---

<sup>1</sup> S. den rechtstatsächlichen Befund bei *J. Schmidt* (Fn. 1), S. 56.

## 2. Einführungsbeispiel: Die Gründung der F. Porsche Holding SE

- Pressemitteilung der Porsche AG vom 24.10.2007:  
*„Die Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG, Stuttgart, begrüßt die Entscheidung des Arbeitsgerichts Stuttgart ... die vom VW-Konzernbetriebsrat beantragte Einstweilige Verfügung abzuweisen, und sieht sich in seiner Rechtsauffassung bestärkt, wonach die zwischen dem Vorstand der Porsche AG und dem Besonderen Verhandlungsgremium (BVG) abgeschlossene Mitbestimmungsvereinbarung für die künftige Porsche Automobil Holding SE korrekt zustande gekommen ist. Bei einer Beteiligungshöhe von knapp über 30 Prozent an der Volkswagen AG gab es keine rechtliche Grundlage, die Arbeitnehmer von Volkswagen an diesem Vorgang zu beteiligen. Eine Beteiligung der Arbeitnehmer von Volkswagen an den Verhandlungen hätte daher die Rechte der Arbeitnehmer von Porsche verletzt. Diese Auffassung bestätigen auch juristische Gutachten renommierter Gesellschaftsrechtler.“*
- Porsche kein herrschendes Unternehmen iSv. § 2 Abs. 3 SEBG iVm. § 6 Abs. 2 EBRG.
- Das am 10. Mai 2007 gebildete BVG besteht aus insgesamt 17 Delegierten, die allein aus dem Porsche-Konzern und dessen Gesellschaften in den EU-Mitgliedstaaten stammen.
- Der spätere Erwerb der VW-Mehrheit löst keine erneute Verhandlungspflicht in Bezug auf die Mitbestimmung aus (§ 18 Abs. 3 SEBG) – str. (s.u.).
- SE ist als solche nicht mitbestimmt, weshalb auch die Konzernzurechnung nach § 5 MitbestG nicht in Betracht kommt – str. (s.u.).
- Porsche-AR ist auf 12 Mitglieder verkleinert; vorgesehen ist, daß die etwa 12.500 Porsche-Beschäftigten im Aufsichtsrat gleich stark vertreten sein werden wie die rund 360.000 Beschäftigten im VW-Konzern.

## B. Steuerung der Mitbestimmung durch gesellschaftsrechtliche Gestaltung

### 1. Einführung

- *Ausgangspunkt:* Die SE ist keine originär mitbestimmte Rechtsform; späteres Wachstum führt deshalb grundsätzlich *nicht* zu Anpassung der Mitbestimmungsregeln.
- Drei Bausteine runden dieses „Vorher-Nachher-Prinzip“ ab:
  - Möglichkeit, eine mitbestimmungsfreie Vorrats-SE zu gründen;
  - Durchbrechung des Prinzips der originären Mitbestimmungsfreiheit nur bei bestimmten Strukturänderungen auf SE-Ebene;
  - Unanwendbarkeit der Konzernzurechnungsregel des § 5 MitbestG.

## 2. Gründung einer mitbestimmungsfreien SE; insbes. Vorrats-SE

*These 1:* Eine mitbestimmungsfreie SE kann wirksam gegründet werden, sofern weder die beteiligten Gesellschaften noch die SE über insgesamt mehr als 10 Arbeitnehmer verfügen.

Auch wenn die Gründungsgesellschaften über mehr als 10 Arbeitnehmer verfügen, braucht ein Beteiligungsverfahren nicht durchgeführt zu werden, sofern es sich um eine Vorratsgesellschaft handelt.

Für sie ist analog § 18 Abs. 3 SEBG ein Beteiligungsverfahren erst dann durchzuführen, wenn sie *wirtschaftlich* gegründet, also mit einem Unternehmen ausgestattet wird.

Zur Durchsetzung der Verhandlungslösung ist das Statusverfahren analog §§ 97 AktG eröffnet.

Späteres organisches Wachstum führt zur dauerhaften Mitbestimmungsfreiheit, sofern es erst ein Jahr (vgl. § 43 S. 2 SEBG) nach der wirtschaftlichen Neugründung einsetzt.

## 3. Neuverhandlungspflicht bei strukturellen Änderungen auf SE-Ebene (§ 18 Abs. 3 SE-VO)

- SE-RL – 18. Erwägungsgrund: Der „fundamentale“ Grundsatz einer Sicherung erworbener Mitbestimmungsrechte gilt *„auch für strukturelle Veränderungen einer bereits gegründeten SE und für die von den strukturellen Änderungsprozessen betroffenen Gesellschaften“*.
- Text des § 18 Abs. 3 SEBG (s.a. Anh.): *„Sind strukturelle Änderungen geplant, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, finden auf Veranlassung der Leitung der SE oder SE-Betriebsrats Verhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer der SE statt.“*

*These 2:* § 18 Abs. 3 SEBG findet nur auf Vorgänge mit korporativem Charakter Anwendung, jedenfalls nicht auf die (bloße) Erhöhung der Arbeitnehmerzahl durch organisches Wachstum (arg. § 25 SEBG).

Dem entspricht es am Besten, auch den Erwerb von Unternehmen aus dem Anwendungsbereich herauszunehmen.

Zweifellos erfaßt ist aber jedenfalls die Verschmelzung einer mitbestimmten Gesellschaft auf eine mitbestimmungsfreie SE, und erfaßt sind auch sonstige Umwandlungsvorgänge, insbes. Spaltungsvorgänge, aber auch Änderungen der Organisationsverfassung der SE.

## 4. Keine Konzernzurechnung nach § 5 MitbestG bei der konzernleitenden SE

- § 5 MitbestG rechnet Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschen-

den Unternehmen grundsätzlich zu, so daß auch im nicht untypischen Falle einer Holding die Mitbestimmung den Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft ergreift;

- die Teilkonzernregelung in § 5 Abs. 3 SEBG erweitert diese Regel auf ein abhängiges Unternehmen, das seinerseits ein Unternehmen beherrscht, sofern seine Mutter für das deutsche Mitbestimmungsrecht unerreichbar ist.

*These 3:* Die Anwendung des MitbestG kommt auch bei einer mitbestimmungsfreien SE als Konzernspitze nicht in Frage, und zwar auch nicht gem. § 5 Abs. 3 MitbestG auf den nachgelagerten Teilkonzern.

Das SEBG enthält bewußt keine allgemeine Konzernregelung, und es liegt – wegen des eigenen Mitbestimmungsregimes für die SE – auch keine Mitbestimmungslücke i.S.v. § 5 Abs. 3 MitbestG vor.

Die Zementierung des mitbestimmungsrechtlichen *status quo ante* setzt sich also auch auf Konzernebene durch.

### 5. Fazit: Empfehlenswerte gesellschaftsrechtliche Strategien

- Gründung einer SE stellt sinnvolle Strategie für all' diejenigen Gesellschaften dar, die noch nicht aktuell der paritätischen Mitbestimmung unterliegen.
- Das gilt in ganz besonderem Maße für organisch wachsende Unternehmen, die auf diese Weise ein- für allemal der paritätische Mitbestimmung entsagen können.
- Es gilt aber auch für Unternehmen, die ihr Wachstum – siehe Porsche – durch Hinzuerwerb anderer Unternehmen realisieren wollen, und zwar selbst dann, wenn diese bereits mitbestimmt sind.
- Wie das Porsche-Beispiel zeigt, sind die Arbeitnehmer des Zielunternehmens nicht zu beteiligen, solange kein Abhängigkeitsverhältnis besteht.
- Die SE eignet sich ganz allgemein – und weit besser noch als eine ausländische Gesellschaft – für eine Holding-Struktur mit der SE als Konzernspitze. Denn in diesem Falle findet das deutsche Mitbestimmungsrecht auch auf die nachgelagerte Konzernstufe keine Anwendung; da es an einer Mitbestimmungslücke iSd. § 5 Abs. 3 MitbestG fehlt.
- Demgegenüber schützt die Gründung einer Vorrats-SE nicht in jedem Falle vor einer Mitbestimmungsregelung; dies nämlich dann nicht, wenn die SE im Zuge der wirtschaftlichen Neugründung innerhalb eines Jahres 10 oder mehr Arbeitnehmer einstellt.
- Übernimmt die Vorrats-SE allerdings die Rolle einer Holding und kann deshalb auf Arbeitnehmer weitgehend verzichten, bleiben SE und der Konzern als solcher selbst dann dauerhaft mitbestimmungsfrei, wenn die erworbenen Gesellschaften mit-

bestimmt sind (Restrisiko wg. § 43 S. 2 SEBG).

- Problematischer Fall: Nicht mitbestimmte SE erwirbt zwei mitbestimmte Aktiengesellschaften im Wege des Anteilstauschs; Anwendung der Holding-Gründungsvorschriften?

## C. Gestaltung der Mitbestimmung durch die Mitbestimmungsvereinbarung

### 1. Einführung

Typische Regelungen in Mitbestimmungsvereinbarung:

- die Zusammensetzung des Aufsichtsrats (paritätische Besetzung; Zahl der Mitglieder [12]) und die Arbeitnehmervertreter im ersten Aufsichtsrat
- die Sitzverteilung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auf die einzelnen Gesellschaften und das Bestellungsverfahren
- Abberufung der Arbeitnehmervertreter (vgl. auch § 37 SEBG) und Anfechtbarkeit der Wahl
- den stv. AR-Vorsitzenden (Vorschlagsrecht der ArbN-Vertreter für einen Stv.)
- den Arbeitsdirektor (Zustimmungsrecht des AR für die Benennung des für „Arbeits- und Soziales“ zuständigen Vorstandsmitglieds)
- Empfehlungen für die Besetzung von AR-Ausschüssen („grundsätzlich paritätisch“)
- Rechte und Pflichten der ArbN-Vertreter (Verweis auf allgemeine Pflichten; Freistellung)
- Kosten der Sitzungsvorbereitung und zur Verdolmetschung

Nicht umgesetzt: Dynamisierung der Mitbestimmungsrechte durch Definition der Strukturänderung (vgl. § 21 Abs. 4 SEBG).

### 2. Zum Verhältnis zwischen Mitbestimmungsautonomie und Organisationsverfassung der SE

#### a) Inhalt der Vereinbarung und Satzungsautonomie im Allgemeinen

*These 4:* Die Mitbestimmungsvereinbarung verdrängt keine *entgegenstehenden* Satzungsvereinbarungen; es bedarf vielmehr ggf. der Satzungsänderung, für die ein HV-Beschluß erforderlich ist.



*These 5:* Die Satzungsautonomie ist notwendige Voraussetzung für die Mitbestimmungsautonomie; die Vereinbarung zur Unternehmensmitbestimmung darf also nur Regelungen enthalten, die auch in der Satzung geregelt werden könnten.

Außerdem müssen sie einen Bezug zur Mitbestimmung aufweisen, also zu dem Recht der Arbeitnehmer, einen Teil der Aufsichtsratsmitglieder zu bestimmen.

### *b) Keine Kompetenz für Regeln zur Ausschlußbildung und über Zustimmungsvorbehalte*

*These 6:* Die Vereinbarung kann keine Regeln zur Bildung von Ausschüssen sowie zur Wahl von Funktionsträgern schließen (Organisationshoheit des AR!); Entsprechendes gilt für die Implementierung von Zustimmungsvorbehalten und für die Wahl von Funktionsträgern.

### *c) Insbesondere die Größe des Aufsichtsrats*

*These 7:* Die Größe des AR kann nicht mit bindender Wirkung vom BVG festgesetzt werden.

### *d) Bindung des Vorstands an die offen gelegte Mitbestimmungsvereinbarung?*

*These 8:* Die Verhandlungskompetenz obliegt der Unternehmensleitung, die damit aber im materiellen Sinne ein Mandat der Hauptversammlung wahrnimmt (s. *Th. 4, 5*).

Ein zwingender Zustimmungsvorbehalt *praeter legem* ist nicht anzuerkennen.

Diskussionswürdig erscheint aber eine Bindung der Verwaltung an das offen gelegte Konzept der künftigen Mitbestimmung im Aufsichtsrat *oder* die Möglichkeit, den Zustimmungsbeschluß unter den Vorbehalt zu stellen, daß die Mitbestimmungsvereinbarung bestimmte Eckpunkte enthält.

## Anhang: Normtexte

### SEBG

#### § 15 Beschlussfassung im besonderen Verhandlungsgremium

(1) <sup>1</sup>Die Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums, die in einem Mitgliedstaat gewählt oder bestellt werden, vertreten alle in dem jeweiligen Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer. <sup>2</sup>Solange aus einem Mitgliedstaat keine Mitglieder in das besondere Verhandlungsgremium gewählt oder bestellt sind (§ 11 Abs. 2), gelten die betroffenen Arbeitnehmer als nicht vertreten.

(2) <sup>1</sup>Das besondere Verhandlungsgremium beschließt vorbehaltlich des Absatzes 3 und § 16 Abs. 1 mit der Mehrheit seiner Mitglieder, in der zugleich die Mehrheit der vertretenen Arbeitnehmer enthalten sein muss. <sup>2</sup>Jedes auf das Inland entfallende Mitglied vertritt gleich viele Arbeitnehmer.

(3) <sup>1</sup>Hätten die Verhandlungen eine Minderung der Mitbestimmungsrechte zur Folge, so ist für einen Beschluss zur Billigung einer solchen Vereinbarung eine Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums erforderlich, die mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten. <sup>2</sup>Dies gilt

- 1. im Fall einer SE, die durch Verschmelzung gegründet werden soll, sofern sich die Mitbestimmung auf mindestens 25 Prozent der Gesamtzahl der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften und der betroffenen Tochtergesellschaften erstreckt oder
- 2. im Fall einer SE, die als Holding-Gesellschaft oder als Tochtergesellschaft gegründet werden soll, sofern sich die Mitbestimmung auf mindestens 50 Prozent der Gesamtzahl der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften und der betroffenen Tochtergesellschaften erstreckt.

(4) Minderung der Mitbestimmungsrechte bedeutet, dass

- 1. der Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE geringer ist als der höchste in den beteiligten Gesellschaften bestehende Anteil oder
- 2. das Recht, Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu wählen, zu bestellen, zu empfehlen oder abzulehnen, beseitigt oder eingeschränkt wird.

(5) Wird eine SE durch Umwandlung gegründet, kann ein Beschluss nach Absatz 3 nicht gefasst werden.

#### § 18 Wiederaufnahme der Verhandlungen

(1) <sup>1</sup>Frühestens zwei Jahre nach dem Beschluss nach § 16 Abs. 1 wird auf schriftlichen Antrag von mindestens 10 Prozent der Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe oder von deren Vertretern ein besonderes Verhandlungsgremium erneut gebildet, mit der Maßgabe, dass an die Stelle der beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betriebe die SE, ihre Tochtergesellschaften und Betriebe treten. <sup>2</sup>Die Parteien können eine frühere Wiederaufnahme der Verhandlungen vereinbaren.

(2) Wenn das besondere Verhandlungsgremium die Wiederaufnahme der Verhandlungen mit der Leitung der SE nach Absatz 1 beschließt, in diesen Verhandlungen jedoch keine Einigung erzielt wird, finden die §§ 22 bis 33 über den SE-Betriebsrat kraft Gesetzes und die §§ 34 bis 38 über die Mitbestimmung kraft Gesetzes keine Anwendung.

(3) <sup>1</sup>Sind strukturelle Änderungen der SE geplant, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, finden auf Veranlassung der Leitung der SE oder des SE-Betriebsrats Verhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer der SE statt. <sup>2</sup>Anstelle des neu zu bildenden besonderen Verhandlungsgremiums können die Verhandlungen mit der Leitung der SE einvernehmlich von dem SE-Betriebsrat gemeinsam mit Vertretern der von der geplanten strukturellen Änderung betroffenen Arbeitnehmer, die bisher nicht von dem SE-Betriebsrat vertreten werden, geführt werden. <sup>3</sup>Wird in diesen Verhandlungen keine Einigung erzielt, sind die §§ 22 bis 33 über den SE-Betriebsrat kraft Gesetzes und die §§ 34 bis 38 über die Mitbestimmung kraft Gesetzes anzuwenden.

(4) In den Fällen der Absätze 1 und 3 gelten die Vorschriften des Teils 2 mit der Maßgabe, dass an die Stelle der Leitungen die Leitung der SE tritt.

### § 21 Inhalt der Vereinbarung

(1) In der schriftlichen Vereinbarung zwischen den Leitungen und dem besonderen Verhandlungsgremium wird, unbeschadet der Autonomie der Parteien im Übrigen und vorbehaltlich des Absatzes 6, festgelegt:

- 1. der Geltungsbereich der Vereinbarung, einschließlich der außerhalb des Hoheitsgebietes der Mitgliedstaaten liegenden Unternehmen und Betriebe, sofern diese in den Geltungsbereich einbezogen werden;
- 2. die Zusammensetzung des SE-Betriebsrats, die Anzahl seiner Mitglieder und die Sitzverteilung, einschließlich der Auswirkungen wesentlicher Änderungen der Zahl der in der SE beschäftigten Arbeitnehmer;
- 3. die Befugnisse und das Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung des SE-Betriebsrats;
- 4. die Häufigkeit der Sitzungen des SE-Betriebsrats;
- 5. die für den SE-Betriebsrat bereitzustellenden finanziellen und materiellen Mittel;
- 6. der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vereinbarung und ihre Laufzeit; ferner die Fälle, in denen die Vereinbarung neu ausgehandelt werden soll und das dabei anzuwendende Verfahren.

(2) <sup>1</sup>Wenn kein SE-Betriebsrat gebildet wird, haben die Parteien die Durchführungsmodalitäten des Verfahrens oder der Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung festzulegen. <sup>2</sup>Absatz 1 gilt entsprechend.

(3) <sup>1</sup>Für den Fall, dass die Parteien eine Vereinbarung über die Mitbestimmung treffen, ist deren Inhalt festzulegen. <sup>2</sup>Insbesondere soll Folgendes vereinbart werden:

- 1. die Zahl der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der SE, welche die Arbeitnehmer wählen oder bestellen können oder deren Bestellung sie empfehlen oder ablehnen können;
- 2. das Verfahren, nach dem die Arbeitnehmer diese Mitglieder wählen oder bestellen oder deren Bestellung empfehlen oder ablehnen können und
- 3. die Rechte dieser Mitglieder.

(4) <sup>1</sup>In der Vereinbarung soll festgelegt werden, dass auch vor strukturellen Änderungen der SE Verhandlungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE aufgenommen werden. <sup>2</sup>Die Parteien können das dabei anzuwendende Verfahren regeln.

(5) Die Vereinbarung kann bestimmen, dass die Regelungen der §§ 22 bis 33 über den SE-Betriebsrat kraft Gesetzes und der §§ 34 bis 38 über die Mitbestimmung kraft Gesetzes ganz oder in Teilen gelten.

(6) <sup>1</sup>Unbeschadet des Verhältnisses dieses Gesetzes zu anderen Regelungen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen muss in der Vereinbarung im Fall einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll. <sup>2</sup>Dies gilt auch bei einem Wechsel der Gesellschaft von einer dualistischen zu einer monistischen Organisationsstruktur und umgekehrt.

## § 34 Besondere Voraussetzungen

(1) Liegen die Voraussetzungen des § 22 vor, finden die Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer kraft Gesetzes nach den §§ 35 bis 38 Anwendung

- 1. im Fall einer durch Umwandlung gegründeten SE, wenn in der Gesellschaft vor der Umwandlung Bestimmungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan galten;
- 2. im Fall einer durch Verschmelzung gegründeten SE, wenn
  - a) vor der Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden und sich auf mindestens 25 Prozent der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstreckten oder
  - b) vor der Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden und sich auf weniger als 25 Prozent der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstreckten und das besondere Verhandlungsgremium einen entsprechenden Beschluss fasst;
- 3. im Fall einer durch Errichtung einer Holding-Gesellschaft oder einer Tochtergesellschaft gegründeten SE, wenn
  - a) vor der Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden und sich auf mindestens 50 Prozent der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstreckten oder
  - b) vor der Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden und sich auf weniger als 50 Prozent der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstreckten und das besondere Verhandlungsgremium einen entsprechenden Beschluss fasst.

(2) <sup>1</sup>Bestanden in den Fällen von Absatz 1 Nr. 2 und 3 mehr als eine Form der Mitbestimmung im Sinne des § 2 Abs. 12 in den verschiedenen beteiligten Gesellschaften, so entscheidet das besondere Verhandlungsgremium, welche von ihnen in der SE eingeführt wird. <sup>2</sup>Wenn das besondere Verhandlungsgremium keinen solchen Beschluss fasst und eine inländische Gesellschaft, deren Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte zustehen, an der Gründung der SE beteiligt ist, ist die Mitbestimmung nach § 2 Abs. 12 Nr. 1 maßgeblich. <sup>3</sup>Ist keine inländische Gesellschaft, deren Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte zustehen, beteiligt, findet die Form der Mitbestimmung nach § 2 Abs. 12 Anwendung, die sich auf die höchste Zahl der in den beteiligten Gesellschaften beschäftigten Arbeitnehmer erstreckt.

(3) Das besondere Verhandlungsgremium unterrichtet die Leitungen über die Beschlüsse, die es nach Absatz 1 Nr. 2 Buchstabe b und Nr. 3 Buchstabe b und Absatz 2 Satz 1 gefasst hat.

## SEAG

### § 17 Zahl der Mitglieder und Zusammensetzung des Aufsichtsorgans

(1) <sup>1</sup>Das Aufsichtsorgan besteht aus drei Mitgliedern. <sup>2</sup>Die Satzung kann eine bestimmte höhere Zahl festsetzen. <sup>3</sup>Die Zahl muss durch drei teilbar sein. <sup>4</sup>Die Höchstzahl beträgt bei Gesellschaften mit einem Grundkapital

## SE und Gestaltung der Mitbestimmung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

Professor Dr. Carsten Schäfer

bis zu	•1 500 000 Euro	neun,
von mehr als	•1 500 000 Euro	fünfzehn,
von mehr als	10 000 000 Euro	einundzwanzig.

(2) Die Beteiligung der Arbeitnehmer nach dem SE-Beteiligungsgesetz bleibt unberührt.

(3) <sup>1</sup>Für Verfahren entsprechend den §§ 98, 99 oder 104 des Aktiengesetzes ist auch der SE-Betriebsrat antragsberechtigt. <sup>2</sup>Für Klagen entsprechend § 250 des Aktiengesetzes ist auch der SE-Betriebsrat parteifähig; § 252 des Aktiengesetzes gilt entsprechend.

(4) <sup>1</sup>§ 251 des Aktiengesetzes findet mit der Maßgabe Anwendung, dass das gesetzeswidrige Zustandekommen von Wahlvorschlägen für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsorgan nur nach den Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Besetzung der ihnen zugewiesenen Sitze geltend gemacht werden kann. <sup>2</sup>Für die Arbeitnehmervertreter aus dem Inland gilt § 37 Abs. 2 des SE-Beteiligungsgesetzes.

### MitbestimmungsG

#### § 5 Konzern

(1) <sup>1</sup>Ist ein in § 1 Abs. 1 Nr. 1 bezeichnetes Unternehmen herrschendes Unternehmen eines Konzerns (§ 18 Abs. 1 des Aktiengesetzes), so gelten für die Anwendung dieses Gesetzes auf das herrschende Unternehmen die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens. <sup>2</sup>Dies gilt auch für die Arbeitnehmer eines in § 1 Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Unternehmens, das persönlich haftender Gesellschafter eines abhängigen Unternehmens (§ 18 Abs. 1 des Aktiengesetzes) in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft ist.

(2) <sup>1</sup>Ist eine Kommanditgesellschaft, bei der für die Anwendung dieses Gesetzes auf den persönlich haftenden Gesellschafter die Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft nach § 4 Abs. 1 als Arbeitnehmer des persönlich haftenden Gesellschafters gelten, herrschendes Unternehmen eines Konzerns (§ 18 Abs. 1 des Aktiengesetzes), so gelten für die Anwendung dieses Gesetzes auf den persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen als Arbeitnehmer des persönlich haftenden Gesellschafters. <sup>2</sup>Absatz 1 Satz 2 sowie § 4 Abs. 2 sind entsprechend anzuwenden.

(3) Stehen in einem Konzern die Konzernunternehmen unter der einheitlichen Leitung eines anderen als eines in Absatz 1 oder 2 bezeichneten Unternehmens, beherrscht aber die Konzernleitung über ein in Absatz 1 oder 2 bezeichnetes Unternehmen oder über mehrere solcher Unternehmen andere Konzernunternehmen, so gelten die in Absatz 1 oder 2 bezeichneten und der Konzernleitung am nächsten stehenden Unternehmen, über die die Konzernleitung andere Konzernunternehmen beherrscht, für die Anwendung dieses Gesetzes als herrschende Unternehmen.

### SE-VO

#### Artikel 12 [Eintragung ins Register]

(1) Jede SE wird gemäß Artikel 3 der Ersten Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten<sup>1</sup>, im Sitzstaat in ein nach dem Recht dieses Staates bestimmtes Register eingetragen.

(2) Eine SE kann erst eingetragen werden, wenn eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer gemäß Artikel 4 der Richtlinie 2001/86/EG geschlossen worden ist, ein Beschluss nach Artikel 3 Absatz 6 der genannten Richtlinie gefasst worden ist oder die Verhandlungsfrist nach Artikel 5 der genannten Richtlinie abgelaufen ist, ohne dass eine Vereinbarung zustande gekommen ist.

(3) Voraussetzung dafür, dass eine SE in einem Mitgliedstaat, der von der in Artikel 7 Absatz 3 der Richt-

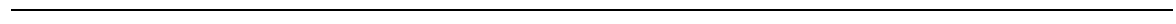
linie 2001/86/EG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, registriert werden kann, ist, dass eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 4 der genannten Richtlinie über die Modalitäten der Beteiligung der Arbeitnehmer – einschließlich der Mitbestimmung – geschlossen wurde oder dass für keine der teilnehmenden Gesellschaften vor der Registrierung der SE Mitbestimmungsvorschriften galten.

(4) <sup>1</sup>Die Satzung der SE darf zu keinem Zeitpunkt im Widerspruch zu der ausgehandelten Vereinbarung stehen. <sup>2</sup>Steht eine neue gemäß der Richtlinie 2001/86/EG geschlossene Vereinbarung im Widerspruch zur geltenden Satzung, ist diese – soweit erforderlich – zu ändern.

In diesem Fall kann ein Mitgliedstaat vorsehen, dass das Leitungs- oder das Verwaltungsorgan der SE befugt ist, die Satzungsänderung ohne weiteren Beschluss der Hauptversammlung vorzunehmen.

---

<sup>1</sup> [Amtl. Anm.:] ABl. L 65 vom 14. 3. 1968, S. 8. Zuletzt geändert durch die Beitrittsakte von 1994.



## Chancen und Risiken der Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung

Dr. Markus Rehberg, LL.M. (Cambridge)

Ludwig-Maximilians-Universität München,  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales  
Unternehmensrecht

1. Verhandlungen ermöglichen unter geeigneten Voraussetzungen (näher dazu Thesen 2 und 3) individuell wie volkswirtschaftlich günstigere Ergebnisse als bei der einseitigen Festlegung eines Mitbestimmungsregimes durch den Staat.
2. Verhandlungen sind um so vorteilhafter, je eher die Parteien konstruktiv und rational agieren, d.h. insbesondere Interessen statt Positionen verfechten und sich auch auf Wertschöpfung und nicht nur auf Verteilungsfragen konzentrieren.
3. Der Staat sollte dafür sorgen, daß die Interessen Dritter nicht beeinträchtigt werden, sich die Verhandlungen auf einen möglichst breiten Bereich verbindlicher Zugeständnisse erstrecken können, die Rechte der Beteiligten einschließlich der Auffanglösung klar definiert und die Verfahrenskosten gering sind.
4. Die in Art. 7 SE-RL vorgegebene Auffanglösung ist ein wichtiger, aber nicht der einzige Faktor für die Nichteinigungsalternativen der Verhandlungsparteien. Sie beeinflußt zwar die Verteilung eines möglichen Kooperationsgewinns und steht der Vereinbarung optimaler Mitbestimmungsregimes bisweilen erschwerend entgegen, macht kreativ-individuelle Lösungen aber keineswegs unmöglich.
5. Soweit die Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung die Einflußnahme der Arbeitnehmer auf die Beschlußfassung innerhalb der SE regelt, profitiert sie vom Anwendungsvorrang der europäischen SE-Richtlinie gegenüber abweichendem nationalen Recht. Sie unterliegt dann allein den sich nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ergebenden primär- wie sekundärrechtlichen Grenzen des Europarechts, sofern dieses nicht selbst den Mitgliedstaaten Einschränkungen zubilligt.
6. Der auf die nationalen Bestimmungen zur Satzungsstrenge verweisende Art. 9 Abs. 1 c) iii) SE-VO eröffnet den Mitgliedstaaten keine Handhabe, den Verhandlungsspielraum für die Beteiligungsvereinbarung einzuschränken.



7. Es steht den Parteien frei, in ihre Vereinbarung auch Aspekte jenseits der Einflußnahme der Arbeitnehmer auf die Beschlußfassung innerhalb der SE aufzunehmen, sofern sie dabei die jeweils anwendbaren nationalen Rechte beachten.
8. In rechtspolitischer Hinsicht sollten langfristig sämtliche gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsalternativen (SE-Gründung, grenzüberschreitende Verschmelzung, Wahl einer Auslandsgesellschaft etc.) mit Blick auf Verhandlungsoption und Auffanglösung möglichst einheitlich geregelt werden.
9. Auch auf nationaler Ebene sollte die Vereinbarung alternativer Mitbestimmungsregimes erlaubt und dies etwa durch eine aufgelockerte aktienrechtliche Satzungsstrenge gefördert werden.

## SE-Mitbestimmungsvereinbarung: Verfahren, Fehlerquellen und Rechtsschutz

Professor Dr. Volker Rieble

Ludwig-Maximilians-Universität München,  
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

- I. Mitbestimmungs-Vereinbarungslösung
  1. Beschränkte Vereinbarungsmacht im deutschen System
  2. Die Europäische Mitbestimmungsvereinbarungslösung
- II. Rechtsnatur: Betriebsverfassungsrechtliche normative Mitbestimmungsstrukturvereinbarung
- III. Das Vereinbarungsverfahren
  1. Parteien
    - a. „Unternehmensleitungen“
    - b. Besonderes Verhandlungsgremium
  2. BVG-Konstituierungsphase
    - a. Aufforderung und Information
      - [1] Maßgeblicher Zeitpunkt
      - [2] Adressaten
      - [3] Fehlerquellen: Konzernbegriff und Arbeitnehmerbegriff
      - [4] Sonderproblem: Arbeitnehmerlose SE
    - b. Besetzung
    - c. Fehler und Heilung
- IV. Verhandlungsphase und Vertragsschluß
  1. Verhandlungsfreiheit
  2. Nichteinigung bis Fristende
  3. Rechtzeitiger und wirksamer Vertragsschluß
    - a. Formalien
    - b. Irrtum und Anfechtung?
    - c. Regelungsgegenstand
    - d. Zweckmäßighkeitsfragen
  4. Grenzen der Vereinbarungsmacht und Inhaltskontrolle
- V. Nachlaufphase
- VI. Auffanglösung: Probleme in der Unternehmensmitbestimmung
  1. Maßgeblicher Zeitpunkt
  2. Praktizierte Mitbestimmung oder nachträgliches Statusverfahren?
- VII. Ausblick

## I. Mitbestimmungs-Vereinbarungslösung

### 1. Beschränkte Vereinbarungsmacht im deutschen System

Das deutsche Mitbestimmungssystem in Betrieb und Unternehmen zielt auf gesetzliche durchgeregelter Arbeitnehmervertretungen. Das ist kompliziert und schematisch und steht seit längerer Zeit in der Kritik.

Mitbestimmungsvereinbarungen gibt es nur in der Betriebsverfassung. Die Betriebsverfassungsorganisation kann durch Strukturtarifverträge nach § 3 BetrVG grundlegend modifiziert werden, ausnahmsweise auch durch Betriebsvereinbarung. Daneben sieht das BetrVG eine Reihe punktueller Vereinbarungsbefugnisse vor, etwa zur Mitgliederzahl des Gesamtbetriebsrats oder zur Ersetzung der Einigungsstelle durch eine tarifliche Schlichtungsstelle. Materiell können Mitbestimmungsrechte erweitert oder geschaffen werden.

Die Unternehmensmitbestimmung dagegen ist Vereinbarungslösungen bislang nicht geöffnet. Gesellschaftsrechtlich hindert die Satzungsstrenge Modifikationen der Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft; arbeitsrechtlich fehlt es an einem kompetenten Verhandlungspartner auf Arbeitnehmerseite: Die Unternehmensverfassung ist nach hM tarifvertraglich nicht regelbar, weil dem Tarifvertrag nur der Zugriff auf die Betriebsverfassung eröffnet ist. Die Belegschaft als solche ist in der Unternehmensmitbestimmung nicht handlungsfähig. Die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat ist unselbständig; der Betriebsrat kann keine Vereinbarung über die Unternehmensmitbestimmung treffen. Die Praxis behilft sich mitunter mit schuldrechtlichen Stimmbindungsverträgen, die den Arbeitnehmern mitbestimmungserweiternd Anteilseignersitze verschaffen können.

Die Gestaltungsmöglichkeiten im deutschen System sind gering: Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen ist eine zwingende Mindestarbeitsbedingung, die „nach unten“ nicht dispositiv ist. Welche Grenzen der Mitbestimmungsmodifikation „nach oben“ gezogen sind, ist nicht abschließend geklärt. Dabei geht es insbesondere um die Parität als Grenze, die das Unternehmen von einem bestimmenden Einfluß der Arbeitnehmerseite bewahrt.

### 2. Die Europäische Mitbestimmungsvereinbarungslösung

Das Europäische Mitbestimmungsmodell der Vereinbarungslösung wurde für die transnationale Betriebsverfassung durch den Europäischen Betriebsrat entwickelt. Jenes Modell – weitgehende Vereinbarungsfreiheit und gesetzliche Auffanglösung – war Vorbild für die Mitbestimmung in der SE. Der SE-Betriebsrat ist auch nur eine Sonderform des EBR. In Ansehung der betrieblichen Mitbestimmung bietet die Vereinbarungslösung in der SE nichts Neues. Die zentrale Neuigkeit liegt im Einbezug der Unternehmensmitbestimmung in die Verhandlungen:

- Das europäische System sieht betriebliche und Unternehmensmitbestimmung als Einheit, § 21 SEBG: Das ist ein konsequenter und richtiger Bruch mit dem deutschen System, das zwei getrennte Systeme mit paralleler Einwirkung auf den Arbeitgeber in wirtschaftlichen Angelegenheiten geschaffen hat.

- Im Ausgangspunkt herrscht **umfassende Gestaltungsfreiheit**: Die Unternehmensmitbestimmung ist „zunächst“ vollständig dispositiv, § 21 Abs. 3 SEBG („für den Fall“); auch ein eigenständiger SE-Betriebsrat muß trotz dem zwingenden § 21 Abs. 1 SEBG nicht errichtet werden; das sagt § 21 Abs. 2 SEBG ausdrücklich. Erforderlich ist nur irgendein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung in grenzüberschreitenden Angelegenheiten, das der Anhörungsrichtlinie entspricht. Freilich ist die Alternative einer dezentralen Parallel-Beteiligung nationaler Arbeitnehmervertretungen in grenzüberschreitenden Angelegenheiten (vergleichbar der Parallelbeteiligung mehrerer Gesamtbetriebsräte im Konzern mit fehlender Inlandsleitung) trotz ersparter Reise- und Dolmetscherkosten wenig praktisch.
- Diese weitreichende „prinzipielle“ Gestaltungsfreiheit wird auf zwei Wegen zurückgenommen: Für die Umwandlung einer AG gilt ein strenges Besitzstandswahrungsgebot, § 21 Abs. 6 SEBG. Für beide Komponenten, also die betriebliche wie die Unternehmensmitbestimmung muß **„zumindest das gleiche Ausmaß“** der Arbeitnehmerbeteiligung gewährleistet werden. Das heißt: Hat das Unternehmen einen EBR, ist ein Zurückfallen auf dezentrale Beteiligung unzulässig. Ist der Aufsichtsrat mit Arbeitnehmern mitbestimmt, bleibt der Anteil – also Drittelbeteiligung oder Parität – garantiert. Das gilt gerade auch dann, wenn das Unternehmen eine monistische Struktur wählt, also im Verwaltungsrat die Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat vereint. Die Montanmitbestimmung freilich kann trotz § 38 Abs. 3 SEBG nicht aufrechterhalten werden, weil die vorrangige SE-VO in Artt. 42, 50 Abs. 2 zwingend den Anteilseignervorsitz vorschreibt.

Für die Fälle unterhalb der zwingenden Besitzstandswahrung sieht das SEBG besondere Mehrheitserfordernisse für die Zustimmung der Arbeitnehmerseite zur Minderung der Beteiligungsrechte vor, § 15 Abs. 3 SEBG.

Die zentrale Gemeinsamkeit zwischen EBR und SE-Mitbestimmung liegt darin, daß die Belegschaft von einem eigens für diesen Zweck geschaffenen Organ, dem besonderen Verhandlungsgremium repräsentiert wird. Gleichwohl gibt es erhebliche Unterschiede:

- Die Errichtung eines EBR im transnationalen Unternehmen oder Konzern ist wie die Betriebsverfassung allgemein nicht rechtsformabhängig, wohingegen die SE-Mitbestimmung durch SE-Betriebsrat und die Arbeitnehmerbeteiligung in den Unternehmensorganen an die Societas Europaea geknüpft ist. Eine Parallelregelung gibt es derzeit nur für die Europäische Genossenschaft.
- Das Initiativrecht zur Errichtung des EBR haben Arbeitnehmervertretungen und die „zentrale Leitung“ des Unternehmens oder Konzerns (§ 9 EBRG). Die Initiative zur SE-Mitbestimmungsvereinbarung liegt dagegen allein auf der Unternehmensseite, § 4 Abs. 1 Satz 1 SEBG. Sie ist Voraussetzung für den Vollzug der Umwandlung, weswegen die Initiatoren der SE-Errichtung eine entsprechende Obliegenheit trifft. Ohne den formal korrekten Versuch von Mitbestimmungsverhandlungen kann die Umwandlung nicht vollzogen werden. Es liegt ein registerrechtliches Eintragungshindernis vor, Art. 12 Abs. 2 SE-VO. Die Erstverhandlung ist eng mit dem Umwandlungsverfahren verbunden

und kann grundsätzlich nicht nachgeholt werden – das ist freilich für die Errichtung einer arbeitnehmerlosen SE umstritten.

- Die Auffanglösung ist für die betriebsverfassungsrechtliche Seite gesetzlich definiert: Kommt es nicht zu einer Einigung, so greift der SE-Betriebsrat oder EBR mit gesetzlicher Organisation und definierten Mitwirkungsrechten. Für die Unternehmensmitbestimmung gelang es nicht, sich auf eine europaweit einheitliche Rückfallposition, wie etwa der Drittelbeteiligung zu einigen. Der europäische Formelkompromiß ist die Mitbestimmungsbeibehaltung: Scheitern die Mitbestimmungsverhandlungen, so bleibt es bei der bisherigen Mitbestimmungsintensität – im Fall der Umwandlung nach Maßgabe der in der AG zuvor geltenden Mitbestimmungsordnung; bei den anderen Umwandlungsformen können unterschiedliche Mitbestimmungsformen als Besitzstand konkurrieren; im Grundsatz darf das bVG dann wählen (im einzelnen § 34 Abs. 2 SEBG).



Ich will mich im folgenden auf die Umwandlung einer deutschen Aktiengesellschaft in eine Societas Europaea (Art. 37 SE-VO) konzentrieren. Das ist die mit Abstand wichtigste Errichtungsform.

### II. Rechtsnatur: Betriebsverfassungsrechtliche normative Mitbestimmungsstrukturvereinbarung

Von gewissem dogmatischen Interesse ist die Frage, wie die Mitbestimmungsvereinbarung in das deutsche System einzuordnen ist. Unzweifelhaft handelt es sich um einen Kollektivvertrag, weil er auf Arbeitnehmerseite von einem Interessenrepräsentationsorgan abge-

geschlossen ist.

Von Privatautonomie kann man nicht sprechen: Das bVG ist keine geschäftsfähige Rechtsperson; sondern eine Kunstfigur mit vom Gesetzgeber verliehenen Verhandlungsrechten, ganz ähnlich dem Betriebsrat. Eben deswegen kann es sich auch nicht um eine Sonderform der Tarifautonomie handeln. Zudem erlischt das bVG mit Aufgabenerledigung. Seine Mitbestimmungsvereinbarung aber bleibt. Einen privatautonomen Vertrag ohne Vertragspartei aber gibt es nicht.

Die Literatur flieht nähere Konkretisierung und spricht von einem „Kollektivvertrag sui generis“. Damit ist wie immer nichts gesagt und nichts gewonnen.

Sieht man näher hin, so erweist sich das **bVG als betriebsverfassungsrechtliches Organ** – wie der spätere SE-Betriebsrat und ein etwaiger EBR: Die Arbeitnehmer werden unabhängig von einer legitimierenden Mitgliedschaft in einer Arbeitnehmervereinigung repräsentiert; sie haben kein Austrittsrecht und sind der „demokratischen“ Herrschaft der Mehrheit ausgeliefert. Betriebliche Mitbestimmung ist Staatsintervention, was sich schon daran zeigt, daß die Organisation des bVG als Repräsentationsorgan – wie in der deutschen Betriebsverfassung – gesetzlich eingehend vorgegeben ist. Autonome Interessenvertretungen organisieren sich verbandsrechtlich selbst.

Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung ist vor allem die Organisation der Mitwirkungsträger – SE-Betriebsrat und Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsrat. Daneben können für den SE-Betriebsrat materielle Informations- und Konsultationsrechte festgelegt werden. Als Organisationsregelung hat sie eine satzungsähnliche Wirkung – die sich in der Unternehmensmitbestimmung am Vorrang vor der SE-Satzung erweist. Die betriebliche Mitbestimmung durch den SE-Betriebsrat findet freilich nicht in einem Verband statt. Daß die (Konzern-)Belegschaft entweder einen eigenständigen Arbeitnehmerverband (ohne Austrittsrecht!) konstituierte oder Teil eines Unternehmensverbandes aus Anteilseignern und Arbeitnehmern sei, ist eine überholte sozialpolitische Irrlehre. Es fehlt an jedem Ansatzpunkt für eine körperschaftliche Verfassung mit entsprechenden Mitglieder-rechten und -pflichten. Aus dem organisatorischen Inhalt läßt sich also kein Aspekt der Rechtsnatur gewinnen.

Dafür aber kommt der Mitbestimmungsvereinbarung die typische normative Wirkung arbeitsrechtlicher Kollektivverträge zu: Für die betriebliche Mitbestimmung regelt die Vereinbarung die Konstituierung des SE-Betriebsrats unmittelbar; es bedarf keines weiteren Umsetzungsaktes. Der SE-Betriebsrat ist nach Maßgabe der Vereinbarung verfaßt – was seine Wahl, seine Kompetenzen und das Mitwirkungsverfahren betrifft. Damit handelt es sich um eine normativ geltende betriebsverfassungsrechtliche Strukturvereinbarung, vergleichbar § 3 BetrVG.

Für die Unternehmensmitbestimmung wird die normative Qualität bestritten, weil die Vereinbarung zwar Vorrang vor der Satzung hat, allerdings die Satzung nicht unmittelbar selbst ändern kann. Vielmehr muß das zuständige Unternehmensorgan, also die Hauptversammlung, die Satzung ändern, um sie den Vorgaben der Mitbestimmungsvereinbarung anzupassen, Art. 12 Abs. 4 SE-VO. Von der Möglichkeit, eine solche Satzungsänderung vom Leitungsorgan, dem Vorstand vollziehen zu lassen, Art. 12 Abs. 4 Satz 3 SE-

VO, hat das deutsche Recht keinen Gebrauch gemacht.

Diese Umsetzungsnotwendigkeit kann man in der Tat als bloß schuldrechtliche Wirkung der Mitbestimmungsvereinbarung begreifen. Sie verpflichtet nach diesem Verständnis die SE als Unternehmen, ihre Satzung auf bestimmte Weise auszugestalten. Dafür läßt sich auch anführen, daß die Mitbestimmungsvereinbarung in Art. 9 SE-VO nicht zu den maßgebenden Rechtsquellen zählt. Aus deutsch-rechtlicher Sicht läßt sich auf den Unterschied zu § 4 Abs. 2 TVG hinweisen, der für die Satzung einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifparteien – die gerade auch Kapitalgesellschaft sein kann – die normative Regelbarkeit durch Tarifvertrag anordnet.

Indes: Für eine rein schuldrechtliche Regelung fehlt es an der Legitimation auf Arbeitgeberseite. Verpflichtungen zu Satzungsänderungen können grundsätzlich nur unter Mitwirkung des dafür zuständigen Organs eingegangen werden. Die Anteilseigner sind aber an der Mitbestimmungsvereinbarung nicht beteiligt.

Mir liegt es deshalb nahe, auch die Verpflichtung zur Satzungsänderung als normative Wirkung zu begreifen: Daß diese – anders als nach § 4 Abs. 2 TVG – nicht unmittelbar zu Satzungsänderung führt hat seinen Grund nicht in der Rechtsnatur, sondern darin, daß der behauptete Verstoß der Satzung gegen die Mitbestimmungsvereinbarung vielfach unklar sein wird, so daß ohne eine vorherige Klärung die Satzung selbst inhaltlich unbestimmt und nicht recht vollziehbar wäre. Außerdem widerspricht eine Satzungsänderung unmittelbar durch Kollektivvertrag dem Konstitutiverfordernis der Registereintragung.

Die Qualifikation als Kollektivvertrag mit normativer Wirkung wirft zuerst die Frage nach der **Nachwirkung** auf. Entgegen vereinzelt ausgesagten endet die Mitbestimmungsvereinbarung nicht ersatzlos – weder im Fall der Laufzeitbegrenzung, noch im Fall der vereinbarten oder außerordentlichen Kündigung. Vielmehr ordnet § 26 Abs. 2 Satz 2 SEBG für den Fall ergebnisloser Neuverhandlungen gerade an, daß die bisherige Regelung weiter Anwendung findet. Darin liegt einerseits die Anordnung, daß die bisherige Mitbestimmungsvereinbarung für spätere Verhandlungen als Auffanglösung dient – eine andere Auffanglösung steht auch nicht zur Verfügung. Zum anderen kann man dies als Ausdruck der für Kollektivverträge typischen Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG, § 77 Abs. 6 BetrVG) begreifen.

Daß die Mitbestimmungsvereinbarung normativer geltender Kollektivvertrag ist, hat schließlich gewisse Folgen für seine Auslegung – die nach objektiven Kriterien erfolgen muß.

Schließlich gilt für Kollektivvereinbarungen – und erst recht für Organisationsregelungen – daß sie, wenn überhaupt, nur mit Wirkung ex nunc angefochten werden können. Zudem sorgt die Einstufung als Normativvertrag für ein anderes Verständnis der Teilnichtigkeit: Es kommt nur darauf an, ob der wirksame Teil für sich genommen funktionsfähig ist.

### **III. Das Vereinbarungsverfahren**

#### **1. Parteien**

##### **a. „Unternehmensleitungen“**

Auf Arbeitgeberseite wird die Unternehmensleitung, also der Vorstand der umzuwandelnden AG aktiv. Sind mehrere Unternehmen beteiligt, vor allem im Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung, müssen sich „die Leitungen“ auf ein einheitliches Vorgehen verständigen. Der Sache nach hängt die Verhandlungsfähigkeit der Arbeitgeberseite davon ab, daß sie zu einer einheitlichen Willensbildung in der Lage ist. Es verhält sich ähnlich wie beim Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Arbeitgeber, bei dem die Unternehmen durch Führungsvereinbarung einen einheitlichen und handlungsfähigen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber schaffen.

Die Zuständigkeit der Unternehmensleitung ist ein Systembruch, soweit die Vereinbarung im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung in die Unternehmensverfassung eingreift und wegen des Vorrangs der Vereinbarung vor der Satzung (Art. 12 Abs. 4 SE-VO) letztlich in Anteilseignerrechte eingreift und Hauptversammlungsbefugnisse (Art. 37 Abs. 7 SE-VO) beschneidet. Erträglich ist das nur deshalb, weil die Hauptversammlung Herrin der Umwandlung bleibt, also den Vollzug durch Nichtbeschluß des Umwandlungsplans (Art. 37 Abs. 7 SE-VO) aufgeben kann, wenn die Mitbestimmungsvereinbarung nicht gefällt. Das setzt freilich voraus, daß die Mitbestimmungsverhandlungen vor dem Beschluß abgeschlossen sind. Stimmt die Hauptversammlung der Umwandlung vorher zu, erteilt sie letztlich der Unternehmensleitung eine carte blanche.

Gleichwohl bleibt der Nachgeschmack, daß der Vorstand letztlich legitimationslos über die Unternehmensmitbestimmung verhandelt und die Anteilseigner nur die Alles-oder-Nichts-Wahl haben.

##### **b. Besonderes Verhandlungsgremium**

Die eigentliche Besonderheit liegt darin, daß mit dem bVG ein Repräsentationsorgan für die gesamte Konzern-Belegschaft der künftigen SE in den EU- und EWR-Staaten geschaffen wird.

Hierzu sieht das SEBG ein hochkomplexes Errichtungsverfahren vor, in welchem vielfache Fehler unterlaufen können, deren Auswirkungen auf die Umwandlung selbst zwar durch die Eintragung begrenzt werden. Indes ist nicht geregelt und auch nicht geklärt, inwieweit erhebliche Fehler im Verfahren die Wirksamkeit einer abgeschlossenen Mitbestimmungsvereinbarung aber auch einseitiger Beschlüsse des bVG über Verhandlungsabbruch (§ 16 SEBG), Mitbestimmungsminderung (§ 15 Abs. 3 SEBG) und Wahl der Auffanglösung (§ 34 Abs. 2 SEBG) in Frage stellen.

#### **2. BVG-Konstituierungsphase**

##### **a. Aufforderung und Information**

§ 4 Abs. 1 SEBG legt den Startschuß allein in die Hand der „Leitungen“, im Fall der Umwandlung also in die des AG-Vorstands. Er muß zweierlei tun:



- schriftlich zur Bildung des bVG auffordern (Abs. 1 Satz 1) und
- die Belegschaften über die Umwandlung und die für die Bildung des bVG erforderlichen Tatsachen informieren, Abs. 2 und 3.

Ein vom Gesetzgeber nicht bedachtes Sonderproblem ist die maßgebliche Informationssprache. Selbstredend muß in den unterschiedlichen Nationen zuerst in der jeweiligen Landessprache informiert werden. Schon dies ist eine Quelle für Fehlinformation kraft Übersetzungsfehler. Inwieweit aber für „Arbeitnehmer mit Migrationshintergrund“ eine Information in einer für sie verständlichen Sprache erfolgen muß, sagt das Gesetz nicht – anders als § 2 Abs. 5 Wahlordnung-BetrVG. Daraus kann man nur schließen, daß eine entsprechende Übersetzungslast nicht besteht, und zwar auch nicht für den Fall, daß die Arbeitnehmer eine Urwahl vorzunehmen haben.

### [1] Maßgeblicher Zeitpunkt

Schwierigkeiten bereitet zunächst die Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts – zumal die nicht rechtzeitige Unterrichtung bußgeldbewehrt ist, § 46 Abs. 1 Nr. 1 SEBG. § 4 Abs. 2 Satz 1 SEBG stellt darauf ab, daß die Gründung der SE „geplant“ ist. Satz 3 konkretisiert dies dahin, daß die Information „unaufgefordert und unverzüglich nach Offenlegung des ... Umwandlungsplans“ zu erfolgen hat.

Nun ist der Begriff der „Planung“ nicht identisch mit dem Formalakt der Offenlegung des Umwandlungsplans nach Art. 37 Abs. 5 SE-VO. Vernünftigerweise wird man den Offenlegungsakt als letztmöglichen Zeitpunkt der Information ansehen müssen, wohingegen die Leitung auch schon vorher unterrichten darf, sobald die Umwandlung über das Stadium der Vorüberlegung hinaus gediehen und der Vorstand beschlossen hat, das Umwandlungsverfahren gesellschaftsintern einzuleiten. Andernfalls nämlich hätte die Mindestfrist von einem Monat zwischen Offenlegung des Umwandlungsplanes und Umwandlungsbeschluß der Hauptversammlung keinen vernünftigen Sinn – dauert doch das Mitbestimmungsverhandlungsverfahren insgesamt etwa neun Monate. Zudem ist es mitbestimmungsfunktional sinnvoll, die Anregungen aus dem bVG für die nähere Gestaltung der Umwandlung aufnehmen zu können. Dafür spricht schließlich, daß die Zusammensetzung des bVG während der Verhandlungsphase an zwischenzeitliche Strukturänderungen – das können eben auch solche der geplanten Umwandlung sein – anzupassen ist, § 4 Abs. 4 SEBG.

Der frühestmögliche Zeitpunkt zur Aufforderung und Information ist mithin dann gegeben, wenn die vom Vorstand vorbereitete Umwandlung derart greifbare Konturen gewonnen hat, daß auf der Basis dieser Planung ein bVG gebildet werden kann. Eine verfrühte oder vorzeitige Information ist mithin praktisch unschädlich.

Deswegen kann – auch mit Blick auf die Möglichkeit zur einvernehmlichen Verlängerung der Verhandlungsfrist von mindestens sechs Monaten auf bis zu ein Jahr, § 20 Abs. 2 SEBG – nur eine möglichst frühe Information angeraten werden. Überdies ist zu bedenken, daß ein dem Umwandlungsbeschluß nachlaufendes längeres Verhandlungsverfahren zur Veränderung der Auffanglösung und damit zur Verschiebung des Verhandlungsgleichgewichts führen kann.

## **[2] Adressaten**

### **[a] Inland**

Das eigentliche Problem tritt bei der Adressierung der Information und Aufforderung auf. Zu informieren sind die Belegschaften in allen Unternehmen (Gesellschaften und Tochtergesellschaften) und Betrieben – und dies nicht nur im Inland, sondern in allen EU- und EWR-Mitgliedsstaaten, § 3 Abs. 2 SEBG. Das heißt für Deutschland: Es müssen alle Betriebsräte auf allen Ebenen – also örtliche Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte und ggf. der Konzernbetriebsrat informiert werden; zusätzlich gemäß ausdrücklicher Anordnung die Sprecherausschüsse, also betriebliche, Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschüsse und der Konzernsprecherausschuß. Das liegt daran, daß die leitenden Angestellten des § 5 Abs. 3 SEBG in die Mitbestimmung der SE integriert sind. Probleme bereiten die betriebsratslosen Betriebe: Hier muß die Information „gegenüber den Arbeitnehmern“ erfolgen, § 4 Abs. 2 SEBG. Daß ein Gesamt- oder Konzernbetriebsrat besteht, der nach deutschem Betriebsverfassungsrecht auch betriebsratslose Betriebe betreut, hilft nicht ohne weiteres: § 4 Abs. 2 Satz 1 SEBG verlangt grundsätzlich auch eine betriebsbezogene Information – auch neben derjenigen auf Unternehmens- und Konzernebene. Damit aber handelt es sich womöglich doch um eine örtliche Angelegenheit, für die der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat aus Sicht des BetrVG gar nicht zuständig sein kann. Doch steht die Information allein im Dienst der bVG-Errichtung. Bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter sieht § 8 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2 SEBG eine gegenüber dem BetrVG spezielle „Mitvertretungskompetenz“ des Konzern- und Gesamtbetriebsrates für betriebsratslose Einheiten vor. Daß Arbeitnehmer betriebsratsloser Einheiten also informiert werden müssen, obwohl sie daraus kein Urwahlrecht ableiten können, weil „ihr“ Gesamt- oder Konzernbetriebsrat für sie wählt, ist nicht einzusehen.

Der Regelungspusch des Gesetzgebers wird vollends offenbar bei den Leitenden Angestellten. Sie fallen betriebsverfassungsrechtlich nicht unter die Betriebsratszuständigkeit und werden auch nach dem SEBG nicht von Betriebsräten „mitvertreten“. Das legt es nahe, für den vielfach praktischen Fall, daß im Unternehmen kein Sprecherausschuß besteht, die Leitenden gesondert und individuell zu informieren. Indes sind die Leitendenvertreter im bVG – „jedes siebte Mitglied“, § 6 Abs. 4 SEBG, nicht etwa von den Leitenden Angestellten gesondert zu wählen. Dem – existierenden – Sprecherausschuß kommt nur ein Vorschlagsrecht zu, § 8 Abs. 1 Satz 5 SEBG. Gewählt wird vom Wahlgremium, also typischerweise dem Konzernbetriebsrat oder mehreren Gesamtbetriebsräten; dort sind die Leitenden gar nicht vertreten. Besteht kein Sprecherausschuß, wohl aber ein Betriebsrat, können die Leitenden nicht zu einer gesonderten Urwahl des § 8 Abs. 7 SEBG schreiten. Ein Wahlvorschlagsrecht einer Leitendenversammlung (§ 15 SprAuG) sieht das SEBG nicht vor. Mithin ist die isolierte Information nur der Leitenden dysfunktional – und also entbehrlich.

### **[b] Ausland**

Auch im Ausland ist die „Bestückung“ des bVG durch jeweilige Landesvertreter zuerst Sache der gewählten Arbeitnehmervertretungen, und zwar nach Maßgabe der dortigen Gesetze zur Umsetzung der SE-Beteiligungsrichtlinie – so wie das deutsche SEBG auch die Wahl der Inlandsvertreter zum Verhandlungsgremium einer SE nach ausländischer Rechts-

ordnung regelt.

Das Unternehmen muß sich also – typischerweise über seine Auslandstochter kundig machen darüber, welche Arbeitnehmervertretungen in welchen Betrieben bestehen und welche Arbeitnehmer nach dem jeweilig maßgeblichen nationalen Arbeitnehmerbegriff – in ihrer Landessprache – zu unterrichten sind.

### [3] Fehlerquellen: Konzernbegriff und Arbeitnehmerbegriff

Wer zu informieren ist, hängt einmal von dem maßgeblichen **Konzernbegriff** ab, der die **Tochtergesellschaften** (und richtigerweise auch die Enkel- und Urenkel) definiert. Eine Information und Einbeziehung einer vermeintlichen Tochtergesellschaft ist ebenso falsch wie die Nichtberücksichtigung einer wirklichen. Wenn dort eine nennenswerte Zahl von Arbeitnehmern vertreten ist, so hätte dies Einfluß auf die Besetzung des bVG und damit auch auf die Mitbestimmungsverhandlungen. Zudem wird die Information unrichtig, weil sie auch Angaben zu den betroffenen Tochtergesellschaften enthalten muß. Deswegen etwa durfte die Porsche AG die Arbeitnehmervertreter von Volkswagen an den Mitbestimmungsverhandlungen überhaupt nicht beteiligen: Von Beherrschung konnte zum Verhandlungszeitpunkt keine Rede sein – ein geplanter künftiger Anteilsverkauf mit Beherrschungsfolge löst keine Beteiligung aus. Vielmehr ist es Schicksal einer Belegschaft, die über den Betriebs- oder Unternehmenserwerb zu einer SE stößt, hierdurch unter ein Mitbestimmungsregime zu fallen, das sie selbst nicht verhandelt haben. Helfen könnte nur die Neuverhandlungspflicht nach strukturellen Änderungen. Anteils- oder Betriebserwerb rechnet indes nicht hierher; allenfalls die Verschmelzung einer mitbestimmten Gesellschaft auf eine weniger stark mitbestimmte SE kann diese Neuverhandlungslast auslösen – und wird dementsprechend vermieden.

Das SEBG folgt nicht dem sonst in der Mitbestimmung maßgebenden allgemeinen Über-Unterordnungskonzern des § 18 AktG (§ 5 MitBestG, § 54 BetrVG). Es verweist in § 2 Abs. 3 vielmehr auf den erweiterten Konzernbegriff des § 6 EBR. Dieser wiederum stellt auf die nur potentielle Beherrschung ab, also darauf, daß ein beherrschender Einfluß ausgeübt werden **kann**. Dabei ist insbesondere die Vermutungsregel des § 6 Abs. 2 EBRG zu beachten. Diese schafft eine Rechtstatsachenvermutung – des beherrschenden Einflusses – die widerlegt werden kann, aber auch muß. Im deutschen Text taucht nicht die Richtlinienformulierung in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 94/95/EG „bis zum Beweis des Gegenteils“ auf. Das wirft die Frage auf, ob die Beherrschungsvermutung – etwa durch Vorlage eines Ent herrschungsvertrages – überhaupt nur in einem gerichtlichen Verfahren, in welchem eine Beweiserhebung möglich ist, widerlegt werden kann (so *Blanke*). Das wiederum hieße – wenig praktisch – daß die Vermutungswiderlegung in einem der Umwandlung vorgeschalteten arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren zu klären wäre. Vorläufiger Rechtsschutz kommt nicht in Betracht, weil es keine Feststellungsverfügung gibt. Diese Auffassung grenzt an Rechtsschutzverweigerung. Es ist ausreichend, daß über die Vermutungswiderlegung nachträglich entschieden werden kann, etwa im Rahmen der begrenzten Wahlanfechtung.

Von vornherein nichts mit Beweiserhebung zu tun hat die Entkonzernierung von Rechts wegen: Befindet sich eine Tochtergesellschaft in der Insolvenz, so endet der beherrschende Einfluß, weil der Anteilseigner gegenüber dem unabhängigen Insolvenzverwalter §§ 56, 80

InsO keinen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Mithin ist die insolvente Tochter- oder Enkelgesellschaft nicht zu berücksichtigen.

Zweite Fehlerquelle ist der Arbeitnehmerbegriff: Bestehen keine Betriebsräte, müssen alle Arbeitnehmer der betroffenen Einheit direkt informiert werden. Außerdem muß die Information die Beschäftigtenzahlen der Gesellschaften und Betriebe angeben. Jedes Zuviel oder Zuwenig kann die Information fehlerhaft machen. Das führt zu den allgemeinen, aus der Betriebsverfassung bekannten Problemen – wer wählt, wer zählt? – mit Blick auf die üblichen Problemgruppen: Zeitarbeiter, Praktikanten und Volontäre, Werkstudenten und Arbeitnehmerähnliche, insbesondere Heimarbeiter. Teilzeitbeschäftigte jedenfalls zählen voll.

Für den Inlandsteil der deutschen SE geht § 2 Abs. 1 Satz 2 vom betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff aus – allerdings unter Einbezug der Leitenden – und parallel zum BetrVG unter Berücksichtigung der Heimarbeiter, soweit sie in der Hauptsache für den Arbeitgeber tätig sind. Leiharbeiter mit einem Arbeitsvertrag zum Verleiher werden also beim Entleiher insgesamt nicht berücksichtigt, ebensowenig freie Mitarbeiter. Im übrigen kommt es auf die Verwicklungen des deutschen Arbeitnehmerbegriffes an.

Für die EU- oder EWR-Betriebe und Unternehmen ist der dortige Arbeitnehmerbegriff maßgebend, wiederum vorrangig nach dem Umsetzungsgesetz zur Beteiligungsrichtlinie, hilfsweise nach allgemeiner arbeitsrechtlicher Begriffsbildung.

#### **[4] Sonderproblem: Arbeitnehmerlose SE**

Hat die zu errichtende SE keine eigenen Arbeitnehmer und sind auch die Tochtergesellschaften arbeitnehmerlos – was bei Vorratsgründungen der Fall sein kann –, führt dies in der Wissenschaft zu Verwirrung. Ein bVG kann ohne Arbeitnehmer nicht gebildet werden. Gestritten wird, ob das Verhandlungsverfahren dann nachträglich, also nach Errichtung der SE durch Eintragung stattzufinden hat, sobald die ersten Arbeitnehmer beschäftigt werden, ggf. auch durch Erwerb einer bestehenden juristischen Person – und welche Aufanglösung dann gelten soll.

Es handelt sich um ein Scheinproblem. Wer eine Vorrats-SE mit milder Mitbestimmung errichten will, wird sich auf solche Unsicherheiten nicht einlassen. Näher liegt es, mit einer kleinen Zahl „handverlesener“ Arbeitnehmer eine Mitbestimmungsvereinbarung nach Wunsch abzuschließen, um so nachträgliche Unsicherheiten zu vermeiden.

#### **b. Besetzung**

Überaus kompliziert geregelt ist auch die Besetzung. Das SEBG ordnet zunächst in § 5 die Zusammensetzung nach Mitgliedsstaaten an, faßt also die in einem EU- oder EWR-Staat Beschäftigten zu einer „Nationalmannschaft“ zusammen. Weil es auf den Beschäftigtenanteil an der Gesamtkonzernbelegschaft ankommt, können auch hier wieder Fehler des Konzern- und Arbeitnehmerbegriffes durchschlagen.

Sodann regeln §§ 6 und 7 SEBG die konkrete Zusammensetzung. Für Auslandsvertreter gelten die dortigen Heimatregeln; für Inlandsvertreter wird die Wählbarkeit an die Arbeitnehmereigenschaft geknüpft. Hinzu kommen die Gewerkschaftsvertreter (jedes dritte inländische Mitglied) und ab und zu ein Leitender (jedes siebte inländische Mitglied, voraus-

gesetzt ein Sprecherausschuß existiert und nimmt sein Vorschlagsrecht wahr).

Auch hier stellen sich wieder zahlreiche unregelte Fragen:

- Verliert ein bVG-Mitglied das Amt, wenn es während des Verhandlungsverfahrens und damit der Amtszeit des Gremiums aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet?
- Wie wirkt sich die anfängliche Verkennung der Wählbarkeit aus?
- Ist eine Amtsniederlegung zulässig?
- Rückt das Ersatzmitglied (§ 6 Abs. 2 Satz 3 SEBG) schon bei vorübergehender Verhinderung (Krankheit) oder erst bei endgültigem Ausscheiden nach?

Analogien zum BetrVG sind systematisch verfehlt. Das allein vergleichbare EBRG enthält gleichfalls keine Antworten. Insofern dürfen wir uns auf freie Rechtserfindungen des Bundesarbeitsgerichts freuen.

### c. Fehler und Heilung

Die Information nach § 4 SEBG spielt eine **Doppelrolle**:

- Einmal ist sie Initiativakt für die Wahl des besonderen Verhandlungsgremiums. Für Wahlakte ist aber anerkannt, daß nicht jeder Fehler auch in Vorbereitungshandlungen zur Unwirksamkeit der Wahl führen darf. Vielmehr gilt der Grundsatz, daß die fehlerhafte Wahl nur anfechtbar ist, das gewählte Gremium „vorerst“ seine Amtsbefugnisse wahrnimmt und sämtliche Rechtsakte des fehlerhaft gewählten Gremiums bis zur rechtskräftig ausgesprochenen Wahlbeanstandung wirksam sind.

Dementsprechend wird auch für die Wahl des bVG einhellig eine Wahlanfechtungslast befürwortet, die richtigerweise an die im SEBG selbst geregelte Anfechtung der Wahl von Aufsichts- und Verwaltungsratsmitgliedern gem. § 37 Abs. 2 SEBG anknüpft – und nicht an die Anfechtung der Betriebsratswahl nach § 19 BetrVG, die in keinem Zusammenhang zur Europäischen Betriebsverfassung steht. Das heißt zuerst: Verstreicht die Wahlanfechtungsfrist von einem Monat ab Bekanntgabe des Wahlergebnisses, ist die Wahl geheilt.

Eine gesonderte Anfechtung der vorgelagerten Wahl der Mitglieder des Wahlgremiums ist mit *Wißmann* und gegen *Jacobs* nicht angezeigt: Es handelt sich um einen bloßen punktuellen Verfahrenszwischenakt; das Wahlgremium selbst hat kein eigenes Amt, das zu schützen wäre. Darin liegt der Unterschied zur selbständig anfechtbaren Delegiertenwahl nach § 21 MitBestG: Denn jene Delegierten haben ein Daueramt und bleiben für Nachwahlen und Abberufungen zuständig.

Kommt es zur Wahlanfechtung, ist alles unklar: Das gilt zuerst für die Reichweite der Wahlanfechtung. *Wißmann* will deutsche Arbeitsgerichte vor der Anwendung ausländischer Rechtsnormen schützen und meint, sie hätten nur über die Wahl der Inlandsvertreter zu entscheiden. Das ist unzutreffend. Daß sich die Wahl der Auslandsvertreter nach ausländischem Recht richtet, hat für die Zuständigkeit nichts zu sagen. *Wißmann* teilt den Wahlakt letztlich in eine Vielzahl selbständiger Teilwahlen auf, die isoliert nach unterschiedlichen nationalen Rechts- und Prozeßordnungen anfechtbar wären.

Entscheidend ist: Das bVG ist Organ einer deutschen Aktiengesellschaft in Umwandlung zur deutschen SE. Es nimmt als ganzes Aufgaben wahr, die im deutschen SEBG geregelt sind. Der Wahlakt findet zwar dezentral statt, ist aber dennoch ein einheitlicher Wahlakt, über den einheitlich zu befinden ist. Ein und derselbe Fehler darf nicht von unterschiedlichen Gerichten unterschiedlich bewertet werden. Das bVG kann nur insgesamt sein Amt ausüben oder nicht. Das gebietet eine einheitliche arbeitsgerichtliche Zuständigkeit.

Entscheidend aber ist die Frage der Wirkung der Wahlbeanstandung. Dabei geht es nicht so sehr um die dogmatische Einordnung als Feststellungs- oder Gestaltungsentscheidung. Sondern um die Frage, ob die erfolgreiche Wahlanfechtung zurückwirkt. Das wird grundsätzlich verneint, weil die rückwirkende Wahlanfechtung sämtliche Rechtsakte des fehlerhaft gewählten Gremiums beseitigt. Das hieße aber für das bVG mit seiner kurzen Amtszeit von sechs Verhandlungsmonaten: Die Anfechtung käme stets zu spät; Rechtsschutz wäre nur im Verfügungsverfahren zu haben. Deswegen will *Wißmann* die Anfechtung ex tunc wirken lassen – und treibt damit den Teufel mit dem Beelzebub aus. Er fordert, daß nach erfolgreicher Wahlanfechtung das bVG erneut zu wählen ist. Das wiederum heißt: Die Wahlanfechtung selbst blockiert entweder den Vollzug der Umwandlung, weil der Registerrichter nicht sicher sein kann, ob ein ordnungsgemäßes Verhandlungsverfahren überhaupt stattgefunden hat. Zu den räuberischen Aktionären kommen dann auch noch die räuberischen Wahlanfechter – obzwar der Gesetzgeber mit dem Freigabeverfahren nach Art. 15 SE-VO, §§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 3 UmwG gerade solche Eintragungsverzögerungen durch Beschlußmängelklagen begrenzen will. Oder aber die Umwandlung wird eingetragen. Dann stellt sich womöglich einige Zeit nach SE-Errichtung heraus, daß das bVG nie bestanden hat, deswegen eine abgeschlossene Mitbestimmungsvereinbarung unwirksam ist und die gesetzliche Auffanglösung an die Stelle der vereinbarten Mitbestimmung tritt. Das wiederum kann zur Satzungs Korrektur nötigen und weitere Folgen nach sich ziehen. Die Erwägung *Wißmanns*, die Rechtssicherheit sei hier anders als sonst nur gering betroffen, ist nicht durchdacht: Im Gegenteil die einzige Aufgabe des bVG, die Struktur der Arbeitnehmervertretung in der SE für eine unübersehbare Dauer festzulegen, ist von überragender Bedeutung für die Rechtssicherheit – nicht nur für die Umwandlung als solche, sondern auch für den vereinbarten SE-Betriebsrat und die vereinbarte Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Jede ex-tunc-Unwirksamkeit der Wahl ist ein Angriff auf die vereinbarte Mitbestimmung. Überdies kann man spöttelnd darauf hinweisen, daß auch die normale Betriebsratswahlanfechtung vielfach nicht innerhalb der Amtszeit von vier Jahren ausprozessiert ist, weswegen sie prozessual überholt wird. Das läßt aber niemanden gegen die ex-nunc-Wirkung der Wahlanfechtung streiten.

- Daneben aber ist die Information nach § 4 SEBG fristauslösend nicht nur für die Konstituierung des bVG, sondern auch für die nachfolgende Verhandlungsphase. Formal kann man sich auf den Standpunkt stellen, die Wahlanfechtung betreffe nur das Amt des bVG. Das hieße: jeder auch schuldlose Informationsfehler durch die Leitung, etwa über die Arbeitnehmerzahl in Island unter Verkennung des dortigen Arbeit-

nehmerbegriffes, verhinderte, daß die Fristen für Konstituierung und Verhandlung und damit für das Inkrafttreten der Auffanglösung überhaupt zu laufen beginnen.

Sieht man genauer hin, knüpft der gestaffelte Fristlauf an verschiedene Prozesse an: Die Zehn-Wochen-Frist des § 11 Abs. 1 Satz 1 SEBG dient allein der ordnungsgemäßen Bildung des Verhandlungsgremiums. Da dessen Zusammensetzung ohnehin nach § 5 Abs. 4 SEBG korrigiert werden muß, wenn nachträgliche Änderungen eintreten (etwa Veräußerung oder Erwerb einer Tochtergesellschaft), lassen sich auch nachträglich erkannte Fehler der Erstinformation korrigierend berücksichtigen, ohne die Norm zu überdehnen. Die Spitzfindigkeit, daß schon Veränderungen zwischen Information und erstmaligem Zusammentritt des bVG nicht erfaßt würden, ist zwar wortlautgetreu, entspricht aber nicht dem Anliegen, die Repräsentativität des bVG nachzubessern. Da das bVG nach Errichtung auch einen permanenten Informationsanspruch aus § 13 Abs. 2 Satz 1 SEBG hat, ist auch die Informationsnachbesserung ohne weiteres möglich.

Deswegen spricht viel dafür, die Wahlanfechtungslast auf den Fristlauf durchschlagen zu lassen. Sonst hätte man zwar ein bVG, doch liefen keine Fristen. Mit der auch anfechtbaren Installation des bVG ist mithin die 10-Wochen-Frist gewahrt und wird die sechsmonatige Verhandlungsfrist ausgelöst.

#### IV. Verhandlungsphase und Vertragsschluß

##### 1. Verhandlungsfreiheit

Die Verhandlungen selbst sind frei von Vorgaben des SEBG. Geregelt ist nur der Fall des einseitigen Abbruchs durch das bVG, der als Mitbestimmungsverzicht wirkt, § 16 SEBG. Für die Umwandlung ist ein solcher Beschluß unzulässig, wenn den Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte zustehen, § 16 Abs. 3 SEBG. Denn der Verzicht auf Unternehmensmitbestimmung ist wegen der strikten Besitzstandswahrungsvorgabe unzulässig. Praktisch wird dies also nur für kleine Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern, die zudem nicht unter den Mitbestimmungsbeibehaltungsschutz für „alte kleine Aktiengesellschaften“ fallen dürfen. Dann aber ist auf die Mitbestimmung dauerhaft verzichtet, weil auch bei nachträglichen Verhandlungen die Auffanglösung nicht mehr greift, § 18 Abs. 2 SEBG.

Die Verhandlungen sind frei. Es gibt keine Einigungsstelle und keine sonstigen vorgegebenen Konfliktlösungsinstrumente. Allein der „Druck“ der Auffanglösung soll beide Seiten zur Einigung bewegen. Das schließt es selbstverständlich nicht aus, daß sich beide Seiten eines Einigungshelfers bedienen. Mediation ist zulässig. Unzulässig ist aber jede Form verbindlicher Schlichtung, bei der ein Dritter den Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung im Nichteinigungsfall entscheidet.

##### 2. Nichteinigung bis Fristende

Die Verhandlungsfrist beginnt mit der Einsetzung des bVG – also dem Tag der konstituierenden Sitzung, § 20 Abs. 1 SEBG und dauert sechs Monate. Dabei sind die Fristberechnungsvorschriften des BGB zu beachten.

Es kann sich mitunter empfehlen, die Verhandlungsfrist einvernehmlich zu verlängern, auf bis zu ein Jahr, § 20 Abs. 2 SEBG. Eine Frist kann aber nur verlängert werden, solange sie nicht abgelaufen ist. Das folgt hier aus dem Wort „fortzusetzen“. Zudem endet das Amt des bVG mit Fristablauf, weil dann die Verhandlungen endgültig gescheitert sind. Mit dem Amt endet jede Vereinbarungsbefugnis auch über die Verlängerung.

### **3. Rechtzeitiger und wirksamer Vertragsschluß**

#### **a. Formalien**

Mithin kommt es entscheidend darauf an, ob sich bVG und Leitung wirksam geeinigt haben. Das setzt auf der Seite des bVG insbesondere einen wirksamen Beschluß über den Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung voraus. Insofern sind die aus der Betriebsverfassung allbekannten Fragen zur Wirksamkeit von Beschlüssen auch hier zu stellen. Das SEBG formuliert nur wenige Anforderungen: von der erstmaligen Ladung der Mitglieder zur konstituierenden Sitzung und der „Einberufung“ weiterer Sitzungen durch den Vorsitzenden des bVG. Zu Ladungsfristen und –formalitäten sagt das Gesetz nichts, auch nicht zur Kontrolle der ordnungsgemäßen Besetzung des bVG. Eigenständige Anforderungen an die Beschlußfähigkeit sind hier (anders als in § 24 Abs. 3 SEBG) nicht geregelt. Indes setzt die doppelte Mehrheit (nach Mitgliedern und nach repräsentierten Arbeitnehmern) in § 15 Abs. 2 SEBG voraus, daß diese Mehrheit auch anwesend ist.

Auch auf der Leitungsseite ist ein wirksamer zustimmender Vorstandsbeschluß erforderlich.

#### **b. Irrtum und Anfechtung?**

Fehlerhafte Informationen der Leitung und Fehlvorstellungen über die Reichweite der Auffanglösung können die Willensbildung zum Vertragsschluß trüben. Soweit es um Irrtümer über Tatsachen geht (Beschäftigtenzahl) kann die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB zivilrechtlich eröffnet sein.

Sie paßt dennoch nicht: Die nachträgliche Anfechtung mit Beseitigung der Verhandlungslösung und Eingreifen der Auffanglösung ist für arbeitsrechtliche Kollektivverträge zu recht eingeschränkt. Die Anfechtung ist zwar möglich, wirkt jedoch nur ex nunc, gleich einer Kündigung – um den Vertrauensschutz der Normunterworfenen zu wahren. Fällt die Vereinbarung nachträglich weg, ist Raum nur für Neuverhandlungen, aber nicht mehr für die punktuelle Auffanglösung; vielmehr perpetuiert § 26 Abs. 2 Satz 2 SEBG die auch fehlerhafte Vereinbarung.

#### **c. Regelungsgegenstand**

Das SEBG formuliert einen Regelungsauftrag über die Beteiligung der Arbeitnehmer. Mit Blick auf die sonst drohende Auffanglösung handelt es sich um eine Regelungsobliegenheit beider Seiten.

Insofern sind zwei Fragen aufgeworfen:

- Wie weit reicht die Regelungsobliegenheit inhaltlich?



Eine Scheinantwort gibt § 21 Abs. 1 SEBG mit seinen sechs Nummern, freilich „unbeschadet der Autonomie der Parteien“, die nach § 21 Abs. 2 SEBG auch das Recht umfaßt, auf einen SE-Betriebsrat ganz zu verzichten. Mindestinhalt ist nach der EBR-Richtlinie insofern nur „irgendein“ Verfahren zur Arbeitnehmerbeteiligung in grenzüberschreitenden Angelegenheiten. Die Unternehmensmitbestimmung ist nach § 21 Abs. 3 SEBG ohnehin fakultativ. Insofern gilt nur: Wenn ein SE-Betriebsrat gebildet wird, muß der Katalog des § 21 Abs. 1 SEBG abgearbeitet werden.

- Verschärft wird die Regelungsobliegenheit durch das Besitzstandswahrungsprinzip bei der Umwandlung: Hier ist jede Minderung der Unternehmensmitbestimmung verboten; geschützt freilich ist nicht die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, sondern nur der Anteil. Eine mitbestimmungsmindernde entsprechende Vereinbarung ist unwirksam und führt jedenfalls in Ansehung der Unternehmensmitbestimmung zur Auffanglösung. Das Risiko, daß die Unwirksamkeit auch die Vereinbarung über den SE-Betriebsrat erfaßt, schätze ich gering ein. Das SEBG geht von der grundsätzlichen Teilbarkeit aus; zudem sind Kollektivverträge in aller Regel nur teilnichtig.
- Für diese Vereinbarungsobliegenheit gilt zunächst eine „Wesentlichkeitstheorie“: Alle wesentlichen Fragen muß die Mitbestimmungsvereinbarung selbst regeln. Eine Auslagerung ungelöster Fragen auf eine spätere Einigung zwischen Unternehmen und SE-Betriebsrat ist nicht möglich – weil die Vereinbarung im maßgeblichen Eintragungszeitpunkt hinter dem gesollten Regelungsbestand zurückbleibt. Erst recht unzulässig ist es, zentrale Regelungsfragen auf einen Ausschuß des SE-Betriebsrats zu delegieren.
- Damit eng zusammen hängt die Frage, inwieweit Lücken „automatisch“ durch die entsprechenden Regeln der Auffanglösung kompensiert werden. § 22 Abs. 1 Nr. 1 SEBG sieht ausdrücklich vor, daß die Auffanglösung auch vereinbart werden kann. Daraus ließe sich auch eine entsprechende Vereinbarungslast folgern. Indes entspricht es dem Vorrang der Verhandlungs- vor der Auffanglösung, im Wege ergänzender Auslegung die vor dem Hintergrund der Auffanglösung getroffene Vereinbarung zu ergänzen.

### d. Zweckmäßighkeitsfragen

Hier nicht zu behandeln sind die Zweckmäßighkeitsfragen. Das Regelungsprogramm des § 21 Abs. 1 SEBG ist jedenfalls für die Praxis unzureichend.

Die Probleme beginnen bei der „Wahlkreisfestlegung“ nach Betrieben oder Standorten, Unternehmen, nationalen Belegschaften und schließlich transnationalen Wahl- oder Entsendekreisen. Gerade letztere sind hochkompliziert. Wie wird ein Betriebsratsmitglieds für „Skandinavien“ gewählt? Eine ländergrenzenübersteigende Direktwahl ist nur sehr schwierig durchzuführen: von der Kandidatenaufstellung über den grenzüberschreitenden Wahlkampf bis zur Stimmabgabe und Auszählung und deren Kontrolle. Welches Gericht welchen Staates soll für die Wahlanfechtung zuständig sein?

Geregelt werden muß die Wählbarkeit oder das Prinzip der strikten Entsendung; Beginn und Ende der kollektiven und individuellen Amtszeit; insbesondere Abberufungsmöglichkeiten – durch den Arbeitgeber bei schwerer Pflichtverletzung oder des entsendenden Gremiums. Insofern empfiehlt sich ein Blick in das detaillierte BetrVG, um das Regelungs-

programm zu entwickeln.

#### 4. Grenzen der Vereinbarungsmacht und Inhaltskontrolle

Wie weit dürfen die Vereinbarungspartner gehen? Diese Frage ist für Kollektivverträge traditionell zweigeteilt – und für die Mitbestimmungsvereinbarung nach dem SEBG bislang nicht systematisch durchdrungen:

- Einmal geht es um die Grenzen der Vereinbarungsmacht, die in der Betriebsverfassung vom Staat als Regelungsgeber „verliehen“ ist. Bestimmte Regelungsgegenstände fallen von vornherein nicht unter die kollektive Regelungsbefugnis – ungeachtet ihres konkreten Inhalts. Es geht trotz gelegentlicher Behauptung nicht um Privatautonomie – weil das bVG kein Privatrechtssubjekt ist, das eigene Angelegenheiten eigenverantwortlich regelt.
- Zweitens geht es um die Inhaltskontrolle der getroffenen konkreten Regelung – an Maßstäben vorrangigen Rechts.

Für die erste Frage sind einige wichtige Punkte bereits angesprochen:

- Daß die Vereinbarung auch Belegschaften aus Nicht-Mitgliedsstaaten einbeziehen kann, sagt § 21 Abs. 1 Nr. 1 SEBG ausdrücklich. Theoretisch ist also ein „Welt-Betriebsrat“ regelbar. Aus der beschränkten Wahllegitimation und dem betriebsverfassungsrechtlichen Territorialitätsprinzip folgt also anders als im deutschen System keine räumliche Zuständigkeitsbegrenzung. Freilich muß das jeweilige nationale Recht dies zulassen. So wird in den USA diskutiert, ob betriebliche Mitbestimmung als unfair labor practice unzulässig ist. Zusätzlich ist die Frage aufgeworfen, ob sich das außereuropäische Tochterunternehmen der Vereinbarung durch Unterwerfung anschließen muß. Denn das SEBG kann nur dem bVG auf Arbeitnehmerseite ein Weltmandat erteilen, nicht aber ohne weiteres der Leitung.
- Der SE-Betriebsrat ist notwendig auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt. Er kann auch durch Mitbestimmungsvereinbarung nicht zum Ersatzbetriebsrat für solche Staaten gemacht werden, die keine vergleichbare Arbeitnehmervertretung kennen.
- Der SE-Betriebsrat ist notwendig auf Anhörungs- und Konsultationsrechte beschränkt. Echte Mitbestimmungsrechte über Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in den Mitgliedsstaaten sind nach derzeitigem Rechtsstand nicht möglich, weil die nationalen Rechtsordnungen keine Umsetzungsmechanismen vorhalten und auch der Europäische Stand der betrieblichen Mitbestimmung derzeit auf Anhörung und Konsultation beschränkt ist. Insofern ist der durch Art. 6 SE-RL, § 21 SEBG gezogene Systemrahmen mE eindeutig. Auch nur schuldrechtlich über Unterlassungsansprüche gegenüber der Leitung wirkende Beteiligungsrechte sind meines Erachtens nicht möglich. Entgegen *Thüsing* läßt § 17 EBRG und der unterschiedliche Wortlaut der beiden EG-Richtlinien 94/45/EG und 2001/86/EG, keinen systematischen Gegenschluß zu. Europäische Regelungen sind keine systematisch geschlossenen Systeme. Vor allem aber gerät jedes transnationale Mitbestimmungsrecht in Konflikt mit nationalen Mitbestimmungsrechten. Solange die Europäische Betriebsverfassung keine Zuständigkeitsabgrenzung

wie zwischen Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat definiert, solange kann es parallele Mitbestimmungsrechte mit divergierendem Verfahrensausgang nicht geben.

- In der Unternehmensmitbestimmung geht es um die Abgrenzung zur Satzungsautonomie der SE – vor allem mit Blick auf die Größe des Aufsichtsrats und Zustimmungsvorbehalte. *Habersack* will die Vereinbarung auf den bloßen Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (oder Verwaltungsrat) beschränken und hält jede Regelung der Größe für unzulässig. § 21 Abs. 3 SEBG weist mit Nr. 1 („Zahl“) nicht in diese Richtung; daß die Auffanglösung nur den Anteil gewährleistet, ist kein Argument zur Beschneidung der Autonomie. Dafür läßt sich nur die der Hauptversammlung vorbehaltene Satzungsautonomie fruchtbar machen, die aber durch den Vorrang der Vereinbarung gerade eingeschränkt ist. Zustimmungsvorbehalte können meines Erachtens nicht geregelt werden. Insofern geht es nicht um Rechte der Arbeitnehmerbank, sondern um die Kompetenzaufteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat und damit eine Frage der Unternehmensverfassung, die der Hauptversammlung vorbehalten bleiben muß. In gar keinem Fall zulässig sind Zustimmungsvorbehalte mit überparitätischem Mehrheitserfordernis, die der Arbeitnehmerbank ein Vetorecht verschaffen (nach dem Vorbild des VW-Gesetzes). Für die SE gilt die zwingende Vorgabe, daß die Anteilseignerseite das letzte Wort haben muß; schon die Montanmitbestimmung ist unzulässig.

Die zweite Frage nach der Inhaltskontrolle der Mitbestimmungsvereinbarung – mit Blick auf die betriebliche wie die Unternehmensmitbestimmung ist nicht geklärt. Ein vergleichbares Problem der deutschen Rechtsordnung sind Tarifverträge nach § 3 BetrVG. Für sie müssen „Mitbestimmungsprinzipien“ entwickelt werden, von denen auch der Tarifvertrag nicht abweichen darf.

Punktuell wird in der Literatur aus der Auffanglösung ein „Leitbild“ für die Inhaltskontrolle abgeleitet. So hält *Jacobs* mit Blick auf § 23 Abs. 1 Satz 2 SEBG externe Gewerkschaftsvertreter im SE-Betriebsrat für unzulässig. Methodisch ist das problematisch. Die Auffanglösung ist zunächst nur Ersatz für die Nichteinigung aber kein Kontrollmaßstab für die Einigung der Parteien. Erst recht unzulässig ist es, deutschrechtliche Betriebsverfassungsvorstellungen zum europäischen Gemeingut zu erheben. Erforderlich ist eine europäische Wertung für die rechtlichen Grenzen der Vereinbarungsautonomie. Sie fehlt.

Deswegen sehe ich derzeit keine Besetzungsvorgaben für den SE-Betriebsrat: Weswegen soll dem bVG im Einvernehmen mit der Leitung verwehrt sein, Externe zur Interessenrepräsentation mit heranzuziehen. Warum soll das Konsultationsverfahren nicht auch einen Arbeitgebervertreter in das Gremium einbeziehen können – nach dem Vorbild des comitée d'entreprise? Erforderlich ist nur, daß ein effektives Verfahren zur Anhörung der Arbeitnehmer in grenzüberschreitenden Angelegenheiten besteht. Dementsprechend kann die Vereinbarung die Wählbarkeit der Arbeitnehmervertreter im SE-Betriebsrat und dem Aufsichtsrat weithin frei regeln. Sie kann aber auch umgekehrt sowohl für den Betriebsrat wie für den Aufsichtsrat externe Mitglieder ausschließen, ja sogar ein striktes Entsendeverfahren vorgeben, so daß im SE-Betriebsrat nur solche Arbeitnehmer sitzen, die in nationalen Arbeitnehmervertretungen ein Amt innehaben und daß im Aufsichtsrat nur entsandte Mitglieder des SE-Betriebsrats einen Sitz haben können. Das wird dem Geltungsbedürfnis der Arbeitnehmervertreter meist eher entsprechen. In jedem Fall erforderlich ist ein Legiti-

mationsakt durch die Belegschaften: Ein SE-Betriebsratsmitglied muß von einer Arbeitnehmervertretung gewählt oder entsandt sein; externe geborene Mitglieder oder gar ein Entsenderecht von Gewerkschaften kann es nicht geben.

Das zentrale Problem der Inhaltskontrolle ist die Verteilung der Beteiligungsrechte auf nationale Belegschaften oder Unternehmen oder Betriebe. Jeder Schwellenwert schließt kleine Belegschaften aus. Ein striktes Entsendeverfahren mag einfach sein, weil das die Urwahl erübrigt, schließt aber Belegschaften aus solchen Staaten, die keine Arbeitnehmervertretung haben, von der Mitwirkung im SE-Betriebsrat aus. Das Porschemodell zielt darauf, Teilkonzernen mit unterschiedlichen Belegschaftsgrößen letztlich gleichen Einfluß im Aufsichtsrat zu verschaffen und läuft damit auf eine „undemokratische“ Stimmrechtsungleichheit hinaus. Der Porsche-Mitarbeiter hat mehr Einfluß auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, als der VW-Beschäftigte.

Freilich: „Demokratische“ Prinzipien gelten nicht ohne weiteres. Demokratie ist ein staatsverfassungsrechtliches Prinzip – und kein betriebsverfassungsrechtliches. In der SE ist durch die unterschiedlichen Arbeitnehmerbegriffe der Mitgliedstaaten das Stimmrecht von Anfang an „ungleich“ verteilt. Außerdem stehen die Beteiligungsrechte in der SE in Konkurrenz zu nationalen Mitbestimmungssystemen, die den jeweiligen Belegschaften von vornherein unterschiedliche Mitbestimmungsmacht verleihen. Für den Fall Porsche ist insoweit darauf hinzuweisen, daß die VW-Belegschaft über die spezielle Mitbestimmungssituation in Wolfsburg von vornherein über eine stärkere Mitbestimmungsmacht verfügt, als die Zuffenhausener Belegschaft.

Ich möchte deshalb die Mitbestimmungsvereinbarung nicht an einem strikten Demokratieprinzip mit strikter Stimmrechtsgleichheit messen, sondern nur am allgemeinen Gleichheitssatz, der jede durch Sachgrund gerechtfertigte Ungleichbehandlung zuläßt. Das erweitert den Spielraum, beantwortet aber noch nicht die Zentralfrage nach den zulässigen Sachgründen. Diese Antwort setzt wiederum europäische Wertungen voraus. Praktikabilitätsaspekte sind gewiß zulässig, weswegen kleine Belegschaften unberücksichtigt bleiben dürfen – zumal transnationale Betriebsratswahlen extrem kompliziert sind. Die Porsche-regelung hängt entscheidend davon ab, ob das Europäische Recht – wie das deutsche mit seinem Konzern im Konzern – letztlich eine Konstituierung von Teilbelegschaften zuläßt. Soweit sich aus europäischem Recht keine Vorgabe herleiten läßt, bewendet es bei der Zulässigkeit.

## V. Nachlaufphase

Nur hinweisen will ich auf die Nachlaufphase nach Abschluß der Vereinbarung:

- Zwischen Abschluß und Eintragung der SE kann die Vereinbarung auch einvernehmlich nicht mehr geändert werden. Das Amt des bVG ist mit der – wirksamen – Vereinbarung erschöpft; es fehlt der Verhandlungspartner.
- Nach der Eintragung ist zunächst an die mißglückte Mißbrauchskontrolle des § 43 SEBG zu denken: Ihr Tatbestand kann eigentlich nie erfüllt sein: Die Entziehung von Beteiligungsrechten verhindert das SEBG bereits mit seiner Besitzstandswahrung. Ist der

Verzicht auf Beteiligung nach dem SEBG zulässig, kann dies kein Mißbrauch sein. Problematischer ist das „Vorenthalten“: Denn nach Eintragung unterliegt die SE keinem nationalen Mitbestimmungsstatut mehr. Daß eine SE kurz nach der Eintragung die 2000er-Schwelle erreicht und damit als AG in die paritätische Mitbestimmung gewandert wäre, macht doch die „rechtzeitige“ Errichtung der SE unter Festschreibung der Drittelbeteiligung nicht zum Mißbrauch. Das hieße: Die Leitung müßte mit der Umwandlung solange warten, bis die höchstmögliche Mitbestimmungsform erreicht ist. Vielfach ist es eher umgekehrt: Gerade die Festschreibung des Mitbestimmungsstatuts macht den Weg für Wachstum in Deutschland frei – das insbesondere mitbestimmungskritische Familienunternehmen sonst meiden. Probleme bereitet schließlich die Rechtsfolge. § 43 SEBG enthält nur das Verbot, aber keine Sanktion. § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG droht Strafe an. Entscheidend ist die Frage, ob der Mißbrauch die Wirksamkeit der Mitbestimmungsvereinbarung berührt – als gesetzliches Verbot über § 134 BGB und mit der Folge, daß anstelle der Vereinbarung die Auffanglösung greift. Das ist unsinnig, weil die Auffanglösung nicht zu einem mehr an Mitbestimmung führen kann, das aus Umständen erst nach der Eintragung resultiert.

- Drittens schließlich kann die Mitbestimmungsvereinbarung durch Neuverhandlungen modifiziert werden. § 18 Abs. 3 SEBG ordnet das nur für den seltenen Fall der strukturellen Änderung an. Weder organisches Unternehmenswachstum noch Betriebs- und Anteilserwerb fallen darunter. § 21 Abs. 4 SEBG empfiehlt zusätzlich eine Regelung dieser Neuverhandlungen. Richtigerweise sollte jede Mitbestimmungsvereinbarung eine Änderungsklausel enthalten, die den existierenden SE-Betriebsrat und die SE-Leitung zu abschlußbefugten Parteien erklärt. Für Erweiterungen der Unternehmensmitbestimmung ist an einen Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung zu denken – damit nicht der Vorstand eigenmächtig in die Satzung hineinregieren kann!

## VI. Auffanglösung: Probleme in der Unternehmensmitbestimmung

Die Auffanglösung im Nichteinigungsfall ist nur für die betriebsverfassungsrechtliche Seite inhaltlich vorgegeben, wenn auch in einer äußerst lückenhaften Regelung. Hat das bVG die Verhandlungen nicht abgebrochen (was im Fall der Umwandlung nur bei der mitbestimmungsfreien AG zulässig ist) und kommen beide Seiten innerhalb der Verhandlungsfrist nicht zu einer wirksamen Einigung, so greift die Auffanglösung.

Für die betriebliche Mitbestimmung ist das der SE-Betriebsrat kraft Gesetzes. Er ist inhaltlich im SEBG selbst vorgegeben – freilich in einer nur rudimentären Regelung, vergleichbar dem EBRG, die viele im deutschen BetrVG normierte Fragen nicht behandelt.

Problematisch dagegen ist die Auffanglösung für die Unternehmensmitbestimmung: Sie ist inhaltlich nicht vorgegeben, sondern knüpft an den vorhandenen Mitbestimmungsbesitzstand in der AG an:

### 1. Maßgeblicher Zeitpunkt

Dies wirft die weitere zentrale Frage auf, welcher Zeitpunkt für das Eingreifen der Besitz-

standswahrung maßgeblich ist, genauer: welcher Mitbestimmungsbesitzstand zu welchem Zeitpunkt zur Auffanglösung wird. In Betracht kommen drei Zeitpunkte:

- Der **Beginn der Mitbestimmungsverhandlungen**, weil zu diesem Zeitpunkt die die Verhandlungen prägende Auffanglösung feststehen muß – und zwar wahlweise die Informationserteilung nach § 4 Abs. 2 SEBG, weil diese nach § 4 Abs. 4 SEBG für die ebenfalls an den Arbeitnehmerzahlen ausgerichtete Zusammensetzung des Verhandlungsgremiums führt – oder der Tag der Einladung zur konstituierenden Sitzung des besonderen Verhandlungsgremiums nach § 12 SEBG.
- Der **ergebnislose Abschluß der Verhandlungen**, da dieser zur Anwendung der Auffanglösung auf eine gegründete SE führt (§§ 22 Abs. 1 Nr. 2, 34 Abs. 1 ES SEBG).
- Die **Eintragung der SE in das Handelsregister**, Art. 16 SE-VO, mit der diese als juristische Person entsteht und erst zu diesem Zeitpunkt die Mitbestimmung kraft Gesetzes überhaupt greifen kann. Das wird vor allem dann bedeutsam, wenn sich die Eintragung verzögert, sei es wegen registergerichtlicher Zwischenverfügungen, sei es wegen einer aktienrechtlichen Beschlußmängelklage mit Freigabeverfahren.

Der **Verhandlungsbeginn muß** mit *Krause* und gegen *Jacobs* von vornherein **ausscheiden**: Schon für die Zusammensetzung des Verhandlungsgremiums ordnet das SEBG in § 5 Abs. 4 eine nachträgliche Korrektur an und zeigt damit, daß Veränderungen „in der Struktur oder Arbeitnehmerzahl der beteiligten Gesellschaften“ im Verhandlungsverfahren zu berücksichtigen sind. Insofern ist auch zu berücksichtigen, daß die Arbeitnehmerzahl während des Verhandlungsverfahrens sinken kann. Das wiederum würde heißen, daß die Arbeitgeberseite im Fall einer Absenkung des Mitbestimmungsstatuts im Laufe der Verhandlungen genötigt wäre, das SE-Gründungsverfahren abzubrechen, um nicht eine zu intensive Mitbestimmung festzuschreiben.

Davon abgesehen liegt es in der Natur jedes längerwährenden Verhandlungsprozesses, daß Veränderungen des Verhandlungsgegenstandes in der Verhandlungszeit aufgenommen werden. Das ist den Beteiligten auch ohne weiteres möglich – anders als die Berücksichtigung solcher Veränderungen, die nach Verhandlungsende, aber vor Eintragung eintreten.

Das **SEBG** sagt zu dieser Frage nichts, sondern bestimmt in §§ 22, 34 SEBG lediglich, daß das Scheitern der Verhandlungen die Anwendbarkeit der Auffanglösung zur Folge hat. Geregelt ist nur für den SE-Betriebsrat kraft Gesetzes, daß für die Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer das Ende des Verhandlungszeitraumes maßgebend ist, § 23 Abs. 1 Satz 4 SEBG; für die Mitbestimmung der §§ 34 ff. SEBG fehlt jede Festlegung.

§ 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG spricht nur den Mitbestimmungsregeln, die „vor der Umwandlung“ gegolten haben; Nr. 2 und 3 sprechen von den Formen der Mitbestimmung, die „vor der Eintragung“ bestanden haben. In § 15 Abs. 4 SEBG ist „Minderung der Mitbestimmungsrechte“ ohne einen Zeitbezug definiert. Die **Richtlinie** – die im Wege europafreundlicher Auslegung zu konsultieren ist – bestimmt den Zeitpunkt des „Vorher“ für die Anwendung des „Vorher-Nachher-Prinzips“ ebenfalls nicht. Auch das „modernere“ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung definiert

einen solchen Zeitpunkt nicht, sondern stellt darauf ab, daß „vor der Eintragung der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden haben“, § 23 Abs. 1 Satz 2 MgVG.

Die funktionale Auslegung spricht zunächst für das **Ende der Verhandlungen**: Denn die Verhandlungen finden vor dem Hintergrund der Auffanglösung statt („bargaining in the shadow of the law“). Eine Änderung des Auffang-Mitbestimmungsstatuts in der Zeit zwischen Verhandlungsende und Eintragung können die Verhandlungsparteien nur dann antizipieren, wenn ihnen diese bekannt ist. Besonders deutlich wird das, wenn die Auffanglösung als solche vereinbart wird, § 34 Abs. 1 Eingangssatz iVm § 22 Abs. 1 Nr. 1, § 21 Abs. 5 SEBG. Das setzt sinnvollerweise voraus, daß die vereinbarte Auffanglösung bekannt ist. Sonst würde die Mitbestimmungsvereinbarung ein zunächst unbekanntes Mitbestimmungsstatut, nämlich dasjenige, das aus Änderungen bis zur Eintragung resultiert, zum Inhalt haben. Insofern wäre die Vereinbarung eine bloße dynamische Verweisung.

Vor allem aber müssen sich gewillkürte Mitbestimmungsmodelle nach § 34 Abs. 1 SEBG daran an der Besitzstandswahrungsvorgabe messen lassen:

- Das gilt besonders im Fall der identitätswahrenden Umwandlung einer AG in eine SE nach §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 21 Abs. 6, 15 Abs. 5 SEBG. Hier ist die Vereinbarung selbst am Mitbestimmungs-Besitzstand zu messen. Das kann aber wiederum nur derjenige sein, der zum Ende des Verhandlungsverfahrens maßgeblich ist. Andernfalls könnte bei nachträglicher Intensivierung des Mitbestimmungsregimes die ursprünglich wirksame Mitbestimmungsvereinbarung nachträglich unwirksam werden. Das verträgt sich nicht mit dem Grundprinzip, daß die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften grundsätzlich nach den Umständen zu ihrem Vornahmezeitpunkt zu beurteilen ist. Immerhin ist andererseits denkbar, daß die Parteien der Mitbestimmungsvereinbarung eine abzusehende Änderung in ihre Vereinbarung vorgreiflich aufnehmen.
- Ähnliches gilt für die relative Besitzstandswahrung, die vom Willen und der Beschlußlage des besonderen Verhandlungsgremiums abhängt, in den Fällen der Gründung durch Verschmelzung (§ 15 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 34 Abs. 1 Nr. 2 lit a und b SEBG) oder der Gründung einer Tochter- oder Holding-SE (§ 15 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 34 Abs. 1 Nr. 2 lit a und b SEBG) sowie im Fall der Auswahl unter konkurrierenden Mitbestimmungsformen nach § 34 Abs. 2 SEBG. So wäre es kaum verständlich, daß eine Mitbestimmungsintensivierung zwischen Verhandlungsabschluß und Eintragung die Vereinbarung nachträglich zur Mitbestimmungsminderung machte, weswegen nachträglich rückwirkend ein Beschluß mit den qualifizierten Mehrheiten des § 15 Abs. 3 Satz 1 SEBG erforderlich wäre. Auch eine nachträgliche Veränderung der Arbeitnehmerzahlen, die sich auf die 25- oder 50-Prozent-Schwelle in §§ 15 Abs. 3 Satz 2 und 34 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 SEBG auswirkte, könnte im Scheiternsfall der Verhandlungen nachträglich zu einem Beschlußerfordernis führen oder dieses entfallen lassen, weswegen ein Verzicht des Verhandlungsgremiums auf eine solche Besitzstandswahrung nachträglich unzulässig werden könnte.

Schließlich: Ändern sich die Umstände nach dem maßgeblichen Zeitpunkt des Ver-

handlungsendes, so ist nicht der automatische gesetzliche Durchgriff die richtige Antwort, sondern Neuverhandlungen. Das bestätigt für den Sonderfall des Verhandlungsabbruchs nach § 16 Abs. 1 SEBG die Neuverhandlungspflicht des § 18 Abs. 1 SEBG. Die dortige Zwei-Jahres-Sperre beginnt gerade nicht mit der Eintragung der SE, sondern mit dem Abbruchbeschuß des Verhandlungsgremiums – also diesen Sonderfall des Verhandlungsendes.

Die Besitzstandswahrung ist also funktional mit dem Verhandlungsende verknüpft, weil zu diesem Zeitpunkt klar sein muß, inwieweit Vertrags- und Beschlußrechte des Verhandlungsgremiums reichen.

Für eine Berücksichtigung des Eintragszeitpunktes und der geltenden Mitbestimmungsvorgaben sprechen allerdings drei Argumente:

- Bei der identitätswahrenden Umwandlung einer AG in eine SE, geht das SEBG – wie andere Umwandlungsregeln auch – vom Kontinuitätsgedanken aus. Diejenige Mitbestimmungssituation, die in der AG in ihrer letzten juristischen Sekunde gegolten hat, soll sich – wie alle anderen Rechtsverhältnisse auch, in der Societas Europaea fortsetzen. Das bestätigt insbesondere Art. 37 Abs. 9 SE-VO, der mit Eintragung der umgewandelten SE die bestehenden Rechte und Pflichten hinsichtlich der Beschäftigungsbedingungen auf die SE übergehen läßt. Dieser Kontinuitätsgedanke wäre durchbrochen, wenn „letzte Mitbestimmungsänderungen“ zwischen Verhandlungsende und Eintragung ausgeblendet oder übersprungen würden. Auch knüpft die Mißbrauchsvermutung in § 43 SEBG an das Jahr ab Eintragung und nicht ab Verhandlungsende an.
- Scheitern die Verhandlungen, greift die Mitbestimmung kraft Gesetzes auch aufgrund Gesetzes als Rechtsgrund. Der Gesetzgeber fingiert nicht etwa die Auffanglösung als Not-Inhalt einer hypothetischen Vereinbarung, sondern läßt eine gesetzliche Mitbestimmungsordnung greifen, für die das Scheitern der Verhandlungen nur Tatbestandsvoraussetzung ist. Insofern also ist die Mitbestimmung kraft Gesetzes zunächst von den Verhandlungen abgekoppelt und könnte sich auf den Eintragszeitpunkt beziehen.
- Wer der Beteiligungsrichtlinie und dem SEBG als Zentralprinzip den lückenlosen Schutz der Arbeitnehmer vor einer Minderung ihrer Beteiligungsrechte entnimmt, muß diesen Schutzgedanken auch auf zwischenzeitliche Mitbestimmungsintensivierungen anwenden.

Indes: Vorrangiges Prinzip der Mitbestimmung in der SE ist das Verhandlungsprinzip; die Besitzstandswahrung flankiert dieses nur und greift strikt nur bei der Umwandlung und sonst nicht. Die Mitbestimmung kraft Gesetzes enthält keine aus sich heraus umfassend anwendbare Mitbestimmungslösung, sondern gewährt dem Verhandlungsgremium einseitige Wahl- und Optionsrechte zur Gestaltung (§ 34 Abs. 1 Nrn. 2 lit b und 3 lit b, Abs. 2 Satz 1 SEBG). Diese können nur in der Verhandlungsphase getroffen werden; weil das Amt des Verhandlungsgremiums spätestens mit dem Fristablauf des § 20 SEBG endet.

Wie § 18 SEBG zeigt, sind spätere Willensbildungen für die Belegschaft von einem neuen Verhandlungsgremium zu verantworten. Schließlich ist auch der Kontinuitätsgedanke nicht derart strikt zu verstehen, daß schlechterdings jede punktuelle Mitbestimmungs-



intensivierung zwischen Verhandlungsende und Eintragung petrifizierte. Das nämlich würde zu einem systemwidrigen Sonderrecht nur für die Umwandlung führen, das seinerseits das Grundprinzip der Verhandlungslösung in Frage stellte.

### 2. Praktizierte Mitbestimmung oder nachträgliches Statusverfahren?

Welchen Stand die Unternehmensmitbestimmung aufweist, bemißt die Praxis typischerweise an der Mitbestimmungshandhabung im Unternehmen: Ist der Aufsichtsrat mitbestimmungsfrei, drittelbeteiligt oder paritätisch besetzt, wird dies vielfach für bare Münze genommen. Indes kann die bisherige Mitbestimmungspraxis von den normativen Vorgaben abweichen, etwa weil die Arbeitnehmerzahl seit der letzten Aufsichtsratswahl über 500 oder 2000 gewachsen ist oder weil ein Tendenzprivileg entfallen ist.

Nun kann der Besetzungsfehler grundsätzlich nur im Statusverfahren nach § 98 AktG gerügt werden. Nach der Umwandlung aber, wenn Streit über die Auffanglösung aufkommt, unterfällt die SE keinem deutschen Mitbestimmungsrecht mehr. Kommt es also auf die faktische oder die normative Zusammensetzung des Aufsichtsrates an und kann ein Statusverfahren gem. §§ 98 ff. AktG auch noch nach Umwandlung in eine SE durchgeführt werden, um einen Mitbestimmungsstand als Auffanglösung herbeizuführen, der im Unternehmen nicht praktiziert worden ist?

Gem. § 35 Abs. 1 SEBG bleibt nach Umwandlung in eine SE die Regelung zur Mitbestimmung erhalten, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat. Der Wortlaut läßt hier beide Interpretationsmöglichkeiten zu. Dies relativiert sich jedoch bei einem Blick auf die dem SEBG zugrunde liegende Richtlinie und die Gesetzeserwägungen:

- So bestimmt bereits § 1 Abs. 3 SEBG, daß die Vorschriften des SEBG so auszulegen sind, daß das Ziel, die Beteiligung der Arbeitnehmer sicherzustellen, gefördert wird.
- Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2001/86/EG des Rates besagt, daß die Gründung einer SE nicht zur Beseitigung oder zur Einschränkung der Gepflogenheiten der Arbeitnehmerbeteiligung führen darf.
- Im Anhang Teil 3 a) der Richtlinie 2001/86/EG des Rates wird als Auffanglösung für die Umwandlung in eine SE festgelegt, daß alle Vorschriften eines Mitgliedsstaates über die Mitbestimmung, die vor der Umwandlung galten, auch weiterhin Anwendung finden. Vorschriften finden aber auch dann Anwendung, wenn sie nicht befolgt werden.
- Der Mißbrauch der SE, um den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten, wird nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG unter Strafe gestellt.

Angesichts dieser starken Absicherung der Arbeitnehmerbeteiligungsrechte spricht einerseits manches dafür, daß ein rechtswidriger mitbestimmungsfreier oder mitbestimmungsarmer Zustand einer AG nicht durch Umwandlung in eine SE perpetuiert werden darf. Zweifel an diesem Ergebnis können jedoch aufgrund des Status-quo-Prinzips des § 96 Abs. 2 AktG entstehen. Danach kann eine Änderung der Aufsichtsratszusammensetzung, die auf einer Änderung rechtlicher oder tatsächlicher Umstände beruht, nur erfolgen, wenn zuvor ein förmliches Verfahren nach den §§ 97 ff. AktG durchgeführt worden ist. Fällt also das Mitbestimmungsprivileg des § 1 Abs. 4 MitbestG weg, so führte dies an sich dazu, daß

der Aufsichtsrat nun unter Beteiligung der Arbeitnehmer zusammensetzen wäre. Dennoch darf der Aufsichtsrat nicht nach den nun geltenden Vorschriften des MitbestG zusammengesetzt werden, solange kein Verfahren nach den §§ 97 ff. AktG durchgeführt worden ist, selbst wenn zwischen allen Beteiligten Einigkeit über die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats besteht. Vor Abschluß des Statusverfahrens gilt der amtierende, fehlerhaft zusammengesetzte Aufsichtsrat als rechtmäßig. Dies bedeutet, daß auch das angewandte Mitbestimmungsstatut bis zum Abschluß des Verfahrens Bestandsschutz genießt.

Daraus ließe sich folgern, daß dieses vor Abschluß des Statusverfahrens bestandsgeschützte Mitbestimmungsstatut auch die maßgebliche Auffanglösung im Rahmen der Mitbestimmung bei Umwandlung in eine SE sein muß. Mit anderen Worten: Wird in der umzuwandelnden AG keine Mitbestimmung praktiziert und ist ein Statusverfahren weder durchgeführt noch eingeleitet, so verbliebe es in der SE bei der Mitbestimmungsfreiheit. Dafür ließen sich Gründe der Rechtssicherheit anführen: Im Zeitpunkt der Umwandlung muß klar sein, welche Auffanglösung hinsichtlich der Mitbestimmung gilt. Da aber das Gesetz eine Anwendung anderer gesetzlicher Vorschriften zur Aufsichtsratszusammensetzung verbietet, wenn nicht zuvor ein Statusverfahren durchgeführt wurde, so kann auch die Auffanglösung nur in der Anwendung der bisher für die Gesellschaft geltenden Normen bestehen. Nur eine rechtssichere Anwendung des bisherigen Mitbestimmungsstatuts gewährleistet zudem den Verhandlungsmodus der Mitbestimmung in der SE: Ist ungewiß, welches Statut (Mitbestimmungsfreiheit, Drittelbeteiligung oder Parität) für die Auffanglösung heranzuziehen ist, so können die Vertragsparteien nicht sachgerecht verhandeln. Jede Verhandlung stünde unter der Bedrohung, daß im Nachhinein festgestellt wird, daß eine andere Auffanglösung einschlägig ist. Im Fall der Umwandlung zwingt das Verschlechterungsverbot der §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG (iVm §§ 15 Abs. 5, 16 Abs. 3, 21 Abs. 6, 35 Abs. 1 SEBG) womöglich zur nachträglichen Korrektur nach oben.

Allerdings steht ein derart weitreichender Schutz des Unternehmens letztlich im Widerspruch zur materialen Besitzstandswahrung. Das Statusverfahren soll die Kontinuität der Aufsichtsratsarbeit sicherstellen. Im Interesse der Rechtssicherheit dürfen Aufsichtsratsbeschlüsse nicht nichtig sein, auch wenn der Aufsichtsrat fehlerhaft besetzt war. Besteht daher Ungewißheit über die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrates, so ist zur Klärung dieser Ungewißheit das Statusverfahren einzuleiten. Damit die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft erhalten bleibt, wird die Zusammensetzung des Aufsichtsrates jedoch bis zum Abschluß des Verfahrens als ordnungsgemäß fingiert. Zweck des zwingenden Statusverfahrens ist es nicht, einen rechtswidrigen Zustand „auf ewig“ zu perpetuieren. Eben hierzu käme es, wenn die Sperrwirkung des Statusverfahrens als gesetzliche Auffanglösung im Rahmen des § 35 Abs. 1 SEBG diene und mithin eine Korrektur der Zusammensetzung für die Zukunft nicht mehr möglich wäre.

Der Rechtssicherheit ist genüge getan, wenn das bisherige Mitbestimmungsstatut auch nach Umwandlung in eine SE zunächst fortgilt. Allerdings erfolgt dann kein „Einfrieren“ des Mitbestimmungsstatuts der SE auf die bis dahin praktizierte Mitbestimmung. Gesetzliche Auffanglösung bleibt vielmehr die an sich rechtmäßige Aufsichtsratszusammensetzung nach dem Mitbestimmungsgesetz. Praktizierte und gesetzlich vorgesehene Zu-

sammensetzung des Aufsichtsrates fallen dann auseinander.

Den Nachteilen, die insbesondere der Gesellschaft durch diese Unsicherheit entstehen, kann sie selbst begegnen: Das Statusverfahren ist nicht nur dann zulässig, wenn ein Streit um den maßgeblichen Mitbestimmungsstatus entstanden ist, sondern nach dem eindeutigen Wortlaut von § 98 AktG auch schon dann, wenn es nur „ungewiß“ ist, „nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammengesetzt ist“. Antragsberechtigt ist auch der Vorstand, § 98 Abs. 2 Nr. 1 AktG, der auf diese Weise vor der Umwandlung in eine SE rechtskräftig feststellen lassen kann, welches Statut gilt. Die Rechtskraft der Entscheidung ist dann ohne weiteres Grundlage auch für die Auffanglösung.

Richtigerweise muß unter diesen Umständen auch nach Umwandlung in eine SE noch eine **nachträgliche Feststellung des Mitbestimmungsstatuts** erfolgen können. Die SE unterliegt gem. Art. 9 Abs. 1 b ii Verordnung (EG) Nr. 21577/2001 des Rates über das Statut der europäischen Gemeinschaft den Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würden, sofern die Bereiche nicht von der Verordnung geregelt sind. Zudem müssen die Mitgliedsstaaten gem. Art. 12 Abs. 2 Richtlinie 2001/86/EG des Rates dafür sorgen, daß Gerichtsverfahren bestehen, mit denen die Erfüllung der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen durchgesetzt werden können. Eben dies belegt § 17 Abs. 3 SEAG, der das Statusverfahren für die SE modifiziert – insbesondere dahin, daß auch der SE-Betriebsrat antragsbefugt ist.

Durchaus offen ist die Frage, ob die nachträgliche Feststellung des Mitbestimmungsstatuts den ordentlichen Gerichten im Statusverfahren des § 98 AktG erfolgt oder ob die Arbeitsgerichte zuständig sind. Zwar geht das Statusverfahren als spezielleres Verfahren mit ausschließlicher Zuständigkeit der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gem. § 2a Abs. 1 Nr. 3d ArbGG vor. Indes ist es durchaus fraglich, ob das Statusverfahren für eine SE überhaupt zulässig ist. Denn das Mitbestimmungsstatut folgt hier nicht aus einem der in § 96 AktG genannten Gesetze, sondern aus der Mitbestimmungsvereinbarung. Diese wird zwar durch die Auffanglösung inhaltlich vorgeprägt und im Scheiternsfall durch die Mitbestimmung kraft Gesetzes nach den §§ 34 ff. SEBG vorgegeben. Diese habe den Charakter einer vertragsersetzenden Regelung, weswegen die (mitbestimmungsfreundlicheren) Arbeitsgerichte zu entscheiden hätten.

Mit *Wißmann* ist sorgsam zu trennen: Die Arbeitsgerichte sind für die Kontrolle des Verhandlungsverfahrens zuständig und stellen fest, ob es zu einer wirksamen Vereinbarung gekommen ist. Das zeigt die Zuständigkeitsregelung des § 82 Abs. 3 ArbGG. Nach § 2a Abs. 1 Nr. 3d ArbGG ist dem Arbeitsgericht die Mitbestimmung kraft Gesetzes nach §§ 34-39 SEBG gerade in der Weise entzogen, wie die Unternehmensmitbestimmung nach deutschem Mitbestimmungsrecht in § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG: Die Arbeitsgerichte sind danach zuständig nur für das „Wie“ der Besetzungsfragen (Wahl der Arbeitnehmervertreter und Abberufung) aber nicht über die Festlegung des maßgeblichen Mitbestimmungsstatuts. Damit also ist das Landgericht zuständig für:

- die Bestimmung der gesetzlichen Auffanglösung (und auch des maßgeblichen Zeitpunktes) oder

- die Prüfung, ob die konkrete Aufsichtsratszusammensetzung dem vereinbarten Mitbestimmungsstatut (das inhaltlich von den Arbeitsgerichten bestimmt wird) entspricht.

Nur das ist richtig: Für die monistische SE mit einheitlichem Verwaltungs- und Kontrollorgan ist der Vorrang des Statusverfahrens in § 26 SEAG ausdrücklich bestimmt. Für die dualistisch verfaßte SE kann nichts anderes gelten; offenbar geht der deutsche Gesetzgeber davon aus, daß die Generalverweisung in Art. 9 Abs. 1 lit c Nr. ii SE-VO auf das deutsche Aktienrecht auch zum Statusverfahren führt. Bestätigt wird das durch § 17 Abs. 3 SEAG.

## VII. Ausblick

Die SE bringt dem Arbeitgeber entscheidende mitbestimmungsrechtliche Vorteile:

Eine Flucht aus der Mitbestimmung ist zwar wegen umfassender Besitzstandswahrung nicht möglich, wohl aber eine Abwehr drohender Mitbestimmung oder Mitbestimmungsschärfung. Deswegen darf eine wachsende Bereitschaft mittelständischer Unternehmen mit knapp unter 2000 Beschäftigten zur Umwandlung erwartet werden – um die Drittelbeteiligung auf ewig festzuschreiben. Nachgerade sensationell wirkt sich die Vorher-Nachher-Lösung auf Tendenzkonzerne aus: Die tendenzspezifische Mitbestimmungsfreiheit läßt sich einfrieren, auch wenn die Konzernmutter operatives Tendenzgeschäft verlagert und zur Holding ohne Tendenzgepräge wird.

Aber auch sonst lassen sich „unerwünschte“ Begleiterscheinungen der Unternehmensmitbestimmung beseitigen. Die mitunter teure Aufsichtsratswahl der Arbeitnehmervertreter wird durch ein Entsenderecht aus dem SE-Betriebsrat ersetzt. Unternehmensfremde Arbeitnehmervertreter können „ausgesperrt“ werden. Und schließlich läßt sich der Aufsichtsrat elegant verkleinern.

Diese Wunschliste mancher mitbestimmungskritischer Unternehmen muß allerdings erkaufte werden mit einem einmaligen bürokratischen Aufwand der SE-Errichtung mit seinem überkomplexen Mitbestimmungsverhandlungsverfahren. Die bisherigen Erfahrungen freilich sind verhalten positiv.

Gesellschaftspolitisch gerät durch Verbreitung der SE die deutsche Mitbestimmung und vor allem das MitBestG 1976 unter Druck. Austrocknung wie bei der Montanmitbestimmung droht derzeit nicht. Wohl aber ein gewisser Wettbewerbsdruck durch jene Unternehmen, die mit schlankerer Mitbestimmung beweglicher sind und dadurch Wettbewerbsvorteile erreichen können.

---

## Sozialpartnerschaftliche Mitbestimmungsverhandlungen in der BASF SE

Dr. Volkmar Oberklus

BASF SE, Leiter Labour Relations, Strukturveränderung

Thomas Peter

BASF SE, Betriebsrat

