



Vereinbarte Mitbestimmung in der SE

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble und Abbo Junker

Band 12

Vereinbarte Mitbestimmung in der SE

5. ZAAR-Kongress



ZAAR Verlag München 2008

Bibliographische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie;
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2008 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: Lipp GmbH Graphische Betriebe
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847

ISBN 978-3-939671-04-6

Vorwort

Die Societas Europaea (SE) als erste (und nicht letzte) Europäische Gesellschaftsrechtsform ist attraktiv. Nicht nur, aber auch wegen ihres 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.

München, September 2008

Professor Dr. Volker Rieble

Professor Dr. Abbo Junker

Inhaltsübersicht	Seite
Vorwort	5
Inhaltsübersicht	7
Abkürzungsverzeichnis	9
§ 1 SE und Gestaltung der Mitbestimmung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht	13
A. Referat Carsten Schäfer	14
I. Einführung	14
II. Steuerung der Mitbestimmung durch gesellschaftsrechtliche Gestaltung	18
III. Gestaltung der Mitbestimmung durch die Mitbestimmungsvereinbarung	25
IV. Fazit	35
B. Diskussion	37
§ 2 Chancen und Risiken der Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung	45
A. Referat Markus Rehberg	46
I. Chancen des Verhandlungsmodells	48
II. Reichweite der Inhaltsfreiheit	57
III. Zusammenfassung und Ausblick	63
B. Diskussion	65
§ 3 SE-Mitbestimmungsvereinbarung: Verfahren, Fehlerquellen und Rechtsschutz	73
A. Referat Volker Rieble	75
I. Mitbestimmungs-Vereinbarungslösung	75
II. Rechtsnatur: Betriebsverfassungsrechtliche normative Mitbestimmungsstrukturvereinbarung	78
III. Das Vereinbarungsverfahren	82
IV. Verhandlungsphase und Vertragsschluß	96

V. Nachlaufphase	104
VI. Auffanglösung: Probleme in der Unternehmensmitbestimmung	105
VII. Ausblick	114
B. Diskussion	116
§ 4 Sozialpartnerschaftliche Mitbestimmungsverhandlungen in der BASF SE	125
A. Referat Volkmar Oberklus	126
I. Das Unternehmen	126
II. Umwandlung in eine Societas Europaea (SE)	127
III. Prozessverlauf	128
IV. Grundsätze für eine sozialpartnerschaftliche Verhandlung	131
V. Inhalte der BASF SE Beteiligungsvereinbarung	135
VI. Zusammenfassung	137
B. Diskussion	139
Diskussionsteilnehmer	147
Sachregister	148

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung	BT-Drucks.....	Bundestags- Drucksache
a.a.O.	am angegebenen Ort	BVG.....	Besonderes Ver- handlungsgremium
ABLEG.....	Amtsblatt der Eu- ropäischen Ge- meinschaft	bzw.....	beziehungsweise
Abs.	Absatz	ca.....	circa
AcP.....	Archiv für civilisti- sche Praxis	DB.....	Der Betrieb
AG.....	Aktiengesellschaft, Amtsgericht, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)	d.h.....	das heißt
AktG.....	Aktiengesetz	ders.	derselbe
Anm.....	Anmerkung	DrittelbG.....	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrecht
AP.....	Arbeitsrechtliche Praxis	EBIT.....	Earnings before In- terest and Taxes
ArbG.....	Arbeitsgericht	EBR.....	Europäischer Be- triebsrat
ArbGG.....	Arbeitsgerichtsge- setz	EBRG.....	Gesetz über Euro- päische Betriebsrä- te
arg.	argumentum	EG.....	Europäische Ge- meinschaft
Art.	Artikel	EU.....	Europäische Union
Aufl.....	Auflage	EuGH.....	Europäischer Ge- richtshof
Az.	Aktenzeichen	EWG.....	Europäische Wirt- schaftsgemein- schaft
BAG.....	Bundesarbeits- gericht	EWiR.....	Entscheidungen zum Wirtschafts- recht
BB.....	Der Betriebs- Berater	EWR.....	Europäischer Wirt- schaftsraum
Bd.	Band	EzA.....	Entscheidungs- sammlung zum Ar- beitsrecht
BegrRegE.....	Begründung zum Regierungsentwurf	f.	folgende Seite
BetrVG.....	Betriebs- verfassungsgesetz	ff.....	folgende Seiten
BGB.....	Bürgerliches Ge- setzbuch	FGG.....	Gesetz über die An- gelegenheiten der Freiwilligen Ge- richtsbarkeit
BGH.....	Bundesgerichtshof	Fn.....	Fußnote
BGHZ.....	Entscheidungen des Bundesge- richtshofes in Zivil- sachen	FS.....	Festschrift
BR-Drucks.....	Bundesrats- Drucksache		

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	OLG	Oberlandesgericht
GmbHRR.....	GmbHRRundschau	RdA.....	Recht der Arbeit
Hg.	Herausgeber	RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
HGB	Handelsgesetzbuch	Rn.	Randnummer
h.M.....	herrschende Meinung	S.....	Seite
HRV	Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters	s.	siehe
i.V.m.	in Verbindung mit	SCE	Societas Cooperativa Europaea
IG	Industriegewerkschaft	SCEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft
InsO	Insolvenzordnung	SE	Societas Europaea
Kap.....	Kapitel	SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
LAG	Landesarbeitsgericht	SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft
LG	Landgericht	SE-RL	SE-Richtlinie
lit.....	litera	SE-VO	SE-Verordnung
m.E.....	meines Erachtens	sog.	sogenannte/r/s
MgVG.....	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung	SprAuG	Sprecherausschussgesetz
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer	TVG.....	Tarifvertragsgesetz
MontanMitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz	u.a.....	unter anderen/unter anderem
Mrd.	Milliarde/n	UmwG.....	Umwandlungsgesetz
m.w.N.....	mit weiteren Nachweisen	Unterabs.	Unterabsatz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	USA.....	Vereinigte Staaten von Amerika
NJW-RR.....	NJW-Rechtssprechungs-Report	usw.	und so weiter
Nr.	Nummer		
NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht		
NZG.....	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht		

VAA	Verband angestellter Akademiker und leitender Angestellter der Chemischen Industrie e.V.	ZGR.....	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
vgl.....	vergleiche	ZHR.....	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
z.B.	zum Beispiel	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	ZPO	Zivilprozessordnung
ZESAR.....	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht		

§ 1 SE und Gestaltung der Mitbestimmung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

	Rn.
A. Referat Carsten Schäfer	1
I. Einführung	1
1. Die SE als Rechtsform zur Gestaltung der Mitbestimmung	1
2. Einführungsbeispiel: Die Gründung der F. Porsche Holding SE	5
II. Steuerung der Mitbestimmung durch gesellschaftsrechtliche Gestaltung	9
1. Einführung	9
2. Gründung einer mitbestimmungsfreien SE; insbesondere Vorrats-SE	10
3. Neuverhandlungspflicht bei strukturellen Änderungen auf SE-Ebene (§ 18 Abs. 3 SE-VO)	13
4. Keine Konzernzurechnung nach § 5 MitbestG bei der konzernleitenden SE	19
5. Fazit: Empfehlenswerte gesellschaftsrechtliche Strategien	23
III. Gestaltung der Mitbestimmung durch die Mitbestimmungsvereinbarung	28
1. Einführung	28
2. Zum Verhältnis zwischen Mitbestimmungsautonomie und Organisationsverfassung der SE	32
a. Inhalt der Vereinbarung und Satzungsautonomie im Allgemeinen	32
b. Keine Kompetenz für Regeln zur Ausschussbildung und über Zustimmungsvorbehalte	40
c. Insbesondere die Größe des Aufsichtsrats	43
d. Bindung des Vorstands an die offengelegte Mitbestimmungsvereinbarung?	45
IV. Fazit	50
B. Diskussion	59

A. Referat Carsten Schäfer*

I. Einführung

1. Die SE als Rechtsform zur Gestaltung der Mitbestimmung

- 1 Für die anfänglich sehr reservierte Praxis überraschend, schickt sich derzeit ausgerechnet die **deutsche** SE an, ein Erfolgsmodell zu werden. Gepeist aus der Umständlichkeit des Arbeitnehmer-Beteiligungsverfahrens bei einer SE-Gründung sowie aus dem hohen deutschen Mitbestimmungsstandard, der über die Auffangregelung auch für die deutsche SE bedeutsam ist, war zunächst fast allgemein erwartet worden, dass sich gerade die Mitbestimmungsregeln als veritabler Hemmschuh für die Verbreitung der SE in Deutschland erweisen würden. Nur gut drei Jahre nach Inkrafttreten der deutschen Ausführungsbestimmungen zur SE-Verordnung (SE-VO) lässt sich nun konstatieren, dass geradezu das Gegenteil eingetreten ist: Die Aussicht, zu einer einvernehmlichen Mitbestimmungslösung zu gelangen, übt offenbar eine magische Anziehungskraft auf große und zunehmend auch auf mittelständische Unternehmen aus: Die Großen erhoffen sich allein durch die Verkleinerung ihres mitbestimmten Aufsichtsrats eine deutliche Effektivierung ihrer *Corporate Governance* und durch die stärkere Beteiligung ausländischer Arbeitnehmer eine gerechtere Repräsentation ihrer internationalen Belegschaft,¹ vielleicht auch die Zurückdrängung des Einflusses deutscher Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsgremium. Die spektakulärsten Gründungsfälle der letzten Zeit – Allianz, BASF, Fresenius und Porsche – haben zudem für eine hohe Aufmerksamkeit der Wirtschaftspresse gesorgt.
- 2 Aber auch der Mittelstand hat guten, wenn nicht besseren Anlass, sich mit den Gestaltungsmöglichkeiten der SE zu befassen – erinnert sei nur an das von *Volker Rieble* schon 2006 geprägte Stichwort „Schutz vor paritätischer Mitbestimmung“.² In der Tat fürchten mittelständische Unternehmen vor allem die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat, und insofern bietet die SE wachsenden Unternehmen ein probates Mittel, vor Erreichen der magischen 2.000er Schwelle (bezogen auf die Arbeitnehmer) den Stand der Mitbestimmung gleichsam einzufrieren, also die Dynamik der deutschen Mitbestimmung samt ihrer weitreichenden Konzernzurechnungsregel (§ 5 MitbestG) auszuschalten. Für die SE-Mitbestimmung gilt nämlich: Ob das Erreichen bestimmter Schwellenwerte zu einer Änderung der Beteiligungsrechte führt, ist in erster Linie Sache der Verhandlungs-

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

1 Vgl. die Hinweise bei *J. Schmidt* in: Bayer (Hg.), Die Aktiengesellschaft im Spiegel der Rechtstatsachenforschung (2007), S. 77, auf die Fälle MAN Diesel SE und Allianz SE.

2 *Rieble*, Schutz vor paritätischer Unternehmensmitbestimmung, BB 2006, 2018.

partner. Insofern ist derzeit zwar zu beobachten, dass die Arbeitnehmerseite, versehen mit gewerkschaftlichen Empfehlungen, versucht, die Mitbestimmungslösung in der Vereinbarung zu dynamisieren, also gewissermaßen das deutsche Mitbestimmungsgesetz vertraglich für die SE in Geltung zu setzen. Indes wird sich kein Unternehmen leichten Herzens auf eine solche Regelung einlassen. Treffen die Parteien nämlich **keine** entsprechende Vereinbarung, so bleibt der bei Gründung erreichte Stand grundsätzlich erhalten – sofern nicht ausnahmsweise eine Neuverhandlungspflicht (dazu unter II 3) eingreift. Und dies gilt aufgrund der gesetzlichen Auffanglösung auch dann, wenn überhaupt kein Vertrag zur Mitbestimmung geschlossen wird. Anders verhält es sich nur beim SE-Betriebsrat (§ 25 SEBG), der für die gesellschaftsrechtliche Betrachtung aber nicht erheblich und daher auszuklammern ist.

Auf den zweiten Blick ist es also doch gar nicht so überraschend, dass gegenwärtig gut 44 % aller überhaupt gegründeten SE in Deutschland ansässig sind.³ Man muss allerdings an dieser Stelle konstatieren, dass die SE in jüngster Zeit Konkurrenz erhalten hat durch die **grenzüberschreitende Verschmelzung**. Denn die 10. Richtlinie ist seit knapp einem Jahr (25.4.2007) im deutschen UmwG (§§ 122a ff.) umgesetzt, und bietet ähnliche, wenn nicht attraktivere Gestaltungsoptionen. Auch hier kann über die Mitbestimmung verhandelt werden, und auch hier kann der aktuelle Status eingefroren werden, und zwar selbst dann, wenn eine deutsche GmbH oder AG als aufnehmende Gesellschaft beteiligt ist, so dass die Rechtsform nicht geändert zu werden braucht. Ferner muss bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht verhandelt werden, wenn entweder 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) – in beiden Fällen ist also ein international besetztes und kostenträchtiges Verhandlungsgremium entbehrlich.⁴ Schließlich kommt es bei der Verschmelzung nur dann zum Eingreifen der Auffangregelung, bei der sich der **höchste** Mitbestimmungsstandard durchsetzt, wenn mindestens **ein Drittel** der Arbeitnehmer mitbestimmt waren (§ 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MgVG) – bei der SE beträgt das Mindestquorum dagegen 25 %.

Mit diesen Stichworten ist das Tableau für die nachfolgende systematische Erörterung des Themas bereitet: Die gesellschaftsrechtliche Perspektive soll in zwei Abschnitten präsentiert werden; der **erste** wird sich mit der gesellschaftsrechtlichen Gestaltung zur Vermeidung oder Begrenzung der Mitbestimmung beschäftigen. Der **zweite** Teil ist dann den Gestaltungsmöglichkeiten **durch** die Mitbestimmungsvereinbarung und ihrem Verhältnis zur Organisationsverfassung der beteiligten Gesellschaften gewid-

3 Siehe den rechtstatsächlichen Befund bei *J. Schmidt* (Fn. 1), S. 56.

4 Vgl. nur *Teichmann*, Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, *Der Konzern* 2007, 89, 91 f.

met. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist allein die Mitbestimmung auf Unternehmensebene – also im Aufsichtsrat – interessant; der SE-Betriebsrat bleibt also ausgeklammert.

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

- 5 Vor die systematische Betrachtung sei noch ein Gestaltungsbeispiel gestellt, das ein erhebliches Presseecho ausgelöst hat und bei dem man sich die eben umrissenen Vorzüge der SE auf durchaus Respekt gebietende Weise zunutze gemacht hat. Es geht um Porsche. Am 24.10.2007 gab die Porsche AG folgende Pressemitteilung heraus, die ich – gekürzt – zitiere:

„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 ihrer 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.“

- 6 Diese etwas unscheinbare Meldung lässt nur ahnen, um welchen Schachzug es sich hier gehandelt hat: Die Porsche AG war seinerzeit lediglich zu knapp unter 30 % an VW beteiligt, mittlerweile sind es 31 %. Bei der Bildung des SE-Verhandlungsgremiums waren VW-Arbeitnehmer deshalb nach der klaren Regelung des SEBG nicht zu berücksichtigen; denn VW war keine Tochtergesellschaft von Porsche im Sinne von § 2 Abs. 3 SEBG, weil Porsche mit 30 % – noch – keinen beherrschenden Einfluss auf VW ausüben konnte (vgl. § 6 Abs. 2 EBRG). Vielmehr setzte sich das am 10.5.2007 gebildete BVG aus insgesamt 17 Delegierten zusammen, die allein aus dem Porsche-Konzern und dessen Gesellschaften in den EU-Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Irland, Italien, Österreich, Spanien und Tschechien sowie aus der IG Metall stammten.
- 7 Die VW-Arbeitnehmer waren aber nicht nur bei den Verhandlungen aus dem Spiel. Auch wenn Porsche die Mehrheit bei VW übernommen haben wird – das Übernahmeangebot läuft – werden sie nur insoweit Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Porsche SE erhalten, wie die – ohne ihre Beteiligung geschlossene – Vereinbarung ihnen dies ausdrücklich einräumt. Denn – wie noch zu diskutieren sein wird (unter II 3) – ist nach der sich gerade herausbildenden h.M. der Erwerb einer Mehr-

heitsbeteiligung kein Umstand, der eine erneute Verhandlungspflicht auslöst (§ 18 Abs. 3 SEBG). Porsche hat also alle Weichen gestellt, damit die durch andere Strukturen geprägten VW-Arbeitnehmer möglichst wenig Einfluss auf den mitbestimmten – und zudem auf zwölf Mitglieder verkleinerten – Aufsichtsrat⁵ gewinnen können. Immerhin sieht die Mitbestimmungsvereinbarung vor, dass nach dem Hinzutreten eines weiteren Teilkonzerns

„in einem ergebnisoffenen Verfahren die Arbeitnehmer beider Teilkonzerne angemessen im Aufsichtsrat der Porsche Automobil Holding SE repräsentiert werden“.

Und weiter:

„Für den Porsche-Vorstand war es ein zentrales Anliegen sicherzustellen, dass die Interessen der Arbeitnehmer der heutigen Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG in der künftigen Porsche Automobil Holding SE angemessen repräsentiert werden.“⁶

„Angemessen“ bedeutet in diesem Falle, dass die etwa 12.500 Porsche-Beschäftigten im Aufsichtsrat gleich stark vertreten sein werden wie die rund 360.000 Beschäftigten im VW-Konzern.

Die Angemessenheit wird von den VW-Arbeitnehmern freilich etwas anders beurteilt, wie schon der Versuch zeigt, im einstweiligen Rechtsschutz das Heil zu suchen – juristisch gesehen allerdings eher eine Verzweiflungstat; inzwischen ist erwartungsgemäß auch das Hauptsacheverfahren vor dem ArbG Stuttgart verloren gegangen.⁷ Der Unmut der Volkswagen-Belegschaft ist angesichts der erwähnten Zahlenverhältnisse allerdings nicht ganz unverständlich. VW-Betriebsratschefs *Osterloh* fordert weiterhin, dass die VW-Belegschaft im Vergleich zu den Porsche-Beschäftigten nicht unterrepräsentiert sein dürfe.

5 Zu dem Vorsitzenden des gerichtlich bestellten ersten Aufsichtsrats ist Dr. Wolfgang Porsche, der Gesamtbetriebsratsvorsitzende Uwe Hück zu seinem Stellvertreter gewählt worden. Dem ersten Aufsichtsrat der Porsche Automobil Holding SE, gehören auf der Arbeitnehmerseite neben Uwe Hück noch Werner Weresch (Betriebsrat Zuffenhausen/Ludwigsburg), Walter Uhl (Betriebsrat Weissach), Wolfgang Leimgruber (Vertreter Leitende Angestellte der Porsche AG) sowie Hans Baur und Hansjörg Schmierer (beide IG Metall Stuttgart) an. Die Mitglieder der Kapitaleseite sind identisch mit denen der bisherigen Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG (Quelle: Pressemitteilung Porsche vom 26.6.2007).

6 Presseerklärung (Fn. 5).

7 ArbG Stuttgart vom 29.4.2008 – 12 BV 109/97.

II. Steuerung der Mitbestimmung durch gesellschaftsrechtliche Gestaltung

1. Einführung

- 9 In dem soeben erörterten Fallbeispiel sind viele der im Folgenden zu erörternden Zweifelsfragen aus **gesellschaftsrechtlicher** Sicht relevant. Auszugehen ist hierbei von dem schon erwähnten tragenden Prinzip der Mitbestimmung bei der SE: Die SE ist keine originär mitbestimmte Rechtsform; vielmehr wird nur der zur Zeit ihrer Entstehung in den Gründungsgesellschaften bestehende Status gesichert; späteres Wachstum führt deshalb grundsätzlich **nicht** zur Anpassung der Mitbestimmungsregeln; ein Grundsatz, der – wenig aussagekräftig – auch als „Vorher-Nachher-Prinzip“ bezeichnet wird. Hiervon ausgehend, möchte ich drei Punkte mit Ihnen erörtern: Die Gründung einer mitbestimmungsfreien Vorrats-SE, die Durchbrechung der originären Mitbestimmungsfreiheit bei bestimmten Strukturänderungen und schließlich die Unanwendbarkeit der Konzernzurechnungsregel des § 5 MitbestG.

2. Gründung einer mitbestimmungsfreien SE; insbesondere Vorrats-SE

- 10 Eindeutig zu lösen ist der Fall, dass die Gründungsgesellschaften entweder ganz arbeitnehmerlos sind oder jedenfalls über weniger als zehn Arbeitnehmer verfügen; denn dies ist die Mindestbesetzung des Verhandlungsgremiums (§ 5 SEBG; Art. 3 Abs. 2 SE-RL).⁸ Eine solche Gesellschaft kann daher ohne Verhandlungen zur Mitbestimmung gegründet werden. Man mag zwar bezweifeln, ob es wirklich sinnvoll ist, das BVG gewissermaßen als Vollversammlung aller Arbeitnehmer zu installieren, also schon mit zehn Arbeitnehmern zu starten. Doch überwiegt das Interesse an Rechtssicherheit und -klarheit, das **für** eine starre Grenze spricht; und überzeugende Anhaltspunkte für eine höhere Anzahl lassen sich im Gesetz nicht finden. Wie an anderer Stelle näher begründet, lassen sich im Übrigen weder in der SE-VO noch in den deutschen Ausführungsbestimmungen Anhaltspunkte **gegen** die Eintragung einer arbeitnehmerlosen SE finden, typischerweise also einer Vorrats-SE.⁹ Die vereinzelt vertretene Gegenthese, derzufolge Art. 12 Abs. 2 SE-VO der Eintragung einer Vor-

8 Näher *Casper/Schäfer*, Die Vorrats-SE – Zulässigkeit und wirtschaftliche Neugründung, ZIP 2007, 653; *Seibt*, Arbeitnehmerlose Societas Europaea, ZIP 2005, 2248, 2250; *Noack*, Zur Auslegung von EGV 2157/2001 Art. 12 Abs. 2, EWiR 2005, 905, 906; *Casper*, Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeit bei der SE-Gründung, AG 2007, 97, 100; zu der sich aus § 5 Abs. 1 SEBG ergebenden Mindestzahl von zehn siehe nur *Jacobs*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (MünchKommAktG), Bd. 9/2, 2. Aufl. (2006), § 5 SEBG Rn. 2.

9 *Schäfer*, in: MünchKommAktG (Fn. 8), Art. 16 SE-VO Rn. 12 ff.; *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653, 654 f.

rats-SE entgegensteht,¹⁰ wird sich nicht durchsetzen, zumal sich die gegenwärtige Gerichtspraxis hiervon unbeeindruckt zeigt.¹¹ Die These ist auch nicht gut begründet; denn dem Schutzzweck des Art. 12 Abs. 2 SEVO, der für die Eintragung der SE grundsätzlich den Nachweis einer Mitbestimmungsvereinbarung verlangt, ist vollauf genüge getan, wenn das Beteiligungsverfahren nachgeholt wird, sobald die Vorrats-Gesellschaft mit einem Unternehmen ausgestattet wird. Das vom BGH für die Vorrats-Kapitalgesellschaft verfolgte Konzept der wirtschaftlichen Neugründung lässt sich ohne größere Probleme auf die SE übertragen und führt in der Sache zu angemessenen Ergebnissen.¹² Insbesondere erscheint es sachgerecht, dass einheitlich erst bei Ausstattung der Vorratsgesellschaft Verhandlungen aufgenommen werden, und zwar dann zwischen der SE-Leitung und den im Zuge der wirtschaftlichen Neugründung übernommenen Arbeitnehmern der SE; dies lässt sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG herleiten, auf den noch näher einzugehen ist. Meine **These** (Nr. 1) lautet insofern also:

These 1: Eine mitbestimmungsfreie SE kann wirksam gegründet 11
werden, sofern weder die beteiligten Gesellschaften noch die SE über insgesamt mehr als zehn Arbeitnehmer verfügen.

Hinzuzufügen ist: Auch wenn die Gründungsgesellschaften über mehr als zehn 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.

Daraus erhellt aber auch, dass eine Vorratsgesellschaft in der Regel nicht 12
dauerhaft von der Mitbestimmung befreit bleibt; denn auch nach dem Konzept des § 18 Abs. 3 SEBG tritt an die Stelle gescheiterter Verhandlungen eine gesetzliche Auffangregelung, die als Bezugspunkt nur das im Zuge der wirtschaftlichen Neugründung übertragene Unternehmen haben kann. Anderes muss freilich gelten, wenn die SE auch innerhalb eines Jahres nach der wirtschaftlichen Neugründung nur bis zu zehn Arbeitnehmer einstellt. In diesem Falle führt das spätere Anwachsen der Arbeitnehmer-

10 So *Blanke*, Europäische Aktiengesellschaft ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, ZIP 2006, 789, 790 ff.

11 AG München vom 29.3.2006 – Az. HRB 159649 – ZIP 2006, 1300; AG Düsseldorf vom 16.1.2006 – HRB 526187 – ZIP 2006, 287.

12 Näher *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653, 655 ff.; so auch *Köstler*, in: *Theisen/Wenz* (Hg.), Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. (2005), 331, 374; vgl. auch *Noack*, EWIR 2005, 905, 906.

schaft ebenso wenig zu neuen Verhandlungen wie sonst bei einem organischen Wachstum der SE. Die Jahresfrist ist hierbei als Prognosezeitraum zur Abgrenzung zu verstehen und der Wertung des § 43 Satz 2 SEBG entnommen.¹³

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

- ¹³ Wie schon erwähnt, wird das sog. Vorher-Nachher-Prinzip bei der Mitbestimmung der SE, also gleichsam die Erstarrung des *Status quo*, durch die eigenartige Regelung des § 18 Abs. 3 SEBG durchbrochen. Sie hat keine unmittelbare Parallele in der SE-RL, welche strukturelle Änderungen gar nicht erfasst. Lediglich in ihrem 18. Erwägungsgrund ist ausgeführt, dass der „fundamentale“ Grundsatz einer Sicherung erworbener Mitbestimmungsrechte – ich zitiere wörtlich –

„auch für strukturelle Veränderungen einer bereits gegründeten SE und für die von den strukturellen Änderungsprozessen betroffenen Gesellschaften“ gilt.¹⁴

- ¹⁴ Der deutsche Gesetzgeber hat also gewissermaßen einen Erwägungsgrund umgesetzt und dabei dessen rätselhafte Art importiert. Die so zustande gekommene Vorschrift lautet:

„Sind strukturelle Änderungen 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.“

- ¹⁵ Man stutzt: Welche Arbeitnehmer, deren Beteiligungsrechte durch eine „strukturelle Änderung“ potenziell beeinträchtigt werden, sind eigentlich gemeint? Diejenigen der SE? – Dafür lassen sich nur wenige praktische Beispiele denken,¹⁵ denn in aller Regel ist die Mitbestimmung im Aufsichtsrat durch Veränderungen der SE nicht unmittelbar gefährdet – man könnte sich vielleicht die Umstellung auf das monistische System vorstellen, die aber, sofern eine Mitbestimmungsvereinbarung geschlossen wurde, ohnehin kaum ohne deren Änderung denkbar wäre. Die Gesetzesbegründung erwähnt als Beispiel, dass die SE ein mitbestimmtes Unternehmen im Wege der **Verschmelzung** aufnimmt.¹⁶ Daraus erhellt immerhin, dass es offenbar weniger um den Schutz der schon vorhandenen Arbeitnehmer der SE geht als um die neu hinzukommenden. Dies bestätigt auch § 15 Abs. 4 SEBG, der – in anderem Kontext – von einer „Minderung der Mitbestimmungsrechte“ dann ausgeht, wenn der **Anteil** der Arbeitneh-

¹³ Casper/Schäfer, ZIP 2007, 653, 660.

¹⁴ Vgl. dazu nur Kübler, in: MünchKommAktG (Fn. 8), Einf. Europ. Gesellschaft Rn. 42 f.

¹⁵ Siehe auch Rieble, BB 2006, 2018, 2022.

¹⁶ BegrRegE, BR-Drucks. 438/04, S. 127.

mer im Aufsichtsrat geringer ist als „der höchste in den beteiligten Gesellschaften(!) bestehende Anteil“.¹⁷ Nicht ganz eindeutig ist auch, was eigentlich der Maßstab für die Beeinträchtigung der Arbeitnehmerrechte ist: Der hypothetische Vergleich zu einer der Mitbestimmung unterfallenden (deutschen) Gesellschaft – oder der Vergleich zwischen der Situation vor und nach der Strukturänderung. Schon mit Rücksicht auf die (originäre) Mitbestimmungsfreiheit der SE, aber auch mit Rücksicht auf die Perspektive der neu aufgenommenen Arbeitnehmer, kann nur der zuletzt genannte Vergleichsmaßstab gemeint sein.

Ist aber dann nicht der Begriff der „**strukturellen Veränderung**“¹⁶ falsch gewählt oder jedenfalls nicht im **gesellschaftsrechtlichen** Sinne auszulegen, wie es die inzwischen herrschende Auffassung indessen annimmt?¹⁸ Denn aus Sicht neu hinzukommender Arbeitnehmer und deren Rechte ist es im Ansatz belanglos, auf welche Weise ihr – ehemals – mitbestimmtes Unternehmen auf die SE übertragen wurde. Muss also der Begriff der **strukturellen Veränderung** nicht eher in einem spezifisch mitbestimmungsrechtlichen Sinne verstanden werden? Der Normzweck würde dies, wie gesehen, durchaus nahe legen.¹⁹ Die Frage wird vor allem praktisch beim schlichten Erwerb eines mitbestimmten Unternehmens oder einzelner Teile davon, sei es im Wege des eigentlichen Unterneh-

17 Zu dieser wenig klaren Regelung in Nr. 2, die ohne Richtlinien-Pendant ist, vgl. *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 8), § 15 SEBG Rn. 16 f.; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff (Hg.), SE-Kommentar (2008), § 15 SEBG Rn. 18 ff.

18 Für Beschränkung auf Strukturänderungen im gesellschaftsrechtlichen Sinn insbesondere *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestG, 2. Aufl. (2006), Einl. SEBG Rn. 209; *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 8), § 18 SEBG Rn. 12 f.; *Habersack*, Grundsatzfragen der Mitbestimmung in SE und SCE sowie bei grenzüberschreitender Verschmelzung, ZHR 171 (2007), 613, 640 f.; *ders.*, Konzernrechtliche Aspekte der Mitbestimmung in der Societas Europaea, Der Konzern 2006, 105, 109 f.; *Rieble*, BB 2006, 2018, 2022; *Müller-Bonnanni/Melot de Beauregard*, Mitbestimmung in der Societas Europaea, GmbHR 2005, 195, 199 f.; *Wollburg/Banerjea*, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 277, 278; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 17), § 18 Rn. 16 f.; anderer Ansicht *Freis*, in: *Nagel/Freis/Kleinsorge*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (2005), § 18 SEBG Rn. 10 f.; *Kleinsorge*, Europäische Gesellschaft und Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, RdA 2002, 343, 351; *Niklas*, Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE) – Umsetzung in Deutschland, NZA 2004, 1200, 1205, die auch den bloßen Hinzuerwerb von Betrieben beziehungsweise Unternehmen als „strukturelle Änderung“ ansehen möchten.

19 So denn mit guten Gründen auch *Rehberg*, Die missbräuchliche Verkürzung der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Societas Europaea, ZGR 2005, 859, 883, welcher der Vorschrift einen eigenen Regelungsgehalt aber weitgehend abspricht und sie lediglich als Klarstellung verstehen möchte, dass das Missbrauchsverbot des Art. 11 SE-Richtlinie bzw. § 43 SEBG auch insofern gilt; ebenso *Köstler*, in: Theisen/Wenz (Fn. 12), S. 368 ff., 371.

menskaufs, neudeutsch „*asset deal*“, sei es als Anteilskauf. Gesellschaftsrechtlich ist der Erwerb als solcher gewiss keine Strukturänderung, sondern eine reine Geschäftsführungsmaßnahme, die im Übrigen auch nicht nach der sog. „Holzmüller-Doktrin“ der Hauptversammlung vorzulegen ist.²⁰ Aber passt dieses Verständnis wirklich zu § 18 Abs. 3 SEBG?

- 17 Trotz gewisser Zweifel wird man die Frage bejahen können. Das Merkmal ist also nicht in einem teleologischen, sondern in einem eher funktionalen Sinne zu verstehen. Seine Funktion besteht dabei in der Abgrenzung mitbestimmungspflichtiger Veränderungen vom schlichten organischen Wachstum durch Aufstockung der Arbeitnehmerzahl, das ja nach dem Grundkonzept mitbestimmungsfrei bleiben soll. Dies spricht dafür, das Eingreifen der Neuverhandlungspflicht tatsächlich von gesellschaftsrechtlichen, der Gründung verwandten Vorgängen abhängig zu machen, so dass vor allem Umwandlungsfälle in Betracht kommen. Man wird aber zugeben müssen, dass diese Interpretation nicht zwingend ist; denn die Abgrenzung vom organischen Wachstum könnte auch die zweite Voraussetzung des Abs. 3 übernehmen – eben die Beeinträchtigung vorhandener Mitbestimmungsrechte. Bei Neueinstellungen infolge organischen Wachstums wird dies regelmäßig schon im Ansatz ausscheiden. Alles in allem erscheint gleichwohl die folgende zweite These gerechtfertigt:

- 18 **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, insbesondere Spaltungsvorgänge, aber auch Änderungen der Organisationsverfassung der SE.

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

- 19 Der dritte wichtige Stein im gesellschaftsrechtlichen Baukastensystem betrifft die Anwendbarkeit der Zurechnungsregel des § 5 MitbestG auf die SE. Danach sind die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschenden Unternehmen grundsätzlich zuzurechnen, so dass die Mitbestimmung im Konzern auch den Aufsichtsrat der Obergesellschaft ergreift; die Teilkonzernregelung in § 5 Abs. 3 SEBG erweitert diese Regel auf ein abhängiges Unternehmen, das seinerseits Unternehmen be-

20 Anderes gilt eventuell für den Fall der Veräußerung wesentlicher Beteiligungen (streitig), vgl. nur Hüffer, AktG, 7. Aufl. (2006), § 119 Rn. 18a m.w.N.

herrscht, solange seine Mutter für das deutsche Mitbestimmungsrecht un-
erreichbar ist.

Eindeutig ist zunächst, dass § 5 Abs. 1 MitbestG nicht auf die SE selbst 20
anwendbar ist. Das folgt schon daraus, dass die SE eben eine nach eigenen
Regeln und nicht originär mitbestimmte Rechtsform ist. Folglich enthält
das SEBG denn auch eigene, begrenzte Konzernrechnungsregeln, denen
nach dem Konzept fehlender originärer Mitbestimmung abschließende
Geltung zukommt (siehe §§ 15 Abs. 3 SEBG [Zustimmungserfordernis bei
Verminderung der Mitbestimmungsrechte], 34 Abs. 1 Nr. 2, 3 SEBG [Vor-
aussetzungen für das Eingreifen der gesetzlichen Auffangregelung], 36
Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 SEBG [Sitzverteilung beim – gesetzlichen – SE-
Betriebsrat]) – und die überdies sogar noch über die SE-RL hinausgehen,
welche den Tochter-Arbeitnehmern nur für die Wahlen zum BVG Rechte
einräumt (Art. 3 Abs. 2 lit. a [i] SE-RL).²¹

Wie steht es aber mit der Teilkonzernregelung des § 5 Abs. 3 MitbestG? 21
Wenn die SE selbst von § 5 Abs. 1 MitbestG nicht erfasst wird, muss dann
nicht nach dem Konzept des Abs. 3 die Mitbestimmung auf die der SE
nachgelagerte Konzernstufe stattfinden, mit der Folge, dass gegebenen-
falls bei der Tochter ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden wäre? Im
Schrifttum wird dies teilweise bejaht, und zwar mit dem Argument, dass
die SE-RL (Art. 13 Abs. 3 lit. b) die für Tochtergesellschaften geltende na-
tionale Mitbestimmungsregeln ausdrücklich unberührt lasse.²² Demnach
wäre also die Teilkonzernspitze, insbesondere eine Zwischenholding, der
Mitbestimmung nach dem MitbestG zu unterwerfen. Zu überzeugen ver-
mag diese Interpretation freilich nicht.²³ Denn anders als in den von § 5
Abs. 3 SEBG vorausgesetzten Fällen ist die SE-Konzernspitze ja durchaus
eine nach deutschem Recht mitbestimmte Gesellschaft, nur eben nicht
nach dem MitbestG. Das wird besonders im Fall der Gründung durch
Formwechsel deutlich,²⁴ wo das Mitbestimmungsregime der SE wegen
§§ 21 Abs. 6, 35 Abs. 1 SEBG letztlich das Gleiche ist wie bei der Grün-
dungsgesellschaft, gilt aber wegen des Prinzips der Bestandssicherung,
dem die gesetzliche Auffangregelung ja folgt, auch für die übrigen Grün-
dungsformen. Es gibt daher keine Mitbestimmungslücke bei der SE-
Muttergesellschaft, und folglich ist § 5 Abs. 3 MitbestG seinem Norm-
zweck entsprechend nicht (analog) anwendbar. Vielmehr gilt ein eigenes
deutsches, aber eben europäisch geprägtes Mitbestimmungsrecht für die
SE, nicht dasjenige des MitbestG.²⁵ Späteres Arbeitnehmerwachstum führt

21 Deshalb kritisch zur Regelung des SEBG namentlich *Habersack*, ZHR 171
(2007) 613, 639 f.

22 So *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 195, 198.

23 Zutreffend *Habersack*, Der Konzern 2006, 105, 111.

24 Darauf hinweisend *Habersack*, Der Konzern 2006, 105, 111.

25 Dass früher teilweise § 5 Abs. 3 MitbestG auf den Montan-Konzern entspre-
chend angewandt wurde (Nachweise bei *Henssler*, in: *Ul-
mer/Habersack/Henssler* [Fn. 18], § 5 MitbestG Rn. 74), ergibt kein Gegenar-

also auch auf der nachgelagerten Konzernstufe nicht zu einer Verstärkung der Mitbestimmung – was die Attraktivität der SE gegenüber ausländischen Konzerngesellschaften übrigens klar erhöht. Die dritte **These** lautet demgemäß:

- 22 **These 3:** Die Anwendung des MitbestG kommt auch bei einer mitbestimmungsfreien SE als Konzernspitze nicht infrage, und zwar – mangels Mitbestimmungslücke – auch nicht gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG auf den nachgelagerten Teilkonzern.

5. Fazit: Empfehlenswerte gesellschaftsrechtliche Strategien

- 23 Fügt man die eben präsentierten Bausteine zu einem Gesamtwerk, so ist zunächst festzustellen, dass die Gründung einer SE eine allemal sinnvolle Strategie für all diejenigen Gesellschaften darstellt, 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 paritätischen Mitbestimmung entsagen können. Es gilt aber in gleicher Weise für Unternehmen, die ihr Wachstum – siehe Porsche – durch Hinzuerwerb anderer Unternehmen realisieren wollen. Beim Anteilserwerb bleibt die Mitbestimmung auf Tochter-Ebene zwar erhalten; auf der Ebene der SE als Muttergesellschaft ändert sich die mitbestimmungsrechtliche Situation aber in keinem Fall.
- 24 Wie das Porsche-Beispiel im Übrigen zeigt, ist diese Strategie gerade auch für bereits mitbestimmte Gesellschaften sinnvoll, sofern diese nämlich den **Erwerb anderer Unternehmen planen**. Denn an der Mitbestimmungsvereinbarung sind die Arbeitnehmer des Zielunternehmens nicht zu beteiligen, solange kein Abhängigkeitsverhältnis besteht.
- 25 Schließlich eignet sich die SE ganz allgemein – und weit besser noch als eine ausländische Gesellschaft – für eine Holding-Struktur mit der **SE als Konzernspitze**. Denn in diesem Fall findet das deutsche Mitbestimmungsrecht auch auf die nachgelagerte Konzernstufe keine Anwendung.
- 26 Demgegenüber schützt die Gründung einer **Vorrats-SE** nicht in jedem Fall vor einer Mitbestimmungsregelung; dies nämlich dann nicht, wenn die SE im Zuge der wirtschaftlichen Neugründung innerhalb eines Jahres zehn 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 mitbestimmt sind. Freilich bleibt in diesem Falle für die Praxis ein gewisses

gument. Erstens fehlt es für eine solche entsprechende Anwendung wegen § 1 Abs. 4 MontanMitbestG inzwischen an einer Lücke (siehe *Henssler*, a.a.O.) und zweitens weicht das Mitbestimmungssystem in der SE vom bisherigen System stark ab, was einer analogen Anwendung erst recht entgegensteht.

Restrisiko, dass diese Gestaltung von Gerichten als Missbrauch im Sinne von § 43 Satz 2 SEBG beurteilt wird – was ich allerdings nicht für gerechtfertigt hielte.

Dauerhaft mitbestimmungsfrei bleibt auch eine Vorrats-SE, die zwei mitbestimmte Aktiengesellschaften im Wege des **Anteilstausches** erwirbt, so dass also die Aktionäre der neuen Tochtergesellschaften zu Aktionären der SE werden. Hier wird allerdings das gleiche Ergebnis erzielt wie mittels einer Holding-Gründung der SE, bei der ein Beteiligungsverfahren zweifellos durchzuführen ist. Müssen diese Gründungsregeln deshalb beachtet werden? – Ich meine nein. Denn im deutschen Umwandlungsrecht ist bislang anerkannt, dass nicht allein vom Ergebnis her gedacht werden darf. Deshalb sind etwa die Vorschriften des UmwG nach ganz herrschender Meinung nicht auf die „Abspaltung“ im Wege einer Einzelrechtsnachfolge oder auf die sog. „anwachsende Verschmelzung“ anwendbar, obwohl sie jeweils die gleichen wirtschaftlichen Auswirkungen zeitigen wie die im UmwG explizit geregelten Parallel-Institute.²⁶ Auch hier verbleibt allerdings ein Rest-Risiko, zumal die Frage, sofern es um die analoge Anwendung von Vorschriften der SE-VO geht, letztverbindlich vom EuGH entschieden werden müsste.

III. Gestaltung der Mitbestimmung durch die Mitbestimmungsvereinbarung

1. Einführung

Wie eingangs erwähnt, ist die Attraktivität der SE auch darin begründet, dass die Mitbestimmung in jede Richtung privatautonomer Gestaltung geöffnet wird. Für den Formwechsel ist die Privatautonomie zwar stark eingeschränkt, weil das SEBG (§§ 15 Abs. 5, 21 Abs. 6) aus einsehbaren Gründen (es ist nur eine [deutsche] Gesellschaft beteiligt) verlangt, dass die vereinbarte Mitbestimmung nicht hinter dem *Status quo* zurückbleiben darf. Das schließt aber richtigerweise nicht aus, dass anlässlich des Formwechsels der Aufsichtsrat verkleinert wird (dazu sogleich 2 d).²⁷ In allen anderen Gründungsvarianten könnte auf eine Mitbestimmung sogar ganz verzichtet werden, wofür freilich regelmäßig eine qualifizierte Zweidrittelmehrheit im BVG erforderlich ist (§ 15 Abs. 3 SEBG). Wie schon oft be-

²⁶ Vgl. speziell zur anwachsenden Verschmelzung *Teichmann*, in: Lutter, UmwG, 3. Aufl. (2004), § 1 Rn. 34; zur Einzelrechtsnachfolge bei Spaltung *ders.*, a.a.O., § 123 Rn. 24 m.w.N., § 124 Rn. 3.

²⁷ So mit Recht *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 8), § 21 SEBG Rn. 21; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 17), § 21 Rn. 34 (für die vereinbarte Mitbestimmung) sowie *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 18), § 35 SEBG Rn. 6; *Jacobs* (a.a.O.), § 35 Rn. 9; *Ihrig/Wagner*, Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) auf der Zielgeraden, BB 2004, 1755 (für die Auffangregelung).

schrieben,²⁸ ist die Verhandlungsposition der Anteilseignerseite allerdings dadurch geschwächt, dass bei Scheitern der Verhandlungen eine gesetzliche Auffangregelung eingreift, die sich nach dem höchsten Mitbestimmungsstandard in den beteiligten Gründungsgesellschaften bzw. deren Töchtern richtet (§ 35 Abs. 2 Satz 2 SEBG); dennoch sind aber die Sitze im Aufsichtsrat zwingend auf die beteiligten Länder zu verteilen, und zwar nach dem Verhältnis der beschäftigten Arbeitnehmer (§ 36 SEBG).

²⁹ *Sub specie* Unternehmensmitbestimmung regeln mir bekannt gewordene Mitbestimmungsvereinbarungen typischerweise folgende Gegenstände:²⁹

- die Zusammensetzung des Aufsichtsrats (paritätische Besetzung; Zahl der Mitglieder [zwölf]) und die Arbeitnehmervertreter im ersten Aufsichtsrat);
- die Sitzverteilung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auf die einzelnen Gesellschaften und das Bestellungsverfahren (Für letzteres wird meist auf die jeweils geltenden Landesvorschriften verwiesen und eine Hilfszuständigkeit des SE-Betriebsrats vorgesehen. Für die deutschen Vertreter wird häufig von vornherein eine Bestellung durch den SE-Betriebsrat vorgesehen, gegebenenfalls mit Vorschlagsrecht anderer Vertretungsgremien, insbesondere des Gesamtbetriebsrats.);
- die Abberufung der Arbeitnehmervertreter (vgl. auch § 37 SEBG) und Anfechtbarkeit der Wahl;
- den stellvertretenden Aufsichtsrats-Vorsitzenden (Vorschlagsrecht der Arbeitnehmer-Vertreter für einen Stellvertreter);
- den Arbeitsdirektor (Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats für die Benennung des für „Arbeit und Soziales“ zuständigen Vorstandsmitglieds);
- Empfehlungen für die Besetzung von Aufsichtsrats-Ausschüssen („grundsätzlich paritätisch“);
- Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer-Vertreter (Verweis auf allgemeine Pflichten; Freistellung);
- Nebenbestimmungen (Kosten der Sitzungsvorbereitung; Freistellung; Verdolmetschung).

²⁸ Vgl. nur *Fleischer*, Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts, AcP 204 (2004) 502, 534 f.; relativierend *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89, 94.

²⁹ Vgl. auch die vollständige Dokumentation der Allianz-Vereinbarung und der BASF-Vereinbarung bei *Köstler*, Die Europäische Gesellschaft (Arbeitshilfe Nr. 6 für Aufsichtsräte der Hans-Böckler-Stiftung), 4. Aufl. (2008), S. 69 ff., 93 ff.

Die vom SEBG darüber hinaus als Regelungsgegenstand im Wege einer Soll-Bestimmung (§ 21 Abs. 4 SEBG) zur Dynamisierung der Mitbestimmungsrechte durch Definition von Strukturänderungen, die zur Neuverhandlung der Mitbestimmung führen, ist bislang nicht auf ein messbares Interesse gestoßen. Das ist auch kaum verwunderlich; denn infolge der vorgestellten engen Auslegung der gesetzlichen Neuverhandlungspflicht bei Strukturänderungen in § 18 Abs. 3 SEBG durch die herrschende Meinung haben die Unternehmen kaum Anlass, hierzu in der Mitbestimmungsvereinbarung eine Regelung zu treffen. Erst recht bleiben Versuche der Arbeitnehmerseite regelmäßig erfolglos, gleichsam die Dynamik des MitbestG bei Ansteigen der Beschäftigten in der Mitbestimmungsvereinbarung zu verankern. Auch insofern ist es für die Unternehmen rational, es notfalls auf die nach dem beschriebenen Vorher-Nachher-Prinzip funktionierende Auffangregelung ankommen zu lassen. 30

Der kurze Überblick kann daher mit folgendem Fazit schließen: Selbst im Fall eines Formwechsels ist es für Unternehmen attraktiv, sich auf das Aushandeln einer Mitbestimmungsvereinbarung einzulassen. Wie das Beispiel der BASF SE zeigt, wird selbst der dort verbleibende Spielraum als durchaus attraktiv empfunden. Und dies hängt nicht unwesentlich mit den nun zu erörternden gesellschaftsrechtlichen Einflüssen zusammen, namentlich dem Verhältnis zwischen Mitbestimmungsvereinbarung und Organisationsverfassung der beteiligten Gesellschaften. 31

2. Zum Verhältnis zwischen Mitbestimmungsautonomie und Organisationsverfassung der SE

a. Inhalt der Vereinbarung und Satzungsautonomie im Allgemeinen

§ 21 SEBG legt den Inhalt der Vereinbarung keineswegs fest, sondern beschränkt sich auf Soll-Bestimmungen, die naturgemäß nicht abschließend sind. Freilich schöpft die Praxis oft nicht einmal diesen Katalog aus; das von mir erwähnte Muster beschränkt sich ja im Grunde auf die in § 21 Abs. 3 Nr. 1-3 SEBG genannten Gegenstände. Dies hängt nicht zuletzt mit der höchst umstrittenen Frage nach dem Verhältnis des Vereinbarungsinhalts zur Satzungsautonomie der Aktionäre zusammen. Darf sich der Vorstand über die Köpfe der Aktionäre hinweg auf ein für ihn akzeptables Mitbestimmungsregime einlassen, das etwa festschreibt, dass der Aufsichtsrat mindestens über 16 Mitglieder verfügen muss und davon die Hälfte auf die Arbeitnehmervertreter entfällt? Darf er eine Regelung zum Aufsichtsrat verabreden, die durch die Anteilseigner selbst nicht getroffen werden könnte, weil sie nicht von der Satzungsautonomie gedeckt wird? 32

Der Ausgangspunkt ist allerdings aus meiner Sicht recht eindeutig; er lässt sich in zwei Thesen zusammenfassen, die im Grunde nichts anderes sind als das Ergebnis einer systematischen Auslegung der SE-VO und des SEBG: 33

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

- 34 Das ergibt sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 4 SE-VO und ist folglich auch noch unbestritten.³⁰ Danach ist die Satzung zu ändern, sofern sie mit der Mitbestimmungsvereinbarung in Widerspruch steht; die Mitbestimmungsvereinbarung ist also gegebenenfalls auf Satzungsebene nachzuvollziehen; sie zeitigt also insoweit keine unmittelbare normative Wirkung.³¹ Das für eine solche Satzungsänderung zuständige Organ ist bei der deutschen SE, wie auch sonst, die Hauptversammlung; das SEAG hat von der Option einer abweichenden Kompetenzzuweisung mit gutem Grund keinen Gebrauch gemacht.
- 35 Umgekehrt ist das Erfordernis einer satzungsmäßigen Implementierung der Mitbestimmungsvereinbarung nicht zwingend, weil sich die Anteilseigner der Gründungsgesellschaften, denen im Gründungsstadium die Zuständigkeit für die SE-Satzung zufällt, nach Art. 23 Abs. 2 SE-VO (und Art. 34 Abs. 6 Satz 3 SE-VO) die Zustimmung zur Vereinbarung zwar vorbehalten **können**, aber eben nicht müssen. Auch wenn die Vereinbarung somit Regeln zur Unternehmensmitbestimmung enthält, welche die Satzung **ergänzen**, also materielles Satzungsrecht beinhalten, bedürfen diese nicht zwingend einer Billigung der Anteilseigner. Dass deren Zustimmung aber jederzeit **möglich** ist, bestätigt andererseits, dass auch nach der Vorstellung des Ordnungsgebers die Vereinbarung in den Kompetenzbereich der Hauptversammlung fällt; meine **fünfte** These lautet daher:
- 36 **These 5:** Die Satzungsautonomie ist notwendige Voraussetzung für die Mitbestimmungsautonomie; die Vereinbarung darf also nur Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung 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.
- 37 Dass die Mitbestimmungsvereinbarung etwas mit Mitbestimmung zu tun hat, mithin einen Bezug zum Recht der Arbeitnehmer aufweisen muss, einen Teil der Aufsichtsratsmitglieder zu bestimmen, sollte im Grunde

30 *Habersack*, ZHR 171 (2007) 613, 628 f.; *ders.*, AG 2006, 345, 348; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Hg.), Die Europäische Gesellschaft (2005), S. 5, 16; *Oetker*, Unternehmerische Mitbestimmung kraft Vereinbarung in der Europäischen Gesellschaft (SE), FS für Horst Konzen (2006), S. 635, 643; *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89, 94.

31 *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613, 628; eingehend zu Rechtsnatur und Wirkung der Vereinbarung *Rieble* (in diesem Band, unter I. 2).

selbstverständlich sein, zumal dieser Gedanke auch in einer Reihe von Vorschriften der SE-VO ausgedrückt wird (vgl. nur Art. 40 Abs. 2 Satz 3, 43 Abs. 3 Satz 3 SE-VO; Art. 4 Abs. 2 lit. g in Verbindung mit Art. 2 lit. k SE-RL sowie § 21 Abs. 3 SEBG). Gleichwohl ist die These nur im Ansatz unbestritten;³² dies dürfte aber vor allem auf den engen Zusammenhang mit der Frage zurückzuführen sein, ob die Vereinbarung in ihrem Teil zur Mitbestimmung nur regeln darf, was auch in die Kompetenz der Hauptversammlung fällt.

Richtig ist im Ansatz gewiss, dass der Schluss aus Art. 12 Abs. 4 SE-VO **insofern** nicht zwingend ist; denn selbstverständlich kann, ja **soll** die Vereinbarung auch Regelungen über den SE-Betriebsrat enthalten, die im materiellen Sinn gewiss keine Satzungsbestandteile sind, weil sie nicht unmittelbar die Organisationsverfassung der Gesellschaft betreffen. Das rechtfertigt aber noch nicht die Gegenauffassung.³³ Gerade weil nur der Abschnitt zur Unternehmensmitbestimmung im materiellen Sinn Satzungsbestandteil sein könnte, besteht das hier zu erörternde Problem von vornherein nur insofern, als die Mitbestimmung im Aufsichtsrat betroffen ist.³⁴ Nur insofern kann folglich auch ein Kompetenzkonflikt zwischen den Organen auftreten. Dieser lässt sich nicht dadurch auflösen, dass man ihn ignoriert. Es wäre nicht akzeptabel anzunehmen, dass die Verwaltung sich in Vereinbarungen mit der Arbeitnehmerseite beliebig über die Satzungsstrenge sollte hinwegsetzen dürfen, während diese zu Lasten der Anteilseigner selbstverständlich fortbesteht. Die SE unterliegt nämlich sowohl dem europäischen Grundsatz der Satzungsstrenge nach der SE-VO (Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO), als auch der deutschen Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG, auf den Art. 9 Abs. 1 lit. c iii) SE-VO verweist.³⁵ Hinsichtlich der **unternehmerischen** Mitbestimmung darf die Vereinbarung also nur enthalten, was auch in der Satzung der SE geregelt werden **könnte**.

32 *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613, 630; *Oetker*, Unternehmensmitbestimmung in der SE kraft Vereinbarung, ZIP 2006, 1113, 1116; *ders.*, FS für Horst Konzen, S. 637 f., 649; *Lunk/Hinrichs*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem MgVG, NZA 2007, 773, 778 f.; *Seibt*, Privatautonome Mitbestimmungsvereinbarungen – Rechtliche Grundlagen und Praxishinweise, AG 2005, 413, 416; *Reichert/Brandes*, in: MünchKommAktG (Fn. 8), Art. 40 SE-VO Rn. 70; abweichend aber *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89, 95.

33 Sie wird vor allem von *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89, 95.

34 Das wird bei *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89, 95 nicht deutlich, der insofern mit den Regelungen zum Betriebsrat argumentiert, bei denen die Problematik aber eben nicht auftreten kann.

35 *Habersack*, ZHR 171 (2007) 613, 629; *ders.*, Schranken der Mitbestimmungsautonomie in der SE, AG 2006, 345, 348; vgl. auch *Schäfer*, in: MünchKommAktG (Fn. 8), Art. 9 SE-VO Rn. 5; kritisch zu dieser doppelten Satzungsstrenge aus rechtspolitischer Sicht allerdings *Hommelhoff*, Satzungsstrenge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft, FS für Peter Ulmer (2003), S. 267 ff.

Im Verhältnis zu den Anteilseignern gewährt im Übrigen auch die SE-RL keine unbeschränkte Autonomie. Abgesehen davon, dass insofern *a limine* nicht die Inanspruchnahme von Privatautonomie infrage steht,³⁶ verhält sich die SE-RL zu dieser von ihr nicht adressierten Frage neutral,³⁷ so dass insofern auch kein Umkehrschluss gerechtfertigt ist. Das Verhältnis zu den Anteilseignern wird allein in der SE-VO angesprochen, und zwar in dem dargestellten Sinn. Es wäre daher verfehlt, das Unternehmen in Bezug auf die Mitbestimmungsvereinbarung als monolithischen Block zu begreifen, der ausschließlich durch die Verwaltung handelt. Vielmehr gilt es, die Anteilseigner in angemessener Form einzubeziehen. Nur diese Sicht entspricht im Übrigen auch der Bestimmung des Art. 12 Abs. 4 SE-VO, wie folgendes Beispiel zeigt: Enthält die Satzung bereits eine Bestimmung, etwa zur Größe des Aufsichtsrats, die von der Vereinbarung aber nun in einem anderen Sinne geregelt wird, so bedürfte diese gemäß Art. 12 Abs. 4 SE-VO der Umsetzung durch den Satzungsgeber. Dieser wäre hierzu aber gar nicht in der Lage, wenn die in der Vereinbarung getroffene Regelung nicht ihrerseits von der Satzungsautonomie gedeckt wäre; denn sie könnte in diesem Fall nicht in die Satzung aufgenommen werden. Was aber für die Abweichung richtig ist, kann für die schlichte Ergänzung nicht anders sein. Denn es geht beide Male um das gleiche qualitative Verhältnis zwischen Satzung und Vereinbarung. Die Lösung dieses Grundproblems kann nicht gut von der Zufälligkeit einer Divergenz abhängen; sie ist mit anderen Worten in gleicher Weise zu bestimmen, wenn die Vereinbarung eine die Satzung (materiell) **ergänzende** Bestimmung enthält.

- 39 Soweit also die Vereinbarung – zur Unternehmensmitbestimmung – eine Regelung trifft, die im materiellen Sinne Satzungsrecht ist, muss sie auch von der Satzungsautonomie gedeckt sein. Insofern geht es nicht etwa um die Beschränkung der durch das Europarecht gewährten Mitbestimmungsautonomie. Vielmehr ergibt eine systematische Zusammenschau zwischen SE-RL und SE-VO, dass die Autonomie (nur) hinsichtlich der Unternehmensmitbestimmung und allein in Bezug auf die Anteilseigner im beschriebenen Sinne begrenzt ist. Einzuräumen ist lediglich, dass die unter d vorgeschlagene Einwilligungslösung, hat sie sich einmal durchgesetzt, die Bedeutung des hier erörterten Problems reduzieren wird.

b. Keine Kompetenz für Regeln zur Ausschussbildung und über Zustimmungsvorbehalte

- 40 Die sechste These zieht die Konsequenzen aus den in Thesen 4 und 5 benannten ungeschriebenen Schranken der Vereinbarungsautonomie in Bezug auf die Unternehmensmitbestimmung; sie lautet:

36 Dazu eingehend und überzeugend *Rieble* (in diesem Band).

37 So aber tendenziell *Rehberg* (in diesem Band), der offenbar von einer aus der SE-Richtlinie abgeleiteten umfassenden Verhandlungsautonomie auch im Verhältnis zu den Anteilseignern ausgeht.

These 6: Die Vereinbarung kann keine Regeln zur Bildung von Ausschüssen sowie zur Wahl von Funktionsträgern schließen (Organisationshoheit des Aufsichtsrats!).

Entsprechendes gilt für die Implementierung von Zustimmungsvorbehalten und für die Wahl von Funktionsträgern.

Der erste Teil ist wiederum rasch erläutert: Was die **Ausschussbildung** ⁴¹ betrifft, so unterliegt sie der Bestimmung durch das Gesamtorgan; die Satzung kann insoweit nicht in die Organisationshoheit des Aufsichtsrats eingreifen (§ 107 AktG), und Entsprechendes gilt für die **Festlegung der Funktionsträger** im Aufsichtsrat, also die Bestimmung des Vorsitzenden etc.³⁸ Auch dem Vorstand kann im Übrigen eine konkrete Unternehmensorganisation nicht durch die Satzung vorgeschrieben werden; diese ist insofern darauf beschränkt, das Amt des Vorsitzenden zu schaffen, kann aber keineswegs festlegen, wer dieses Amt erhalten soll.³⁹

Etwas schwieriger liegen die Dinge hinsichtlich eines **Zustimmungsvorbehalts** ⁴² in Bezug auf bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen – ein aus Sicht der Arbeitnehmerseite durchaus attraktiver Gegenstand, denn er könnte den Einfluss des mitbestimmten Aufsichtsrats in Richtung Vorstand ausdehnen. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG sagt insofern, dass entweder der Aufsichtsrat **oder** die Satzung einen Zustimmungsvorbehalt festlegen kann; das entspricht Art. 48 Abs. 1 SE-VO, der zwar Zustimmungsvorbehalte primär der Satzungsebene zuordnet, den Mitgliedstaaten aber gestattet, diese Kompetenz dem Aufsichtsrat selbst zuzuweisen; eben dies regelt § 19 SEAG, so dass für die deutsche SE und AG die gleiche Rechtslage gilt. Das bedeutet aber: Nur soweit die Satzung von ihrer Kompetenz tatsächlich Gebrauch macht, unterliegt der Zustimmungsvorbehalt einer Regelung durch die Hauptversammlung, anderenfalls ist der Aufsichtsrat als solcher zuständig. Die Vereinbarung kann folglich nicht regeln, dass für bestimmte Geschäfte ein Zustimmungsvorbehalt in die Satzung aufzunehmen ist; oder anders gewendet: (materielle) Satzungsergänzungen scheiden insofern aus.⁴⁰ Dagegen spricht übrigens auch, dass die Zustimmungsvorbehalte die Kontrolle über den Vorstand absichern sollen, und es deshalb aus Sicht guter *Corporate Governance* kaum zu vermitteln wä-

38 *Habersack*, AG 2006, 345, 349 f. – Zur Nichtigkeit einer Satzungsbestimmung, wonach der Aufsichtsrat einen zweiten Vorsitzenden aus dem Kreis der Anteilseignervertreter und ein – in der Besetzung vorgeschriebenes – Präsidium haben soll, siehe BGH vom 25.2.1982 – Az. II ZR 123/81 – BGHZ 83, 106, 114 ff. = DB 1982, 742.

39 Zum Ganzen nur *Pentz*, in: MünchKommAktG, Bd. 1, 3. Aufl. (2008), § 23 AktG Rn. 161.

40 Ebenso im Ergebnis *Habersack*, AG 2006, 345, 354; vgl. auch *Reichert/Brandes*, in: MünchKommAktG (Fn. 8), Art. 48 SE-VO Rn. 4 (Zustimmungsvorbehalte zu erlassen, ist auch durch die Satzung nicht entziehbares Recht des Aufsichtsrats).

re, wollte man dem zu kontrollierenden Organ, also dem Vorstand, die Kompetenz zubilligen, über den Umfang dieser Kontrolle zu verhandeln – denn die Verhandlung über die Mitbestimmung ist ja Sache des Vorstands.⁴¹

c. Insbesondere die Größe des Aufsichtsrats

- 43 Ob die Mitbestimmungsvereinbarung die Größe des Aufsichtsrats festlegen kann, ist zurzeit eine der umstrittensten Fragen zur Mitbestimmung.⁴² Die **Satzungsautonomie** ist insofern selbstverständlich eröffnet. Das zeigt schon § 17 SEAG, wonach die Satzung die Größe des Aufsichtsrats bestimmen kann; die Satzungsautonomie wird lediglich durch die Festlegung einer Höchstzahl sowie dadurch beschränkt, dass die Mitgliederzahl durch drei teilbar sein muss. Demnach müsste also die Mitbestimmungsautonomie eröffnet sein. Gleichwohl lautet die These:

These 7: Die Größe des Aufsichtsrats kann **nicht** vom BVG festgesetzt werden.

- 44 Sie entspricht der wohl herrschenden Meinung,⁴³ und auch in der Praxis hat sich diese Auffassung offenbar durchgesetzt; denn in den bekannt gewordenen Fällen **Allianz, Porsche, Fresenius, BASF** ist die Größe des Aufsichtsrats auf zwölf Mitglieder festgesetzt worden, obwohl die Unternehmen mitbestimmungsbedingt teilweise zuvor einen zwanzigköpfigen Aufsichtsrat hatten vorhalten müssen (so im Fall **Allianz** und **BASF**), den die Arbeitnehmerseite gern verteidigt hätte. Weil die Frage schon verschiedenenorts ausführlich diskutiert wurde, soll hier zur Begründung der These lediglich darauf hingewiesen werden, dass § 15 Abs. 4 Nr. 1 SEBG nur die Verringerung der **Arbeitnehmerquote** im Aufsichtsrat, nicht aber der **absoluten** Zahl der Sitze als mitbestimmungsrelevant ansieht.⁴⁴ Es fehlt daher zwar nicht an der Satzungsautonomie, wohl aber an dem ja auch erforderlichen Bezug zur Mitbestimmung im Unternehmen. Ungeachtet der unklaren Regelung in § 21 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SEBG, die auf die „Zahl der Arbeitnehmervertreter“ als möglicher Inhalt der Vereinbarung

41 Zutr. *Habersack*, AG 2006, 345, 354.

42 Bejahend etwa *Oetker*, FS für Horst Konzen (Fn. 30), S. 650 f.; *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89, 94 f.; *Köstler*, Die Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, FS für Helmut Wißmann zum 65. Geburtstag (2005), S. 443 ff.; *Drygala*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 17), Art. 40 SE-VO Rn. 19 ff.; verneinend etwa *Habersack*, ZHR 171 (2007) 613, 632; *Reichert/Brandes*, in: MünchKommAktG (Fn. 8), Art. 40 SE-VO Rn. 70; *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 195, 197; *Kallmeyer*, Europa-AG – Strategische Optionen für deutsche Unternehmen, AG 2003, 197, 199; *Windbichler*, Methodenfragen in einer gestylten Rechtsordnung – Mitbestimmung und körperliche Organisationsautonomie in der Europäischen Gesellschaft, FS für Claus-Wilhelm Canaris (2007), S. 1423, 1429 f., alle m.w.N.

43 Nachweise in Fn. 41.

44 Darauf hinweisend schon *Rieble*, BB 2006, 2018, 2021.

abstellt, ist daher die Mitbestimmungsautonomie **nicht** eröffnet – die Größe des Aufsichtsrats weist nämlich nach der zutreffenden Wertung des SEBG **keine** Mitbestimmungsrelevanz auf.⁴⁵ Dies gilt auch deswegen, weil schon § 17 SEAG mit seinen Vorgaben an die Mindestbesetzung berücksichtigt, dass das einzelne Aufsichtsratsmitglied je nach Größe des Unternehmens auch eine tendenziell steigende Zahl von Anteilseignern bzw. Arbeitnehmern repräsentiert.

d. Bindung des Vorstands an die offengelegte Mitbestimmungsvereinbarung?

Ein letzter Punkt betrifft ebenfalls das Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Verwaltung der Gründungsgesellschaften. Können die Aktionäre ihren Vorstand vorab an ein bestimmtes Mitbestimmungsmodell binden oder ist der Vorstand schon kraft Gesetzes an das nach Art. 21 SE-VO, § 5 SEAG; § 4 Abs. 2 Satz 1 SEBG vor dem Gründungsbeschluss offen zu legende Mitbestimmungsmodell gebunden? 45

Die Frage ist weithin ungeklärt; zumal sich die SE-VO hierzu nicht ausdrücklich verhält. Allerdings bietet sie ein Genehmigungsmodell an, freilich beschränkt auf Verschmelzungs- und Holding-Gründung. Demnach kann sich die Hauptversammlung jeder der beteiligten Gesellschaften vorbehalten, der erst nach dem Gründungsbeschluss getroffenen Mitbestimmungsvereinbarung noch einmal ausdrücklich zuzustimmen, da anderenfalls die SE-Gründung scheitert (Art. 23 Abs. 2 Satz 1; 32 Abs. 6 Satz 3 SE-VO). Dieser Genehmigungsvorbehalt stößt aber bei Publikumsgesellschaften auf erhebliche praktische Schwierigkeiten, weil eigens eine außerordentliche Hauptversammlung einberufen werden müsste, damit der Genehmigungsbeschluss gefasst werden könnte.⁴⁶ Zwar könnte die Hauptversammlung die Zustimmungskompetenz wohl dem Aufsichtsrat zuweisen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG);⁴⁷ aber ideal ist diese Lösung jedenfalls dann nicht, wenn der Aufsichtsrat bereits mitbestimmt ist, weil in diesem Fall handfeste Interessenkonflikte drohen.⁴⁸ 46

45 Anderer Ansicht namentlich *Oetker*, FS für Horst Konzen (2006), S. 650; *Schwarz*, SE-VO (2006), Art. 40 Rn. 82; *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89, 94 f.; *Köstler*, in: Theisen/Wenz (Fn. 12), S. 349.

46 Dazu *Schäfer*, in: MünchKommAktG (Fn. 8), Art. 23 SE-VO Rn. 2.

47 *Schäfer*, in: MünchKommAktG (Fn. 8), Art. 23 SE-VO Rn. 2 m.w.N.; ferner *Simon/Rubner*, Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzung, Der Konzern 2006, 835, 839; ablehnend aber *H.-F. Müller*, Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts – Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung, ZIP 2007, 1081, 1085.

48 Zutreffend *Kiem*, Vereinbarte Mitbestimmung und Verhandlungsmandat der Unternehmensleitung, ZHR 171 (2007), 713, 717 f., 724 (der offenbar beim mitbestimmten Aufsichtsrat sogar die Zulässigkeit einer Zuständigkeitsverlagerung verneint).

- 47 Man kann nun erwägen, wie kürzlich von *Kiem* vorgeschlagen,⁴⁹ den Vorstand an das offen gelegte Mitbestimmungsmodell in dem Sinne zu binden, dass er die Verhandlungsfrist fruchtlos verstreichen lassen muss, damit die Auffanglösung zum Zuge kommt, wenn er die zuvor offen gelegten Ziele gegenüber der Arbeitnehmerseite nicht durchsetzen kann. Demnach dürfte er also einem höheren Mitbestimmungsstandard nicht zustimmen. Der Vorschlag ist sehr diskutabel; doch wäre es meines Erachtens vorzugswürdig, die entsprechende Bindung der Verwaltung von einer entsprechenden Entscheidung der Hauptversammlung abhängig zu machen. Mittel hierzu ist ein **bedingter Gründungsbeschluss**, der die Zustimmung zum Gründungsplan davon abhängig macht, dass die Verwaltung in der Mitbestimmungsvereinbarung bestimmte, klar definierte Eckpunkte erreicht **oder** die Auffangregelung zum Tragen kommt.⁵⁰
- 48 Dieser Vorschlag ist bislang nicht erörtert worden (und in diesem Sinne für die Praxis noch ungesichert). Folgendes spricht aber für die Zulässigkeit einer solchen Einwilligungslösung: Auch wenn die SE-VO nur das beschriebene **Genehmigungsmodell** bereit hält, überlässt sie es doch zu Recht den Anteilseignern, sich im Falle einer nicht genehmigten Mitbestimmungsvereinbarung noch gänzlich gegen die SE-Gründung zu entscheiden. Wird aber die Genehmigung ausdrücklich zugelassen, so spricht auch aus dogmatischer Sicht nichts dagegen, dass für die Einwilligung Entsprechendes gilt. Denn Genehmigung und Einwilligung sind bekanntlich im Prinzip gleichwertige Formen der Zustimmung (vgl. §§ 182 ff. BGB). Im Übrigen können Hauptversammlungs-Beschlüsse zwar gewiss nicht generell unter eine – noch dazu weit gefasste – Bedingung gestellt werden.⁵¹ Bleibt aber die Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung gewahrt, ist dies jedenfalls dort im Ansatz unproblematisch, wo der Beschluss nicht unmittelbar zur Eintragung im Register ansteht. Bei satzungsändernden Beschlüssen wird deshalb allgemein ein Vorgehen für zulässig gehalten, bei dem durch Beschluss der Hauptversammlung die Anmeldung der Satzungsänderung zum Handelsregister durch den Vorstand vom Vorliegen

49 *Kiem*, ZHR 171 (2007), 713, 725 ff.

50 So auch für den Formwechsel als „Minus“ für möglich gehalten von *Seibt/Reinhard*, Umwandlung der Aktiengesellschaft in die Europäische Gesellschaft (*Societas Europaea*), *Der Konzern* 2005, 407, 420; zustimmend *Schäfer*, in: *MünchKommAktG* (Fn. 8), Art. 37 SE-VO Rn. 28, Fn. 61; anderer Ansicht wohl *Jannott/Frodermann*, *Handbuch des Aktienrechts*, 8. Aufl. (2008), Kap. 3 Rn. 252.

51 Allgemein dazu nur den Hinweis bei *Wiedemann*, in: *Großkommentar zum Aktiengesetz* (*GroßkommAktG*), 4. Aufl. (1995), § 179 Rn. 105 – die dort gegen die Zulässigkeit bedingter Beschlüsse geltend gemachten generellen Bedenken, dass die Hauptversammlungs-Zuständigkeit nicht auf den Vorstand verlagert werden dürfe, treffen hier schon deshalb nicht zu, weil die Zustimmung der Hauptversammlung zur Mitbestimmungsvereinbarung eben nicht zwingend ist, und die Einwilligungslösung gerade darauf zielt, die Hauptversammlungs-Zuständigkeit zu erhalten bzw. effektuieren.

noch ungewisser, aber objektiv bestimmbarer Umstände abhängig gemacht wird.⁵² Auch diese Voraussetzung ist hier gleichsam automatisch erfüllt, denn die Zustimmungsbeschlüsse der Gründungsgesellschaften gehören zum ersten Verfahrensabschnitt einer SE-Gründung, dem auch eine erste Registerprüfungsstufe entspricht (Art. 25 SE-VO). Nur aus diesem Grund stößt im Übrigen auch die von der SE-VO vorgesehene Genehmigungslösung nicht auf technische Schwierigkeiten. Ob die Hauptversammlung wirksam zugestimmt hat, ob also die Bedingungen eingetreten sind, braucht nämlich erst während der zweiten Prüfungsphase nach Art. 26 SE-VO von der für die SE zuständigen Registerbehörde ermittelt zu werden, und erst daran schließt sich die Eintragung der SE an. Mit anderen Worten ist nicht zu befürchten, dass Beschlüsse zur Eintragung gelangen, deren rechtliche Wirksamkeit – weil sie bedingt sind – nicht sicher beurteilt werden kann. Die letzte These lautet daher:

These 8: Die Verhandlung über die Mitbestimmung obliegt der Unternehmensleitung, die damit aber im materiellen Sinne ein Mandat im der Hauptversammlung wahrnimmt. Zwar besteht kein **zwingender** Zustimmungsvorbehalt *praeter legem*. Die Gründungsbeschlüsse können aber unter den Vorbehalt gestellt werden, dass die Verwaltung ein bestimmtes Verhandlungsergebnis erzielt oder der Auffangregelung zum Durchbruch verhilft. 49

IV. Fazit

Gerade die gebotene Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze führt zu einer in der Sache angemessenen Abstimmung zwischen der Gestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung und den Aktionärsrechten und zu aufschlussreichen Erkenntnissen betreffend die Mitbestimmungsautonomie – es ist deshalb gewiss nicht verfehlt zu resümieren, dass der verhandelten Mitbestimmung die Zukunft gehört. Im Einzelnen seien die folgenden Ergebnisse festgehalten: 50

1. Eine mitbestimmungsfreie SE kann wirksam gegründet werden, sofern weder die beteiligten Gesellschaften noch die SE über insgesamt mehr als zehn Arbeitnehmer verfügen. Auch wenn die Gründungsgesellschaften über mehr als zehn 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 Unterneh- 51

52 LG Frankfurt vom 29.1.1990 – 3/1 O 109/89, ZIP 1990, 230, 231 mit zustimmender Anmerkung *Priester*, EWiR § 179 AktG 1/90, 222; *Holzborn*, in: *Spindler/Stilz* (Hg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2 (1997), § 179 AktG Rn. 161; *Stein*, in: MünchKommAktG, Bd. 6, 2. Aufl. (2005), § 179 Rn. 49; *Zöllner*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Teillieferung (2006), § 179 AktG Rn. 196; *Wiedemann*, in: GroßkommAktG (Fn. 51), § 179 Rn. 162.

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

- 52 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, insbesondere Spaltungsvorgänge, aber auch Änderungen der Organisationsverfassung der SE.
- 53 3. Die Anwendung des MitbestG kommt auch bei einer mitbestimmungsfreien SE als Konzernspitze nicht infrage und zwar – mangels Mitbestimmungslücke – auch nicht gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG auf den nachgelagerten Teilkonzern.
- 54 4. Die Mitbestimmungsvereinbarung verdrängt keine **entgegenstehenden** Satzungsvereinbarungen; es bedarf vielmehr gegebenenfalls der Satzungsänderung, für die ein Hauptversammlungs-Beschluss erforderlich ist.
- 55 5. Die Satzungsautonomie ist notwendige Voraussetzung für die Mitbestimmungsautonomie; die Vereinbarung darf also nur Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung 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.
- 56 6. Die Vereinbarung kann keine Regeln zur Bildung von Ausschüssen sowie zur Wahl von Funktionsträgern schließen (Organisationshoheit des Aufsichtsrats!). Entsprechendes gilt für die Implementierung von Zustimmungsvorbehalten und für die Wahl von Funktionsträgern.
- 57 7. Die Größe des Aufsichtsrats kann **nicht** vom BVG festgesetzt werden.
- 58 8. Die Verhandlung über die Mitbestimmung obliegt der Unternehmensleitung, die damit aber im materiellen Sinne ein Mandat in der Hauptversammlung wahrnimmt. Zwar besteht kein **zwingender** Zustimmungsvorbehalt *praeter legem*. Die Gründungsbeschlüsse können aber unter den Vorbehalt gestellt werden, dass die Verwaltung ein bestimmtes Verhandlungsergebnis erzielt oder der Auffangregelung zum Durchbruch verhilft.

B. Diskussion

Prof. Dr. Christoph Teichmann, Julius-Maximilians-Universität Würzburg:

Als weiterer Exot in diesem Raum als Gesellschaftsrechtler fange ich vielleicht einfach an. Danach überlassen wir das Feld den Nichtexoten. Ich darf aber alle beruhigen: *Carsten Schäfer* und ich sind uns in weiten Teilen einig. In ganz, ganz weiten Teilen – bis auf den einen Punkt, den er selber aufgerufen hatte. Zu dem möchte ich dann doch kurz etwas sagen. In der Frage der Satzungs- und Vereinbarungsautonomie stimmen wir noch in vielen Punkten überein. Die Frage ist der Kompetenzbereich der Aktionäre. Die Mitbestimmung ist momentan im deutschen Recht zwingend geregelt – also dem Kompetenzbereich der Aktionäre entzogen. Wenn wir das aber frei geben, dann ist es Unternehmensverfassung. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats – wenn es das Mitbestimmungsgesetz nicht gäbe – wäre eine innere Angelegenheit der Gesellschaft, die in den Kompetenzbereich der Hauptversammlung fällt. Insofern stimme ich im Grundsatz überein. Wir müssen dafür sorgen, dass Aktionäre und Arbeitnehmer den gleichen Regelungsbereich haben. Es kann nicht sein, dass die Arbeitnehmer mit dem Vorstand irgendetwas „auskungeln“ und die Aktionäre schauen nur zu.

Es fiel das Stichwort „über die Köpfe der Aktionäre hinweg“: Das kann natürlich nicht sein. Es ist allerdings auch nicht der Fall. Das Verfahren hast Du dargestellt. Die SE-Verordnung sorgt dafür, dass die Aktionäre beteiligt werden. Sie beschließen über die Gründung der SE. Manchmal wird die Vereinbarung im Zeitpunkt der Beschlussfassung schon fertig, manchmal nicht. Gibt es die Vereinbarung bereits, kann sie den Aktionären vorgelegt werden. Und wenn sie ihnen nicht gefällt, stimmen sie gegen die SE-Gründung. Sie werden folglich beteiligt. Wenn die Vereinbarung noch nicht fertig ist, können die Aktionäre – das hat Herr *Schäfer* erwähnt – einen Zustimmungsvorbehalt aussprechen. Sie können sagen: „Wir wollen das später noch einmal sehen. Wir wollen noch einmal eine Hauptversammlung.“ Systematisch ist das abgedeckt und geschlossen. Es ist aber praktisch ungünstig: Allianz, Porsche oder andere Großunternehmen wollen nicht nach wenigen Monaten noch einmal eine zweite Hauptversammlung durchführen. Insofern besteht ein gewisses Potenzial, dass sich der Vorstand einen Freiraum schafft, der vielleicht nicht so gedacht ist. Das ist nicht zu leugnen. Es liegt aber in der Problematik des Gründungsverfahrens.

Die Frage ist, was kann in der Vereinbarung stehen? Mit dem Gleichlauf – wie gesagt – stimme ich durchaus überein. Aktionäre haben hier mindestens das gleiche Beteiligungsrecht wie die Arbeitnehmer. Die Auffassung, die Herr *Schäfer* referiert hat, bezieht sich auf die Satzungsstrenge, ein-

mal nach SE-Verordnung und – da der Art. 9 im Ergebnis auch auf das nationale Recht verweist – landen wir in der deutschen Satzungsstrenge. Und das deutsche Aktiengesetz (§ 23 Abs. 5) erlaubt eigentlich gar nichts. Jedenfalls nicht im Bereich der inneren Verfassung. Nach deutscher Satzungsstrenge könnte man eigentlich fast nichts vereinbaren. Und das ist der Punkt, an dem ich zunächst einmal ein Störgefühl bekomme. Das möchte ich auch dogmatisch begründen. Was in der Vereinbarung stehen soll, ergibt sich zunächst einmal aus § 21 SE-Beteiligungsgesetz. Der stützt sich auf Art. 4 der SE-Richtlinie. Da sind bestimmte Punkte genannt, Herr Schäfer hat sie aufgelistet. Im Einleitungssatz steht: „Unbeschadet der Autonomie der Parteien.“ Und das steht meines Erachtens mit Grund darin. Der europäische Gesetzgeber hat nämlich gesagt: „Wir geben da Punkte vor, die kann man regeln, die muss man aber nicht regeln.“ Der oberste Grundsatz ist, dass sich die Parteien selbst etwas ausdenken sollen. Das gilt vor dem Hintergrund, dass wir eine europäische Gesellschaft haben. Es können verschiedene Kulturen aufeinander stoßen, wenn Franzosen und Spanier, Deutsche und andere am Tisch sitzen. Wir werden es vielleicht heute noch hören von den Praxisberichten. Am Ende kommt vielleicht nicht immer die deutsche Mitbestimmung heraus. Auch nicht auf Arbeitnehmerseite. Wenn sie sich aber etwas Neues ausdenken wollen, dann können wir sie nicht an die Satzungsstrenge deutscher Provenienz binden. Es besteht – wie eben gesagt – eigentlich kein Spielraum. Der Aufsichtsrat, die innere Ordnung sind vorgegeben. Sie können nicht über die Ausschussbesetzung reden. Eigentlich können sie über gar nichts reden. Sie könnten – nur als kleines Schlaglicht – nicht einmal das österreichische Mitbestimmungsmodell vereinbaren. Dort haben wir zwar nur eine Drittelparität, aber die Arbeitnehmer haben einen gesetzlichen Anspruch, für jeden Aufsichtsratsausschuss ein Mitglied zu benennen. Das verstößt nach unserer Vorstellung gegen die Organisationshoheit des Aufsichtsrats. Wenn also österreichische Unternehmen an einer SE beteiligt sind, müssten wir ihnen sagen: „Friss oder stirb; entweder das deutsche Modell oder die Auffanglösung.“ Das österreichische kann im Verhandlungswege nicht eingeführt werden, jedenfalls in diesem Punkt nicht. Das ist meines Erachtens nicht das, was mit der Richtlinie gedacht war. Und das kann man § 21 SEBG so auch nicht entnehmen. Ich bin deshalb der Auffassung, dass wir aus der Richtlinie und aus § 21 SEBG – den wir ja richtlinienkonform auslegen müssen – eigentlich doch sehr viele Anhaltspunkte dafür haben, dass hier eine weitgehende Vereinbarungsfreiheit besteht. Diese muss einen Bezug zur Mitbestimmung haben. Da bin ich wieder auf Linie. Natürlich können sie nicht über Kapitalerhöhungen oder solche Dinge reden. Es muss um Mitbestimmung gehen. Aber wird dort etwas vereinbart, was meinetwegen im Ausland üblich ist oder was sie sich neu ausgedacht haben, weil es genau für diese SE passt – das war schließlich das Ziel der ganzen Vereinbarungslösung –, dann muss das auch gültig sein. Damit komme ich zu dem Ergebnis, dass Satzungsautonomie und Vereinbarungsautonomie parallel laufen, weil die Aktionäre vorher oder

hinterher zustimmen. Die Autonomie speist sich aber aus dem europäischen Recht, die Satzungsautonomie der Aktionäre wird indirekt erweitert, indem sie dann zustimmen oder ablehnen.

Dr. Martin Kraushaar, Führungskräfte Chemie VAA:

Zunächst nehme ich die Anmerkung von Prof. *Teichmann* auf. Ich vertrete auch die Auffassung – das wird Sie nicht verwundern – dass wir die alte Diskussion, ob Mitbestimmungsrecht nun Gesellschaftsrecht ist oder nicht bzw. welchen Status es hat, nicht mit den alten Antworten lösen können. Wir sind durch Europa tatsächlich herausgefordert, das Verhältnis von Satzungsautonomie und Mitbestimmungsautonomie neu zu durchdenken. Das allerdings nur als Vorbemerkung. 60

Herr Professor *Schäfer*: Ich kann Ihren Ausführungen, insbesondere zur These 1, dogmatisch sicherlich folgen, teile sie aber vor dem Hintergrund nicht, dass Dogmatik letzten Endes immer dienende Funktion hat. Ihre These 1 ist in Ihrer Argumentation erforderlich, um zu einer engen Auslegung des Begriffs der strukturellen Änderungen zu gelangen. Sie gestatten, dass ich annehme, es handele sich eigentlich um eine Hilfsthese und im Grunde genommen um die These 2, Ihre Hauptthese. Danach, ist in der Tat der Begriff der strukturellen Änderungen eng auszulegen. Ich frage mich allerdings, ob das vor dem Hintergrund der praktischen Erfordernisse – wenn man jetzt den Porsche-Fall betrachtet – wirklich Bestand hat. Wenn Sie die Mitbestimmung so behandeln, dass Sie praktisch die Arbeitnehmerbänke spalten, hat das natürlich auch Auswirkungen darauf, wie sich Betriebsräte untereinander verhalten werden. Ich kann mir nicht vorstellen, dass Sie strukturelle Änderungen, die auch nur in dem bestehen, was Sie als organisches Wachstum bezeichnen, dauerhaft so beantworten können, dass Sie sagen: „Wir haben eine Erstverhandlung durchgeführt, basta, dabei bleibt es.“ Das wird vermutlich zu ganz erheblichen innerbetrieblichen Spannungen in der Mitbestimmung führen. Daraus können sich Strategien ergeben, welche die Besetzung der Aufsichtsräte konterkarieren. Sie müssen bedenken, dass die Besetzung der Aufsichtsräte künftig durch die nationalen Gremien stark beeinflusst wird. Es könnten auch Ausweichstrategien verfolgt werden, bis dahin, dass man sich als Betriebsrat vollkommen aus dem Gremium zurückzieht. Es ist keineswegs gesagt, dass man nicht beispielsweise nur noch Gewerkschaftsfunktionäre vorschlägt, wenn man sich als der Betriebsteil, der nicht ausreichend berücksichtigt ist, fortgesetzt nicht wiederfindet in dieser Vereinbarung. Zu diesem Punkt besteht keine ausdrückliche Regelung. Ich denke, dass die Praxis vor allen Dingen darauf hinauslaufen wird, den Begriff der strukturellen Änderung selbst in die Hand zu nehmen. In den Mitbestimmungsvereinbarungen wird man Regelungen darüber finden, was eine strukturelle Änderung sein soll. Ich nehme an, dass die anstehende Revision der Richtlinie in diese Richtung führen wird. Man wird ein ausgebautes System da-

zu entwickeln müssen, was strukturelle Änderungen sein sollen und es nicht bei diesen Andeutungen belassen, die es in dem Erwägungsgrund gibt. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund – ich spreche auch für die Gruppe der leitenden Angestellten – dass wir immer kritisiert haben, dass an der Stelle die Gefahr der Majorisierung durch Mitbestimmungsvereinbarungen besteht.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

- 61 Dass die leitenden Angestellten natürlich große Sorge haben, das versteht jeder, der sich ein bisschen damit auskennt. Bislang waren sie ein bisschen überrepräsentiert, künftig könnten sie womöglich gar nicht repräsentiert sein.

Dr. Roland Köstler, Hans-Böckler-Stiftung:

- 62 Ich will aus der Praxis ein paar Dinge anmerken: Ich hatte das Vergnügen – ich finde es schon insgesamt ein Vergnügen – bisher BVG-Mitglied zu sein, ohne sich über das Gesellschaftsrecht allzu viele Gedanken zu machen. Und das finde ich das Sympathische an der Geschichte. Das knüpft eigentlich an das an, was wir in Deutschland ja früher schon gemacht haben. Mitbestimmungsvereinbarungen sind ja eigentlich ein alter Hut. Da gibt es eine jahrzehntelange Praxis. Und dann irgendwann haben die Juristen angefangen, darüber auch etwas zu schreiben und sie streiten dann. Sollen sie weiter streiten. Wenn wir in der Praxis klarkommen, bin ich für Letzteres. Ich fange aber ganz vorn an. Erstens zur Statistik: Wie viel Prozent der SE in Deutschland sind, darüber kann man trefflich streiten. Es gibt nämlich nur eine Statistik und die führen wir. Wir heißt jetzt in diesem Fall das Europäische Gewerkschaftsinstitut, www.worker-participation.eu ist die Homepage, auf der Sie das nachlesen können. Man muss allerdings bei der Statistik genau hinsehen. Wir haben in der Tat zahlloseste Vorrats-SEs. Wir haben ganz viele, wo wir verzweifelt versuchen, überhaupt irgendetwas zu finden und irgendwann resignieren wir und sortieren diese dann bei den Vorrats-SEs ein. Insgesamt gibt es in Europa vielleicht 50 operativ tätige Unternehmen, die mehr als zehn Arbeitnehmer haben. Ich habe die neuesten Zahlen auch nicht im Kopf, weil man das jeden Tag nachtragen muss. Aber das ist hoch gegriffen. Bei denen hat Deutschland in der Tat einen enormen Anteil. Insofern stimme ich Ihnen zu. Bei den Prozentzahlen haben wir Schwierigkeiten, weil es keine offizielle Statistik gibt. Das ist etwas, was wir inzwischen bei der EU-Kommission auch einmal eingefordert haben. Das führt mich zum nächsten Punkt. Bei den Vorrats-SEs ist es so, dass inzwischen die Länderregierungen im Januar/Februar ihre ersten Kommentare nach Brüssel abgegeben haben, und es sind nicht nur die Deutschen. Man kann es verstehen:

Es gibt den Wunsch, das, was man in das Gesetz hineingeschrieben hat, nachher Praxis werden zu lassen. Es gibt diverse andere Länder und z.B. vor allen Dingen Schweden, die genauso sagen: „Die Vorrats-SE muss verboten werden, denn das ist eine Geschichte, die macht man nicht weiter mit.“ Ich habe eigentlich schon von Anfang an diese vermittelnde Meinung oder das, was Sie jetzt als wirtschaftliche Neugründung bezeichnen, vertreten – auch als ich bei einigen Amtsgerichten versucht habe, die Eintragung wieder per Löschung wegzubekommen. Das war in der ersten Situation der klassische Versuch, die Praxis dadurch zu korrigieren, dass wir irgendwo einmal einen Amtsrichter finden, der es nicht mitmacht. Es heißt jetzt, dass die Münchener Amtsrichter nicht mehr so tolerant wären, deswegen konzentrieren sich die Vorratsgründungen momentan auf Düsseldorf. Schon interessant!

Und nun zu den strukturellen Änderungen: Die Österreicher haben es ganz anders gemacht. Sie haben in ihr Arbeitsverfassungsgesetz hineingeschrieben, was strukturelle Änderungen sind. Der deutsche Gesetzgeber – das war dann nicht Herr *Teichmann*, das waren die anderen Kollegen – hat sich in der Tat nicht getraut. So würde ich es einmal formulieren. Und jetzt haben wir das schöne Problem: „Was verstehen wir eigentlich darunter?“ Das ist eine Geschichte, die muss irgendwann zum EuGH. Ganz so einfach wie Sie würde ich es nicht machen. Da hat Herr *Rehberg*, der heute hier noch referieren wird, in der ZGR sich viel mehr Mühe gemacht. Denn man muss es wirklich einmal genau durchbeugen.

Zum Fall Porsche muss man anmerken: Dort ist in der Vereinbarung alles definiert worden, was sich irgendjemand an strukturellen Änderungen einfallen lassen konnte. Und das ist das Problem. Ich will jetzt hier nicht für den VW-Betriebsrat Partei ergreifen. Im Gegenteil: Da gibt es einige Sachen, die die so aufziehen, dass ich auch sagen würde: „Nehmt Euch einen anderen Anwalt.“ Aber das ist nicht das Problem bei Porsche. Der Zeitpunkt der Vereinbarung und einige Inhalte erscheinen den VW-Leuten als inakzeptabel. Ich denke, da müsste man zu einer Lösung kommen. Aber das ist keine Rechtsfrage.

Zum nächsten: § 5 Abs. 3 Mitbestimmungsgesetz. Da muss ich Ihnen energisch widersprechen. Aus einem ganz einfachen Grund: Es ist in Deutschland gesellschaftsrechtlich oder mitbestimmungsrechtlich anerkannt, wenn die Obergesellschaft montanmitbestimmt ist, dann gilt für die nächste Ebene darunter § 5 Abs. 3. Wir haben OLG-Entscheidungen, die den § 5 Abs. 3 wirklich mutig oder auch praxisgerecht auslegen. Es gibt jetzt wieder eine neue zu Asklepios. § 5 Abs. 3 ist großzügig auszulegen, da haben wir Vögele in Stuttgart vor Jahren, wir haben die Düsseldorfer Entscheidung zu GKN. Man kann auch sagen, dass das BAG es vielleicht richtiger entschieden habe. Aber wir haben jetzt in den Statusverfahren eine so eindeutige Meinung. Und wir haben das Phänomen, dass immer klar war, wenn die Obergesellschaft montanmitbestimmt ist, dann ist darunter § 5 Abs. 3 anzuwenden. Insofern kann man jetzt nicht hier bei

der SE versuchen, das zu begründen. Herr *Habersack* hat das einmal versucht. Eine teleologische Reduktion ist immer eine Geschichte, die man macht, wenn uns nichts mehr einfällt.

Jetzt zu Porsche noch einen Satz: Weil es bei Porsche im Grunde genommen so ist, dass man – wenn es diese Definition nicht gebe, man nicht gesagt hätte, was alles keine strukturellen Änderungen sind – bis zu dem Zeitpunkt damit leben könnte, an dem VW dazukommt. Allerdings ist bei Porsche durchaus die Größe vereinbart worden. Erstens wurde es nicht verkleinert, der Porsche Aufsichtsrat war derzeit zwölköpfig. Und zum anderen haben wir aber – und das ist eine Geschichte, die muss man sich einmal auf der Zunge zergehen lassen, Sie können die Vereinbarung herunterladen vom Handelsregister – bei Porsche eine dezidierte und ausführliche Regelung. Es geht hoch von 12 bis 20 und nachher wieder herunter auf 18. Dort hat man entlang der Frage, wie viele Teilkonzerne eigentlich bestehen, jedes Mal die Aufsichtsratsgröße modifiziert. Das ist visionär, aber das liegt an diesem Konzern, der visionär auch die Autolandchaft gestaltet. Da ist in der Tat die Größe in mancherlei Hinsicht gestaltet worden. Und an der Stelle vielleicht noch eine Bemerkung zur Größe: Ich fand es besonders – ich sage einmal – unfein von Herrn *Habersack*, dem deutschen Gesetzgeber um die Ohren zu schlagen, dass er in späteren Gesetzen in der Begründung immer geschrieben habe „und wie schon bei der SE kann man die Größe hier frei verhandeln.“ Wir haben es bei der Europäischen Genossenschaft und wir haben es bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Das war vom Gesetzgeber schon von Anfang an so gemeint. Ich würde es ganz anders sehen. In der Praxis hat man in den Verhandlungen dann die Frage: „Wollen wir uns an dem Punkt festbeißen oder gibt es andere Dinge, wo wir Angebote haben, die wir dann zum Schluss in der Wertung abwägen?“ Und das ist eigentlich für alle dieser Vereinbarungen so. Die BVG-Arbeitnehmerseite wägt zum Schluss eigentlich ab. Wir haben bisher noch keine Musterlösung. Ich würde mich auch weigern, so etwas in die Welt zu setzen. Wir haben nachher eine Praxis, die so oder so verfährt. Letzte Anmerkung zur Praxis: Was darf also an Regelungen, Ausschüssen, stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender etc. alles nicht in der Vereinbarung sein? Ich habe hier unsere Broschüre und man kann es auch von der Böckler-Stiftung downloaden. Da sehen Sie die Beispiele bei Allianz und BASF. Das hat man elegant formuliert. Beide Seiten sind mit dem, was da steht, zufrieden. Ob das jetzt eine Regelung ist? Ich glaube, es ist eigentlich keine. Aber das Ergebnis zählt. Man hat das unter dem Strich so, wie man es nachher in der Praxis haben möchte.

Volker Rieble:

- 63 Jetzt habe ich mit Blick darauf, dass das Erregungspotenzial offenbar hoch ist, wir allerdings den Spannungsbogen über den ganzen Tag halten wollen, kurz schon Herrn *Krause* gebeten, sich etwas zurückzunehmen.

Wir wollen, dass Herr *Rehberg* auch noch die Möglichkeit hat, massiv bedrängt zu werden. Deswegen würde ich sagen, dass wir noch eine Antwort von Herrn *Schäfer* hören. Es sei denn, es drängt Sie unglaublich. Aber die Fragen kommen in den anderen Referaten auch. Nicht, dass wir in der ersten Diskussion das ganze Pulver schon verschießen und Sie dann nachher einschlafen. Jetzt gibt es noch eine zündende Antwort vom Kollegen *Schäfer*.

Professor Dr. Carsten Schäfer, Universität Mannheim:

Ganz kurz: Ich muss mich leider auf die vielen Aspekte beschränken, die hier auch völlig zu Recht angebracht wurden. Zunächst zu *Christoph Teichmann*, Stichwort Satzungsautonomie/Vereinbarungsautonomie: In der Tat, das bestreite ich ja nicht, sind nach dem deutschen Mitbestimmungsgesetz hier Regelungen im Mitbestimmungsrecht getroffen, die in die Verfassung eingreifen. Aber auf der Ebene der SE haben wir solche Regelungen eben nicht, jedenfalls nicht in der Klarheit. Ich denke, sofern wir sie eben nicht haben – ich verkürze das jetzt sehr stark –, greift im Zweifel wieder der allgemeine Grundsatz. Das ist ja ohnehin nur für ergänzende Maßnahmen relevant. Deswegen meine ich eben, dass hier, was die Mitbestimmung betrifft, jedenfalls die allgemeinen Grundsätze greifen müssen. Ich sehe, anders als Du, den § 21 SEBG so nicht an. Zwar steht dort etwas von Autonomie, aber die Frage ist, inwieweit sie reicht. Darum streiten wir. Deswegen bin ich tendenziell strenger. Ich räume aber vollkommen ein: selbstverständlich könnte der Gesetzgeber hier eine andere Regelung treffen, wie er sie für deutsche Gesellschaften im Mitbestimmungsgesetz ja auch getroffen hat. Selbstverständlich könnte er das. Es gibt auch andere Beispiele: Bahnprivatisierung. Es ist erstaunlich, was da so alles drin steht. Das ist im Grunde nach unseren Vorstellungen vom Gesellschaftsrecht nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen. Aber ich meine eben, das ist bisher nicht in ausreichender Deutlichkeit geschehen. Deswegen sollten wir allgemeine Auslegungsgrundsätze anwenden, zu denen auch die teleologische Auslegung gehört. Ich halte das für keine Krücke. Soweit in aller Kürze.

Zu Herrn *Kraushaar*: Meine These 1 ist nicht nur eine Hilfsthese, sondern sie bezieht sich auf die Vorrats-SE. Da ist in der Tat die Frage, die Herr *Köstler* eben auch angesprochen hat: Verbieten wir es oder lassen wir es zu und verlagern die Mitbestimmungsvereinbarung auf die nächste Ebene und was folgt dann daraus? Das ist sozusagen diese These. Das ist eine andere These als die These 2. Ich stimme mit Herrn *Köstler* da vollkommen überein. Ich habe das auch mit Freude gelesen, was Sie geschrieben haben. Im Grunde liegen wir da, glaube ich, nicht auseinander. Insofern halte ich das für eine vernünftige Lösung. Dann die andere Frage, auf die sich sowohl Sie, Herr *Kraushaar*, und Sie, Herr *Köstler*, bezogen haben, die strukturelle Änderung: Natürlich, der Porsche-Fall ist einer, der die

Sache wirklich einmal auf die Spitze getrieben hat. Das ist klar und ich habe natürlich auch Verständnis dafür, dass jetzt die Arbeitnehmerschaft von VW das etwas anders beurteilt. Und das ist ja wirklich ein Fall, an dem man darüber einmal streiten kann. Nur auch hier: Wir müssen erst mit der Regelung umgehen, die wir haben, und diese Regelung ist eben uneindeutig. Sie bereitet schon in dem Verständnis, wie sie da so harmlos formuliert ist, eben größte Schwierigkeiten. Was soll strukturelle Änderungen eigentlich heißen? Ich gebe Ihnen aber zu, an diesem Punkt kann man natürlich anderer Meinung sein bzw. der Gesetzgeber kann hier deutlicher werden. Ich meine aber, nach dem geltenden Recht ist das genauso richtig. Wenn es Spannungen gibt in der Praxis und man mit diesen Spannungen umgehen will, dann liegen sie ja nicht unbedingt an § 18 Abs. 3 SEBG, sondern dann bleibt, wie Sie auch selber im Porsche-Beispiel angedeutet haben, der Fall der Vereinbarung. Und auch die Porsche-Leute haben sich, das habe ich angedeutet, nicht so richtig getraut, sie da ganz rauszulassen, sondern sie haben eine Regelung getroffen. Und ich möchte noch sagen, Porsche ist auch deswegen ein Sonderfall, wegen dieser sehr eigenen Eigentümerstruktur der Gesellschaft. Da sind die Aktionäre an diesen Dingen immer beteiligt gewesen. Deswegen stellt sich vielleicht gerade da nicht so sehr das Problem, das sich hier aufgefächert hat. Was die Zahlen betrifft, haben Sie vermutlich Recht. Ich habe mich auf eine Veröffentlichung bezogen, die am Lehrstuhl *Bayer* entstanden ist. Ich werde das nachweisen, aber vielleicht haben Sie bessere Zahlen.

§ 5 Abs. 3 Mitbestimmungsgesetz, ganz kurzer Abschluss dazu noch: In der Tat, auch darüber kann man natürlich streiten. Ich habe das allerdings auch sehr verkürzt wiedergegeben. In der Schriftfassung wird das etwas ausführlicher. Man kann natürlich mit Hinweis auf die Montanmitbestimmung darüber streiten. Aber ob das jetzt so richtig ist, das ist eine andere Frage. Ich würde hier dieser Meinung tendenziell nicht folgen wollen. Aber ich gebe zu, dass man die Dinge natürlich auch anders sehen kann. Ich halte es nicht für überzeugend.

§ 2 Chancen und Risiken der Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung

Rn.

A. Referat Markus Rehberg	1
I. Chancen des Verhandlungsmodells	3
1. Verhandlungstheorie (individuelle Sicht)	3
a. Wertschöpfung	3
b. Verteilung	8
2. Coase-Theorem (gesamtwirtschaftliche Perspektive)	10
a. Grundmodell	10
b. Konsequenzen für das SE-Verhandlungsmodell	14
3. Voraussetzungen	16
4. Fallstudie: Mitbestimmungsverzicht gegen Geld?	21
II. Reichweite der Inhaltsfreiheit	23
1. Rang und Reichweite der Beteiligungsvereinbarung	24
2. Einschränkungen	27
a. Europarecht	27
b. Nationales Recht	30
III. Zusammenfassung und Ausblick	37
B. Diskussion	41

A. Referat Markus Rehberg*

- 1 Fragt man für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Aufsichtsrat und Betrieb nach den herausragenden Rechtsentwicklungen der letzten Jahre, so darf die zunehmende Verbreitung von Verhandlungslösungen ganz sicher nicht fehlen. Danach sind es die Sozialpartner selbst, die Inhalt und Umfang frei vereinbaren, während zwingende staatliche Regeln erst und nur dann eingreifen, wenn eine Einigung misslingt. Bisher vollzog sich diese Entwicklung vor allem auf europäischer Ebene,¹ sei es in der Richtlinie über die Einrichtung eines Europäischen Betriebsrats,² der Richtlinie zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Genossenschaft,³ der Verschmelzungsrichtlinie⁴ oder eben für die hier zu diskutierende Europäische Aktiengesellschaft (**Societas Europaea** – SE).⁵ Doch wird auch in den Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, über die Einführung ähnlicher Modelle nachgedacht.⁶ Diese Entwicklung gibt Anlass, sich über die Chancen wie Risiken solcher Verhandlungsmodelle zu vergewissern.

* Dr. Markus Rehberg, Ludwig-Maximilians-Universität München, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Unternehmensrecht.

- 1 Zur Geschichte des Verhandlungsmodells und speziell der SE-Richtlinie siehe nur *Mävers*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft (2002). Zu einigen nationalen Erfahrungen mit der „verhandelten Mitbestimmung“ in Italien und Schweden vgl. die Nachweise bei *Thüsing*, SE-Betriebsrat kraft Vereinbarung, ZIP 2006, 1469, 1470 (dort Fn. 7) und zu den begrenzten Spielräumen des deutschen Rechts *Henssler*, Freiwillige Vereinbarungen über die Unternehmensmitbestimmung, FS für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag (2008), S. 1019; *Kiem*, Vereinbarte Mitbestimmung und Verhandlungsmandat der Unternehmensleitung, ZHR 171 (2007), 713, 714 ff. oder *Seibt*, Privatautonome Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 2005, 413.
- 2 Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.9.1994 über die Einrichtung eines europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABLEG Nr. L 254 vom 30.9.1994, S. 64.
- 3 Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABLEG Nr. L 294 vom 10.11.2001, S. 22.
- 4 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABLEG Nr. L 310 vom 25.11.2005, S. 1.
- 5 Das SE-Statut setzt sich aus den in der SE-Verordnung (SE-VO) geregelten gesellschaftsrechtlichen und den durch die SE-Richtlinie (SE-RL) erfassten mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften zusammen, vgl. Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABLEG Nr. L 294 vom 10.11.2001, S. 1; Richtlinie 2001/86/EG (Fn. 3), S. 22.
- 6 Überblick zu Verlauf und Stand der nationalen Diskussion bei *Raiser*, Gestaltungsfreiheit im Mitbestimmungsrecht, FS für Harm Peter Westermann zum

Auf den ersten Blick ist dabei Skepsis angebracht, geht es doch zumindest auf europäischer Ebene eher um eine Notlösung als die gezielte Modernisierung des Arbeitsrechts. Beweggrund sind die national höchst unterschiedlichen, eine Harmonisierung erschwerenden Mitbestimmungsregimes,⁷ zumal diese Vielfalt politisch teilweise sehr unterschiedliche Grundeinschätzungen widerspiegelt.⁸ Die Verhandlungslösung ermöglicht es, die nationalen Errungenschaften der Arbeitnehmer grundsätzlich zu respektieren („Vorher-Nachher-Prinzip“⁹), die SE aber dennoch zumindest formal einem einheitlichen, genuin europäischen Arbeitsrecht zu unterstellen. Sachlich trägt die SE-Richtlinie hingegen leicht hybride Züge: Wird die Einigung verfehlt, greift eine Auffangbestimmung, die sich am – getreu der nationalen Rechtsordnungen höchsten maßgeblichen – Anteil in den beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bemisst.¹⁰ Kommt es hingegen zu einem Vertragsschluss, kann dies nicht nur zu ganz neuen, innovativen Inhalten führen, sondern etwa auch zur Adoption selbst solcher nationaler Regelungen, die zu den Gründungsgesellschaften keinerlei Anknüpfungsmoment aufweisen. Mitgliedstaatliche Einflüsse bleiben jedenfalls insofern spürbar, als jede Einigung im Schatten von Nichteinigungsalternativen und damit der bereits erwähnten Auffangregelung erfolgt (näher unten Rn. 8, 9).

Im Folgenden soll im Wesentlichen zweierlei dargelegt werden. Erstens: 2
Die Verhandlungslösung eröffnet nicht nur den Parteien selbst, sondern auch aus volkswirtschaftlicher Sicht die Chance zu interessengerechten und wertschöpfenden Vereinbarungen, deren Vorteile umso größer ausfal-

70. Geburtstag (2008), S. 1295, 1296, 1303 ff. m.w.N. Auch unabhängig von der Verhandlungslösung mehrten sich in jüngerer Zeit die Versuche, über ganz neue Beteiligungsformen nachzudenken, vgl. hier nur *Kirchner*, Grundstruktur eines neuen institutionellen Designs für die Arbeitnehmermitbestimmung auf der Unternehmensebene, AG 2004, 197 oder *Windbichler*, Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen und gegenüber dem Unternehmen, AG 2004, 190 als zwei Vertreter des Berliner Netzwerks Corporate Governance.

7 Übersichten finden sich etwa bei Baums/Ulmer (Hg.), Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten (2004); Henssler/Braun (Hg.), Arbeitsrecht in Europa (2003); *Köstler*, Die Europäische Gesellschaft, 4. Aufl. (2008), S. 61 ff. oder *Rebhahn*, Das kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, NZA 2001, 763.

8 In sogenannten sensiblen Bereichen gestattet der EuGH den Mitgliedstaaten stärkere Eingriffe in die Grundfreiheiten, vgl. stellvertretend EuGH vom 17.12.1981 – 279/80 [Webb] – Slg. 1981, 3305 = AP Nr. 9 zu Art. 177 EWG-Vertrag Rn. 18 f. (dort für die Arbeitnehmerüberlassung). Arbeitnehmerschutz ist als Rechtfertigungsgrund prinzipiell anerkannt, vgl. etwa EuGH vom 5.11.2002 – C-208/00 [Überseering] – Slg. 2002, I-9919 = NJW 2002, 3614 Rn. 92 oder EuGH vom 14.7.1981 – 155/80 [Oebel] – EuGHE 1981, 1993 = AP Nr. 8 zu Art. 177 EWG-Vertrag Rn. 12.

9 Siehe Erwägungsgrund 18 sowie Art. 11 der SE-Richtlinie (Fn. 3).

10 Zu den Details vgl. Art. 7 sowie Teil 3 des Anhangs der SE-Richtlinie (Fn. 3).

len, je breiter der Verhandlungsspielraum ausfällt. Dementsprechend soll zweitens untersucht werden, inwieweit die SE-Richtlinie inhaltliche Einschränkungen der Verhandlungsfreiheit zulässt, namentlich mit Blick auf die für das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht typische Satzungsstrenge.

I. Chancen des Verhandlungsmodells

1. Verhandlungstheorie (individuelle Sicht)

a. Wertschöpfung

- 3 Betrachtet man zunächst die zur Verhandlung aufgerufenen Parteien, kann vor allem die Verhandlungstheorie¹¹ verdeutlichen, unter welchen Voraussetzungen deren Bedürfnisse bestmöglich befriedigt werden. Zentrale Forderung ist dabei die Orientierung an Interessen im Gegensatz zu Positionen. Was damit gemeint ist, lässt sich anschaulich anhand eines klassischen Beispiels¹² illustrieren: Angenommen, zwei Schwestern erhalten von ihrer Mutter eine Orange unter der Bedingung geschenkt, dass sie sich irgendwie einigen. Was ist hier die beste Lösung? Nun, auf den ersten Blick mag man sich „salomonisch“ für eine hälftige Teilung der Orange aussprechen. Dies mag auch durchaus sinnvoll sein – doch zwingend ist dies keineswegs. Wollte nämlich die eine Schwester mit der Orange Saft pressen, die andere hingegen mit der Schale einen Kuchen backen, so ist die offensichtlich sehr viel bessere Lösung diejenige, der einen Schwester das vollständige Fruchtfleisch zu geben, der anderen hingegen die gesamte Schale.
- 4 So schlicht dieses Beispiel auch ist, erlaubt es wichtige Schlussfolgerungen. Zunächst begehen wir häufig den Fehler, uns gedanklich auf bestimmte Positionen („die Orange“ bzw. einen Teil davon) zu fixieren, nicht aber auf die dahinter stehenden Interessen. Während Interessen in die Zukunft gerichtet sind, verführt das Denken in Positionen zu vergangenheitsorientierten Betrachtungen. Es wird etwa gefragt, welche Partei warum bestimmte Rechte verdient habe und nicht nach aktuellen Erfordernissen. Weiterhin werden individuell-kreative Lösungen dadurch verhindert, dass Positionen regelmäßig starr und festgelegt sind. Gerade wir Juristen sind dabei besonders gefährdet, da wir von Beginn unserer Ausbildung an geradezu darauf getrimmt werden, in Anspruchsgrundlagen und

11 Aus der mittlerweile umfangreichen Literatur vgl. nur *Bazerman/Neale*, *Negotiating Rationally* (1994); *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to Yes*, 2. Aufl. (1991); *Fisher/Shapiro*, *Beyond Reason* (2005); *Raiffa*, *The Art and Science of Negotiation* (1982); *Schelling*, *The Strategy of Conflict* (1960) sowie aus dem deutschsprachigen Raum *Bühning-Uhle/Eidenmüller/Nelle*, *Verhandlungsmanagement* (2008 – im Erscheinen); *Haft*, *Verhandlung und Mediation*, 2. Aufl. (2000); *Hager*, *Konflikt und Konsens* (2001) oder *Risse*, *Wirtschaftsmediation* (2003).

12 *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 11), S. 57.

damit Positionen zu denken. Auf dieser Basis assoziieren wir dann bei dem Stichwort „Orange“ eher Besitz und Eigentum als deren Eignung zur Verwirklichung verschiedenster Interessen. Aber auch die Sozialpartner sind nicht ungefährdet, ist doch Arbeitsrecht das Ergebnis einer über ein Jahrhundert lang äußerst hart geführten Auseinandersetzung um Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsrechte, deren Existenz bzw. Abwehr oftmals als entsprechende Errungenschaft („Besitzstand“) angesehen und gefeiert wird.

Die Konzentration auf Positionen statt Interessen ist vor allem deshalb gefährlich, weil sie oft eine für beide Seiten vorteilhafte Wertschöpfung vereitelt. Wie das Orangenbeispiel verdeutlicht, ist Verhandeln kein Nullsummenspiel, so dass die eine Partei keineswegs das verliert, was die andere gewinnt.¹³ Was aber sind die Voraussetzungen einer solchen Wertschöpfung? Interessanterweise lassen sich hier gleichermaßen Unterschiede wie Gemeinsamkeiten nutzen. In die erste Kategorie fallen unsere Schwestern, wo es gerade deren unterschiedlichen Interessen sind, die gegenüber der hälftigen Teilung einen Mehrwert eröffnen. Ähnlich lassen sich oft auch unterschiedliche Erwartungen oder Wertschätzungen nutzen. Zur zweiten Kategorie der Ausnutzung von Gemeinsamkeiten zählen beispielsweise solche Ziele, die beide Seiten teilen und deren Verwirklichung von einer konstruktiven Zusammenarbeit abhängt – man denke nur an den wirtschaftlichen Unternehmenserfolg.

So vielfältig die Möglichkeiten wertschöpfenden Verhandeln theoretisch sind, setzen sie rein praktisch voraus, dass sich die Verhandlungen auf einen möglichst weiten Bereich erstrecken. Je breiter das Feld möglicher „Tauschobjekte“, desto eher lassen sich solche Gemeinsamkeiten und Unterschiede ausmachen und verwenden, die eine Wertschöpfung ermöglichen. Anders als es die Intuition vielleicht nahe legt, ist es für Verhandlungen durchaus erwünscht, wenn Äpfel gegen Birnen getauscht werden. Die eingangs kritisierte Beschränkung auf Positionen ist nichts anderes als eine unnötige Verengung des Verhandlungsspielraums. Inwieweit das geltende Recht den notwendigen Freiraum bietet, ist daher die zentrale Fragestellung des zweiten Abschnitts dieses Beitrags.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass die Parteien Unterschiede und Gemeinsamkeiten nur dann nutzen können, wenn sie davon erfahren. Damit wird Offenheit und generell ein vertrauensvolles Verhandeln zu einer weiteren wichtigen Voraussetzung.¹⁴ Ebenso wird bisweilen unterschätzt, dass, obwohl wir alle tagtäglich verhandeln, professionelles Ver-

13 Dies für die SE-Richtlinie richtig betonend *Heinze/Seifert/Teichmann*, Verhandlungssache – Arbeitnehmerbeteiligung in der SE, BB 2005, 2524, 2525.

14 Dementsprechend ist genau dies ein zentraler Regelungsbereich der neuen Mediationsrichtlinie, vgl. Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABLEG Nr. L 163 vom 24.5.2008, S. 3.

handeln gelernt sein will. Hierzu gehören nicht nur diverse Kreativitätstechniken, sondern auch die Vermeidung und Kompensation verschiedenster Irrationalitäten, die für uns Menschen leider so typisch sind.

b. Verteilung

- 8 So wichtig es ist, eine gemeinsame Wertschöpfung anzustreben, verfolgen die Parteien natürlich nach wie vor noch ein anderes Ziel. Sie wollen nicht nur den gemeinsamen Kuchen vergrößern, sie wollen sich auch einen möglichst großen Anteil daran sichern. Verteilung ist zweifellos die zweite entscheidende Größe des Verhandlungsprozesses.¹⁵ Besonders interessant für diesen Beitrag sind dabei die sogenannten Nichteinigungsalternativen, welche die Endverteilung maßgeblich beeinflussen. Hierunter versteht man die Situation, in der sich die Parteien jeweils wiederfinden, wenn es nicht zu einer Einigung kommt, und die damit den Bereich möglicher Vereinbarungen umgrenzt. Verhandlungstaktisch ist zunächst wichtig, dass sich die eigene Nichteinigungsalternative wie auch die des Gegners durchaus verändern lässt, etwa indem man nach Alternativen Ausschau hält oder aber dem Gegner ein Scheitern der Verhandlung unschmackhaft macht.¹⁶ Juristisch ist zu bemerken, dass gerade das Recht die Nichteinigungsalternativen der Parteien prägt. Die Parteien verhandeln im „Schatten des Rechts“, d.h. auf Basis einer rechtlich vorgegebenen Verteilung von Gütern und Handlungsmöglichkeiten.¹⁷ Nicht ohne Grund regelt die SE-Richtlinie mit der Auffanglösung die Nichteinigungsalternative ausführlich und war dies die wohl politisch umkämpfte Regel des gesamten SE-Statuts.
- 9 Inhaltlich scheinen dabei die Arbeitnehmer begünstigt, wird doch nach Maßgabe des Vorher-Nachher-Prinzips das häufig sehr hohe nationale Mitbestimmungsniveau gesichert. Dementsprechend wird an der Auffangregel der SE-Richtlinie oft kritisiert, dass sie echte Verhandlungen überhaupt nicht zulasse, da die Arbeitnehmerseite überhaupt keinen Anlass habe, sich auch nur ein bisschen zu bewegen.¹⁸ Allerdings ist diese Schlussfolgerung unabhängig davon, wie man rechtspolitisch zu der (pari-

15 Dieses Anliegen kann mit dem Wertschöpfungsziel kollidieren, vgl. zum sog. Verhandlungsdilemma *Duve*, Alternativen zur traditionellen Konfliktbeilegung erkennen, in: *Duve/Eidenmüller/Hacke* (Hg.), *Mediation in der Wirtschaft* (2003), S. 41, 55 ff.

16 Im Orangenbeispiel mag etwa eine Schwester dem Vater berichten, dass ihre Kontrahentin vorhabe, für ihn einen Orangenkuchen zu backen, in der Hoffnung, dass sich diese kaum trauen werde, den Vater zu enttäuschen.

17 *Mnookin/Kornhauser*, *Bargaining in the Shadow of the Law*, 88 *Yale Law Journal* 950, 968 ff. (1979).

18 *Fleischer*, *Der Einfluss der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts*, *AcP* 204 (2004), 502, 535 etwa spricht von einem kardinalen Konstruktionsfehler, vgl. auch *Habersack*, *Schranken der Mitbestimmungsautonomie in der SE*, *AG* 2006, 345 m.w.N.

tätischen) Mitbestimmung steht, in zweierlei Hinsicht angreifbar. So gibt es immer – also unabhängig von der Höhe der Auffangregel – wenig zu verhandeln, wenn man sich auf die Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat beschränkt. Je weiter jedoch der Verhandlungsgegenstand reicht, desto leichter wird es den Unternehmenseignern fallen, den Arbeitnehmern eine Minderung der Mitbestimmungsintensität durch Zugeständnisse auf ganz anderen Gebieten abzukaufen.¹⁹ Zum anderen ist die Nichteinigungsalternative der Arbeitnehmer keineswegs mit der Auffangregelung identisch, sondern vielmehr einer versteckten Dynamik ausgesetzt. Denn häufig lassen sich unternehmerische Gestaltungsziele keineswegs nur über die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft realisieren, sondern es kommt häufig alternativ eine grenzüberschreitende Verschmelzung oder aber die Wahl einer Auslandsgesellschaft – etwa über ein Anwachsungsmodell – in Betracht.²⁰ Derartige Optionen verbessern die Verhandlungsposition der Arbeitgeberseite ersichtlich.

2. Coase-Theorem (gesamtwirtschaftliche Perspektive)

a. Grundmodell

Nicht nur den Parteien selbst eröffnet das Verhandlungsmodell der SE-Richtlinie die Chance zu vorteilhaften, weil wertschöpfenden Lösungen. Auch gesamtwirtschaftlich lassen sich die Vorteile einer Verhandlungslösung gegenüber zwingenden Regeln, wie sie etwa das deutsche Mitbestimmungsrecht vorsieht, beschreiben. Hierzu sollte man sich vor Augen führen, dass das deutsche Recht sämtlichen in Deutschland mitbestimmten Firmen lediglich ein einziges, fest umschriebenes Mitbestimmungsmodell vorschreibt und damit spezifische Bedürfnisse einzelner Unternehmen ignoriert. Angesichts dieser Monokultur ist es auch von vornherein nicht möglich, verschiedene Konzepte zu vergleichen und daraus zu lernen.

19 Vgl. dazu auch *Teichmann*, Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, *Der Konzern* 2007, 89, 94, der u.a. die Internationalisierung der Mitbestimmung sowie eine stärkere Berücksichtigung der Arbeitnehmervertreter bei der Ausschussarbeit nennt.

20 So regelt die Verschmelzungsrichtlinie die Mitbestimmung bereits weniger streng als die SE-Richtlinie. So kann dort die Mitbestimmung für monistische Leitungsmodelle auf ein Drittel begrenzt werden, zudem endet der Bestandschutz drei Jahre nach Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Art. 11 SE-RL wurde explizit nicht übernommen, vgl. dazu stellvertretend *Teichmann*, *Der Konzern* 2007, 89, 92 f. Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland unterliegen nach wohl überwiegender Ansicht zumindest de lege lata nicht der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung, vgl. nur eingehend *Rehberg*, *Arbeits- und Sozialrecht*, in: Eidenmüller (Hg.), *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht* (2004), § 6 Rn. 101 ff. m.w.N. (dort auch zu einzelnen Gestaltungsvarianten einschließlich der Anwachsungsmodelle).

- 11 Was aber passiert, wenn die Mitbestimmung auf Basis einer klar definierten Ausgangsverteilung zur Aushandlung freigegeben wird? Der spätere Nobelpreisträger *Ronald Coase* untersuchte genau diese Frage, nicht ohne zuvor – für Ökonomen bemerkenswert – zahlreiche Gerichtsentscheidungen studiert zu haben, und entwickelte das nach ihm benannte *Coase-Theorem*.²¹ Dessen Grundgedanke sei wiederum anhand eines gleichermaßen klassischen wie einfachen Beispiels verdeutlicht: Angenommen, eine Dampfeisenbahn verbindet zwei wichtige Städte, versprüht aber gelegentlich Funken, welche die an der Strecke gelegenen Weizenfelder in Brand zu setzen drohen. *Arthur Cecil Pigou* hatte u.a. vorgeschlagen, derartige Kosten dadurch zu internalisieren, dass der Betreiber der Eisenbahn als „Verursacher“ die entstehenden Schäden zahlt.²² *Coase* weist demgegenüber auf eine häufig elegantere, weil flexiblere und weniger Kenntnisse erfordernde Alternative hin: Sofern die Transaktionskosten²³ gering sind, reicht es staatlicherseits aus, eine klare Rechtezuweisung vorzunehmen und Verhandlungen zuzulassen.²⁴ Im Beispiel ist damit vor allem festzulegen, ob es das Eigentumsrecht der Bauern umfasst, derartigen Funkenflug abzuwehren.
- 12 Nicht das Ergebnis dieser Festlegung ist dabei entscheidend, sondern allein, dass diese möglichst klar erfolgt und durch die Parteien verhandelbar ist. Denn dann wird die Eisenbahn immer genau dann einen Investor und Betreiber finden, wenn die Vorteile ihres Betriebs die mit dem Funkenflug verbundenen Nachteile überwiegen. Diese Behauptung (das *Coase-Theorem*) lässt sich leicht illustrieren: Angenommen, den Bauern steht das Recht zu, sich den Funkenflug zu verbitten und damit den Betrieb der Eisenbahn zu verhindern. Ist dieser ohnehin nicht volkswirtschaftlich sinnvoll, d.h. erweist sich der Funkenflug als schädlicher als die Vorteile einer schnellen Verbindung, ist dieses Ergebnis ökonomisch sinnvoll. Aber wie sieht es im umgekehrten Fall aus? Nun, in diesem Fall lohnt es sich für die Betreiber der Eisenbahn, die Bauern für den Funkenflug zu entschädigen, d.h. über Verhandlungen ein für beide Seiten vorteilhaftes Ergebnis herbeizuführen. Genau umgekehrt verhält es sich, versagt man den Bauern das Recht, sich per Unterlassungsklage gegen den Funkenflug zu wehren und gegebenenfalls Schadensersatz zu verlangen: Lohnt sich der Betrieb der Eisenbahn, ist dieses Ergebnis wiederum ökonomisch sachgerecht. Ist hingegen der durch den Funkenflug entstehende Schaden höher als der Nutzen für die Passagiere, werden es diesmal die Bauern sein, für

21 *Coase*, The Problem of Social Cost, 3 *Journal of Law and Economics* 1, 44 (1960).

22 Vgl. die Diskussion bei *Coase*, 3 *Journal of Law and Economics* 1, 29 ff. (1960), der zudem auf S. 13 richtig bemerkt, dass das Kriterium der Kausalität in diesen Fällen wenig weiter führt, da regelmäßig beide Seiten Ursachen setzen.

23 Siehe zu dem Begriff der Transaktionskosten nur das zweite Kapitel bei *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 3. Aufl. (2003).

24 *Coase*, 3 *Journal of Law and Economics* 1, 19 (1960).

die es sich lohnt, den Betreiber der Eisenbahn dafür zu bezahlen, dass er den Betrieb unterlässt. Wiederum stellt sich das volkswirtschaftlich sinnvolle Ergebnis ein, es ist also unabhängig davon, ob den Bauern oder aber dem Betreiber der Eisenbahn das Recht zugesprochen wird, über die Hin- nahme des Funkenflugs zu entscheiden.

Wie bei der verhandlungstheoretischen Betrachtung gilt es aber auch die Vermögensverteilung zu betrachten, wird diese durch die anfängliche Rechtezuweisung insbesondere dann offensichtlich beeinflusst, wenn der Betrieb der Eisenbahn wirtschaftlich sinnvoll ist: Denn nur wenn den Bauern das Recht zusteht, sich den Funkenflug zu verbitten, können sie auf eine finanzielle Kompensation hoffen und schmälert sich entsprechend der Gewinn des Betreibers bzw. erhöhen sich die Fahrtkosten für die Passagiere. 13

b. Konsequenzen für das SE-Verhandlungsmodell

Das *Coase*-Theorem verdeutlicht anschaulich, was die durch die SE-Richtlinie eingeführte Verhandlungslösung gerade aus gesamtwirtschaftlicher Sicht für den Staat so attraktiv macht. Da Verhandlungen auf Unternehmensebene keineswegs auf unüberwindliche Transaktionskosten stoßen, muss der Gesetzgeber nicht für sämtliche Unternehmen abstrakt-generell einschätzen und festlegen, welches zwingende Mitbestimmungs-regime das Richtige ist. Vielmehr können die Parteien selbst solche Beteiligungsformen erarbeiten, die der besonderen Unternehmenssituation und den individuellen Bedürfnissen gerecht werden. Dies entlastet den Staat in einem gleichermaßen politisch sensiblen wie komplexen, d.h. umfangreichen Wissen erfordernden Bereich. Unabhängig von der natürlich weiterhin wichtigen Festlegung der Ausgangsverteilung, d.h. insbesondere der Auffangregel, werden sich langfristig von ganz allein diejenigen Mitbestimmungsformen entwickeln, die volkswirtschaftlich sinnvoll sind. Der Staat nutzt hier also – um ein paar Modewörter zu bemühen – Verträge als evolutionär-dynamisches Entdeckungsverfahren, in dem die einzelnen Akteure individuell agieren, vergleichen und voneinander lernen können. 14

Schließlich lehrt das *Coase*-Theorem, dass die staatliche Auffangregelung vor dem Hintergrund des Verhandlungsmodells durchaus schlicht gehalten werden kann. Denn gerade Detailfragen darf der Staat gut den Parteien überlassen, wurde erst einmal die Ausgangslage klar definiert. Verhandlungslösungen erlauben damit eine Rechtsvereinfachung, die nicht auf Kosten von Einzelfallgerechtigkeit geht, sondern diese fördert, weil den Parteien selbst überlässt. 15

3. Voraussetzungen

Nun ist es nicht so, dass die zuvor beschriebenen verhandlungstheoretischen wie volkswirtschaftlichen Vorteile der Verhandlungslösung voraussetzungslos wären. Tatsächlich bedarf es gleichermaßen der Anstrengung 16

der beteiligten Parteien wie auch des Staates, damit die erhofften Vorteile eintreten. Hinsichtlich der Verhandlungspartner wurde bereits erwähnt, dass professionelles Verhandeln gelernt sein will, zumal die Verhaltensforschung zahlreiche Irrationalitäten oder etwa auch Eskalationsgefahren kennt, die den Verhandlungserfolg genauso gefährden können wie der Konflikt zwischen Wertschöpfungs- und Verteilungszielen („Verhandlungsdilemma“).²⁵

- 17 Gerade das *Coase*-Theorem lehrt, dass der Staat zunächst für eine klare Ausgangsverteilung sorgen sollte. Insbesondere die Auffangregel ist möglichst klar und einfach auszugestalten. Weiterhin gilt es, Transaktionskosten zu senken, d.h. die Kosten von Verhandlungen nicht unnötig aufzublähen. Derzeit ist das in der SE-Richtlinie geregelte Verfahren äußerst aufwändig. Betrachtet man allein die Kosten für in mehreren europäischen Ländern tätige Unternehmen, wäre schon dadurch viel gewonnen, hielte man es für zulässig, dass die Verhandlungen ausschließlich auf Englisch geführt werden.
- 18 Weiterhin ist es eine durchaus anspruchsvolle Aufgabe, Vertragsfreiheit überhaupt herzustellen. Staatliche „Intervention“ ist zentraler Ausgangspunkt jeder Vertragsordnung und nicht deren Ausnahme. Sie ist selbstverständlicher, untrennbarer und von jeher unabdingbarer Kernbestandteil zivilrechtlicher Dogmatik.²⁶ Bei der hier interessierenden Beteiligungsvereinbarung wird dies besonders deutlich, ist es doch dogmatisch keineswegs selbstverständlich, den Parteien für arbeitsrechtliche Regelungsbereiche eine inhaltlich so weitreichende Autonomie zu verleihen.²⁷ Sucht man *de lege lata* wie *ferenda* nach Kriterien für den Umfang dieser Verhandlungsmacht, so sprechen gerade die Vorteile möglichst breit angelegter Verhandlungen für eine großzügige Interpretation. Gerade deutsche Unternehmen können angesichts der für sie strengen Auffangregelung nur dann individuelle und innovative Mitbestimmungslösungen vereinbaren, wenn ihnen genügend Verhandlungsmasse zur Verfügung steht, um damit Zugeständnisse zu erkaufen. Gibt es also gute Gründe für eine weite Verhandlungsautonomie, spricht umgekehrt auch wenig dagegen. Insbesondere sollten dogmatische Erwägungen etwa über die Rechtsnatur der Beteiligungsvereinbarung oder die Parteiautonomie im Arbeitsrecht vor al-

25 Vgl. zu Letzterem bereits oben Fn. 15.

26 Eingehend *Rehberg*, Wettbewerb und Intervention, in: *Zetzsche/Neefs/Makoski/Beurskens* (Hg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* (2008), S. 49, 52 ff. m.w.N.

27 Vgl. zu dieser Problematik auch den in diesem Tagungsband abgedruckten Beitrag von *Rieble* zur Mitbestimmungsvereinbarung. Arbeitsrechtler werden vornehmlich an die Diskussionen zur Reichweite von Tarifzuständigkeit bzw. -autonomie denken, vgl. stellvertretend *Ricken*, *Autonomie und tarifliche Rechtsetzung* (2006), *Gesellschaftsrechtler* etwa an die *ultra vires*-Lehre, siehe dazu nur *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. (2002), S. 214 ff.

lem an Sinn und Zweck der Verhandlungslösung bemessen werden.²⁸ Sachlich bestehen keine stichhaltigen Einwände, die unterschiedlichsten Inhalte zuzulassen, angefangen von finanziellen Entschädigungen für die Arbeitnehmer, Investitionszusagen für neue Betriebe, „fairen“ Kaffee in der Betriebskantine, die Verbesserung von Arbeitsbedingungen, Frauenförderung, Bildungsangebote oder Arbeitszeitmodelle. Insgesamt sollte es das dogmatische Anliegen sein, Barrieren zu beseitigen, bis hin zu prozesualen Problemen.

Zu diesen Herausforderungen zählen insbesondere mögliche Gefährdungen der Parteien selbst, wie auch von an den Verhandlungen nicht beteiligten Dritten. So mag man auf recht fundamentaler Ebene einwenden, dass die Arbeitnehmer – sei es wegen begrenzter Kenntnisse, mangelnder Verhandlungsmacht oder fehlender Professionalität – überhaupt nicht in der Lage seien, ihre eigenen Interessen wahrzunehmen.²⁹ Doch abgesehen davon, dass wenigstens die SE-Richtlinie dies offensichtlich anders einschätzt, lassen sich derartige Gefahren, die ja keineswegs völlig neu und unbekannt sind, auch durch klassisch-vertragsrechtliche Instrumente bewältigen (dazu gleich). Was Gefährdungen Dritter anbelangt, so bringt es allein die unternehmensweite Bedeutung der Beteiligungsvereinbarung mit sich, dass nicht all diejenigen Personen an den Verhandlungen beteiligt sind, die das Verhandlungsergebnis letztlich betrifft. Auf Seiten der Eigner entstehen vielmehr aus der *Corporate Governance*-Diskussion bekannte Interessenkonflikte, da es grundsätzlich die Unternehmensleitung ist, welche die Verhandlungen führt.³⁰ Aber auch auf Arbeitnehmerseite gibt es zahlreiche potenzielle Konflikte, sei es mit Blick auf mögliche Interessengegensätze zwischen Arbeitnehmern und Gewerkschaften,³¹ aktuellen und zukünftigen, jungen und alten oder aber weiblichen und männlichen Beschäftigten.

Zur Bewältigung derartiger Probleme lassen sich allerdings solche Rechtsgedanken und Institute entwickeln, wie sie auch aus dem klassischen Vertragsrecht her bekannt sind. Dies reicht thematisch von Informationspflichten, Irrtum, Täuschung, Drohung oder Leistungsstörungen bis hin zu Kündigungsrechten oder Gleichbehandlungsgrundsätzen. Dogmatisch

28 Nicht ganz überzeugend daher *Thüsing*, ZIP 2006, 1469, 1470, der vor allem mit einem eher öffentlich-rechtlichen Charakter des SEBG argumentiert, letztlich aber auch die Bedeutung von Wortlaut, Entstehung und Zweck der SE-Richtlinie betont.

29 Vgl. zur besonders intensiv in den Vereinigten Staaten geführten Paternalismus-Diskussion nur *Feinberg*, *Harm to Self* (1986), S. 3 ff. oder *Trebilcock*, *The Limits of Freedom of Contract* (1993), S. 147 ff.

30 Allerdings behält die Hauptversammlung das letzte Wort, vgl. Art. 12 Abs. 4 SE-VO. Deutschland hat von der Möglichkeit des Unterabs. 2 keinen Gebrauch gemacht.

31 Zu den Problemen der Arbeitnehmerrepräsentation vgl. etwa *Raiser* (Fn. 6), S. 1310 f.

wird man Derartiges aus dem Europarecht selbst und nicht etwa in Anwendung der §§ 104 ff. BGB entwickeln müssen.

4. Fallstudie: Mitbestimmungsverzicht gegen Geld?

- 21** Die gerade für deutsche Unternehmen strenge Auffangregel der SE-Richtlinie wirft die Frage auf, was der Eigner den Arbeitnehmern eigentlich anbieten kann, sollten im konkreten Fall die Nachteile einer Mitbestimmung deren Vorteile für die Beschäftigten überwiegen. Nur wenn es genügend Tauschobjekte gibt, kann sich das individuell wie volkswirtschaftlich sinnvolle Ergebnis einstellen. Betrachtet man klassische Transaktionen wie etwa den Kauf, so scheint das praktisch wichtigste Mittel, um andere zum Verzicht auf Besitzstände zu bewegen, die Entschädigung in Geld zu sein, hat dieses Tauschobjekt nicht zuletzt den Vorteil, äußerst vielseitig einsetzbar und damit auch entsprechend flexibel und für nahezu jedermann attraktiv zu sein. Tatsächlich sollte auch für die hier interessierende Beteiligungsvereinbarung genau diese Option ernst genommen und nicht voreilig verdammt werden.³² Denn wenn die Mitbestimmung tatsächlich den Unternehmenswert so stark vermindert, wie dies häufig beklagt wird, werden die Eigner bereit sein, entsprechend viel zu zahlen. Sind umgekehrt den Beschäftigten die Beteiligungsrechte wirklich so viel wert, wie dies insbesondere die Gewerkschaften immer wieder behaupten, wird man verlockenden Angeboten entsprechend hartnäckig widerstehen. Letztlich wird das Verhandlungsergebnis offenbaren, wie es sich tatsächlich verhält.
- 22** Skeptiker mögen einwenden, die hier diskutierte Variante eines Abkaufens von Mitbestimmungsrechten sei rein akademisch, praxisfern und daher nicht ernst zu nehmen. Umso mehr sollte zu denken geben, dass sich dieser Einwand bereits jetzt, d.h. erst kurze Zeit nach Einführung der SE, sofort wiederlegen lässt: Am 5.6. 2007 wurde die neu gegründete, weltweit über 9.000 Beschäftigte zählende Hager SE in das Handelsregister von Saarbrücken unter der Nummer HRB 16434 eingetragen – auf Basis einer bemerkenswerten Mitbestimmungsvereinbarung.³³ So verzichteten die Arbeitnehmer auf eine Beteiligung im Aufsichtsrat, profitieren dafür aber von einem neu aufgelegten Fonds in Millionenhöhe. Dabei verdeutlicht gerade dieses Beispiel sehr schön, warum die Flexibilität des Verhandlungsmodells allen Parteien nutzen kann. Wenngleich das SEBG anwendbar war, dominierten im Besonderen Verhandlungsgremium nicht die deutschen, sondern die französischen Arbeitnehmer, die womöglich ge-

32 Jedenfalls bei den Arbeitnehmern angebotenen Einkommenssteigerungen ist das Günstigkeitsprinzip – seine Anwendbarkeit auf das europarechtlich vorgegebene Verhandlungsmodell einmal unterstellt – von vornherein nicht berührt.

33 In Grundzügen einsehbar unter http://www.worker-participation.eu/european_company/se_companies/se_fact_sheets__1 (SE Factsheet Compilation – Jan 2008, S. 66, zuletzt abgerufen am 16.6.2008).

treu einer ganz anderen, nämlich französischen Sichtweise eine „Kollaboration“ mit „dem Kapital“ sehr viel skeptischer beurteilten als ihre Kollegen diesseits des Rheins. Vielleicht war das Fondsmodell daher eine verhandlungstheoretisch wie volkswirtschaftlich sinnvolle Lösung, um der komplizierten Interessenlage gerecht zu werden.

II. Reichweite der Inhaltsfreiheit

Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen lässt sich wie folgt zusammenfassen: Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung sind individuell interessengerecht wie volkswirtschaftlich sinnvoll – allerdings nicht voraussetzungslos. Unter anderem sollte der zulässige Verhandlungsgegenstand möglichst breit gefächert sein.³⁴ Damit liegt die Untersuchung nahe, inwieweit die Inhaltsfreiheit tatsächlich beschränkt oder aber durch nationale Vorschriften beschränkbar ist. Dies ist schon deshalb wichtig, weil umso eher Konflikte von Beteiligungsvereinbarung und nationalen Vorschriften drohen, je größer der Verhandlungsspielraum ausfällt. Zwar leuchtet es ein, dass es kaum zulässig sein dürfte, nationale Straßenverkehrsvorschriften außer Kraft zu setzen. Komplizierter wird es jedoch spätestens dann, wenn eine europarechtlich gewollte, genuin mitbestimmungsspezifische Vereinbarung mit dem nationalen Tarifvertrags- oder auch Gesellschaftsrecht kollidiert. Im Folgenden soll daher dieser Konflikt näher untersucht und dabei vor allem auf das Verhältnis von Beteiligungsvereinbarung und der für das deutsche Gesellschaftsrecht typischen Satzungsstrenge eingegangen werden. 23

1. Rang und Reichweite der Beteiligungsvereinbarung

Kollidiert ein vertraglich vereinbarter Inhalt mit gesetzlichen Bestimmungen, so setzt sich regelmäßig das Gesetz durch, ist es doch der Staat selbst, der den Vertragsparteien die Vertragsfreiheit eröffnet. Für Mitbestimmungsvereinbarungen gilt nichts anderes, zumal wenigstens hier keine Rede davon sein kann, dass diese Rechte den Parteien von Geburt an naturrechtlich zugewiesen seien. Innerhalb der staatlichen Ebene ist allerdings zu beachten, dass es eine europäische Richtlinie ist, welche die 24

34 Demgegenüber scheinen viele Stellungnahmen aus der Wissenschaft eher in die Gegenrichtung zu zielen, vgl. nur *Habersack*, AG 2006, 345; *ders.*, Grundsatzfragen der Mitbestimmung in SE und SCE sowie bei grenzüberschreitender Verschmelzung, ZHR 171 (2007), 613; *Kiem*, ZHR 171 (2007), 713, 728 passim; *Windbichler*, Methodenfragen einer gestuften Rechtsordnung, FS für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. II (2007), S. 1423, 1428 ff. oder etwa *Thüsing*, ZIP 2006, 1469, 1471 passim zur Unterrichtung und Anhörung, wonach die Verhandlungsbefugnis den Verhandlungspartnern eingeräumt sei, um „... passgenau die Ziele der Richtlinie zu verwirklichen ...“ Siehe demgegenüber aber *Heinze/Seifert/Teichmann*, BB 2005, 2524; *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89. Vgl. auch *Oetker*, Unternehmensmitbestimmung in der SE kraft Vereinbarung, ZIP 2006, 1113.

Mitbestimmung in der SE abschließend regelt und lediglich indirekt auf das nationale Recht Bezug nimmt. Das nationale Recht gilt in diesem Bereich also gerade nicht. Beschränkungen der Beteiligungsvereinbarung sind damit nur dann zulässig, wenn sich dafür eine europarechtliche Grundlage finden lässt. Dass es die Parteien selbst sind, die autonom ihr eigenes Arbeitsrecht schaffen, ändert daran nichts. Denn es ist die SE-Richtlinie, die ihnen diese Autonomie und damit auch die Autorität gegenüber dem nationalen Recht verleiht.³⁵

- ²⁵ Allerdings reicht diese spezifisch europarechtliche Autorität nur so weit, wie sich dies auch der SE-Richtlinie entnehmen lässt. Ausweislich der Art. 3 und Art. 4 Abs. 1 SE-RL umfasst die dort eingeräumte Parteiautonomie die „Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE“. Gem. Art. 2 lit. h SE-RL meint dies jedes Verfahren, durch das die Arbeitnehmer Einfluss auf die Beschlussfassung innerhalb der Gesellschaft nehmen können. Weitere konkretisierende Definitionen finden sich in Art. 2 lit. i („Unterrichtung“), lit. j („Anhörung“) und k ([unternehmerische] „Mitbestimmung“) SE-RL. Art. 4 Abs. 2 SE-RL zählt – nicht abschließend – einige wichtige Verhandlungsgegenstände auf.
- ²⁶ Demgegenüber regelt die Richtlinie ebenso wenig wie derzeit das deutsche Recht, ob auch jenseits der „Beteiligung der Arbeitnehmer an der Entscheidungsfindung“ Vereinbarungen möglich sind. Eine Befürwortung liegt schon deshalb nahe, weil die mit Verhandlungen verbundenen Vorteile und damit auch der Sinn und Zweck der SE-Richtlinie gerade dann besonders gut verwirklicht werden, wenn die Parteien inhaltlich möglichst wenig eingeschränkt sind. Umgekehrt ist kein stichhaltiger Grund ersichtlich, die Verhandlungsautonomie über das hinaus zu begrenzen, was generell einer Inhaltskontrolle unterfällt.

2. Einschränkungen

a. Europarecht

- ²⁷ Im Folgenden wird untersucht, inwieweit das Europarecht selbst die Vertragsfreiheit der Sozialpartner beschränkt oder aber den Mitgliedstaaten entsprechende Befugnisse einräumt (dazu unten b). Für die SE-Verordnung enthält zunächst Art. 9 Abs. 1b eine auch vom deutschen Gesellschaftsrecht her bekannte Auslegungsregel, wonach die SE-Verordnung nur dann hinter die Satzungsautonomie zurücktritt, wenn dies ausdrücklich angeordnet wird. Im Übrigen lassen sich für das Verhältnis von SE-Statut und Beteiligungsvereinbarung drei Fallgruppen unterscheiden: Bisweilen finden sich – verstärkt durch die Auslegungsregel des Art. 9 Abs. 1 SE-VO – abschließende Bestimmungen, die den Verhand-

³⁵ Dass Richtlinienbestimmungen einer Übertragung in nationales Recht bedürfen, wird vornehmlich bei einer nicht erfolgten bzw. verfehlten Umsetzung interessant.

lungsspielraum der Parteien entsprechend beschränken, so etwa die Art. 39 Abs. 1 Satz 1, Art. 39 Abs. 3 oder Art. 40 Abs. 1 SE-VO. Umgekehrt lässt die Verordnung vor allem in den Art. 40 Abs. 2 und Art. 43 Abs. 3 SE-VO die Beteiligungsvereinbarung unberührt.³⁶ Schließlich finden sich Regeln (etwa Art. 39 Abs. 4 Satz 1 SE-VO), die für bestimmte Inhalte direkt auf eine Festlegung durch die Satzung verweisen. Hier bleibt also Raum für Vereinbarungen, nur eben mit der Einschränkung, dass es der Zustimmung durch die Hauptversammlung bedarf (vgl. auch Art. 12 Abs. 4 SE-VO).

Sucht man nach weiteren Einschränkungen der Verhandlungsautonomie durch das Europarecht, könnte man zunächst an Art. 11 SE-RL denken, wonach die Mitgliedstaaten im Einklang mit den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen treffen, um zu verhindern, dass eine SE dazu missbraucht wird, Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten.³⁷ Doch adressiert diese Norm ausweislich ihrer amtlichen Überschrift („Verfahrensmisbrauch“) nicht inhaltliche Fragen, was auch deshalb sinnvoll erscheint, weil bei vertraglichen, d.h. einvernehmlichen Lösungen Missbräuche regelmäßig vorgelagerte Umstände und nicht den Inhalt als solchen betreffen.³⁸ 28

Allerdings wird es gerade dann, wenn der Spielraum für mitgliedstaatliche Einschränkungen begrenzt ist, unumgänglich, auch auf solche europäische Rechtsgrundsätze zurückzugreifen, die sich in sonstigen Regelwerken finden oder aber noch zu entwickeln sind. Ein Beispiel für die erste Kategorie sind die in Art. 9 Abs. 2 SE-VO explizit genannten gesellschaftsrechtlichen Richtlinien,³⁹ die bereits eine nicht unerhebliche Regelungsdichte erzeugen. Im Übrigen ist an solche Einschränkungen der Verhandlungsautonomie zu denken, wie sie aus dem Vertragsrecht bekannt sind und bereits zuvor (oben § 2 A I 3) diskutiert wurden. 29

b. Nationales Recht

Das Europarecht regelt die Mitbestimmung in der SE genuin und abschließend und räumt dabei den Parteien die Freiheit ein, die Ausgestal- 30

36 Dies schließt nicht aus, auch für diesen Bereich gewisse ungeschriebene Grenzen zu entwickeln, denen auch die Beteiligungsvereinbarung unterliegt.

37 Vgl. zu dieser SE-Missbrauchsproblematik etwa *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, Mitbestimmung in der Societas Europaea, GmbHR 2005, 195, 200; *Rehberg*, Die missbräuchliche Verkürzung der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Societas Europaea, ZGR 2005, 859 oder *Wollburg/Banerjea*, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 277.

38 Vgl. nur für die Drohung *Wertheimer*, Coercion (1987) zum Verhältnis von Ausgangslage (moral baseline) und der Bewertung des Vertragsinhalts.

39 Übersichten etwa bei *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2004) oder *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. (2006).

tung der Arbeitnehmerbeteiligung, also nach deutscher Terminologie die betriebliche wie unternehmerische Mitbestimmung, selbst zu vereinbaren. Damit muss jede nationale Beschränkung dieser so eingeräumten Freiheit europarechtlich bestehen. Dies ist dort unproblematisch, wo das Europarecht den Mitgliedstaaten ausdrücklich Gestaltungsspielräume einräumt, etwa in Art. 39 Abs. 4 Satz 2 SE-VO oder in Art. 41 Abs. 3 Satz 2 SE-VO.⁴⁰ Sucht man darüber hinaus nach vergleichbaren Befugnissen, wird es bereits deutlich schwieriger: Art. 6 SE-RL, der für das Verhandlungsverfahren auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, adressiert eben nur Verfahrensfragen, nicht aber den Vereinbarungsinhalt.⁴¹ Auch Art. 15 SE-VO lässt sich kaum eine solche Ermächtigung entnehmen, da es dort nur um die Gründung der SE geht.

- 31 Wohl am interessantesten ist die Interpretation von Art. 9 der SE-VO, ist dies doch die zentrale „kollisionsrechtliche“ Norm der SE-Verordnung, welche explizit regelt, inwieweit die SE europäischen oder aber ergänzend mitgliedstaatlichen Vorschriften unterliegt. Relativ unproblematisch sind dabei Art. 9 Abs. 2 SE-VO, der auf die Maßgeblichkeit der gesellschaftsrechtlichen Richtlinien verweist, sowie Art. 9 Abs. 3 SE-VO, wonach die SE insbesondere den nationalen Berufs- und Gewerbevorschriften unterliegt. Gleiches gilt für Art. 9 Abs. 1c (ii) SE-VO, wonach für die in der Verordnung nicht geregelten gesellschaftsrechtlichen Rechtsfragen die aktienrechtlichen Vorschriften desjenigen Mitgliedstaats gelten, in dem die SE ihren Sitz hat.⁴²
- 32 Allerdings könnte es Art. 9 Abs. 1c (iii) SE-VO den Mitgliedstaaten erlauben, Beteiligungsvereinbarungen einzuschränken. Danach unterliegt die SE für die nicht in der Verordnung geregelten Bereiche den Bestimmungen ihrer Satzung unter den gleichen Voraussetzungen wie eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft, d.h. etwa der für das deutsche Aktienrecht typischen Satzungsstrenge (vgl. § 23 Abs. 5 AktG). Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Mitbestimmungsvereinbarung und Art. 9 Abs. 1c (iii) SE-VO, die man je nach Vorliebe unterschiedlich akzentuieren kann: Darf ein Mitgliedstaat über die nationale Satzungsstrenge den Spielraum der Beteiligungsvereinbarung beliebig eingrenzen? Oder aber: Eröffnet diese Vereinbarung das Recht, ungeliebte Vorschriften der nationalen Satzungsstrenge beliebig zu umgehen oder gar die Letztentscheidungskompetenz der Hauptversamm-

40 Dagegen, dass diese Befugnis die SE-Beteiligung nicht erfasst, spricht wiederum der systematische Schluss aus Art. 40 Abs. 2 Satz 3 und Art. 43 Abs. 3 Satz 3 SE-VO.

41 A.A. wohl *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613, 627 f. mit Blick auf die Rechtsnatur der Beteiligungsvereinbarung.

42 Dies führt zu dem viel beklagten Zustand, dass es nicht „die SE“ gibt, sondern so viele, wie es Mitgliedstaaten und damit nationale Aktienrechte gibt. Wie bei der Mitbestimmung ist eine vollumfängliche Harmonisierung politisch derzeit offenbar noch nicht durchsetzbar.

lung zu unterminieren? Im Folgenden soll dargelegt werden, dass Art. 9 Abs. 1c (iii) SE-VO es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt, über die Satzungsstrenge die freie Ausgestaltung der Mitbestimmung zu behindern.

Dabei sei zunächst darauf hingewiesen, dass die Beteiligungsvereinbarung gemäß Art. 9 Abs. 1c (i) SE-VO aufgrund von nationalen Vorschriften erfolgt, welche „... die Mitgliedstaaten in Anwendung der speziell die SE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen erlassen ...“ und damit den nachfolgend in Art. 9 Abs. 1c (ii) und (iii) SE-VO genannten Regelungsbereichen vorgeht.⁴³ Weiterhin darf die Rede von einer doppelten Satzungsstrenge nicht im Sinne einer Kumulation verstanden werden, geht es bei Art. 9 Abs. 1 SE-VO vielmehr um eine ergänzende Satzungsstrenge: Für die von der Verordnung geregelten Bereiche gilt Art. 9 Abs. 1b SE-VO und lediglich für den verbleibenden Teil die nationale Satzungsstrenge. Ebenso lässt sich festhalten, dass aus Art. 12 Abs. 4 SE-VO kein Vorrang des nationalen Aktienrechts folgt.⁴⁴ Nach dieser Vorschrift darf die Satzung der SE zu keinem Zeitpunkt der ausgehandelten Vereinbarung widersprechen und ist damit – soweit erforderlich – zu ändern. Vielmehr regelt diese Norm das Letztentscheidungsrecht der Hauptversammlung, d.h. ein Kompetenzproblem.⁴⁵ Diese Frage ist aber von dem zulässigen Inhalt einer von wem auch immer zu verantwortenden Beteiligungsvereinbarung zu trennen. Im Übrigen legt der Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 Unterabs. 2 SE-VO eher einen Vorrang der Beteiligungsvereinbarung nahe, heißt es doch, dass die Satzung nicht der Vereinbarung widersprechen darf, nicht aber umgekehrt, dass die Vereinbarung nicht der Satzung zu widersprechen habe.⁴⁶

Wie steht es nun mit der Interpretation von Art. 9 Abs. 1b (iii) SE-VO für das Verhältnis von Beteiligungsvereinbarung und nationaler Satzungsstrenge, ignoriert man einmal die in Art. 9 Abs. 1c SE-VO recht deutlich angelegte Normhierarchie? Bei nüchterner Betrachtung hat Art. 9 Abs. 1b (iii) SE-VO zu dieser Frage wenig beizutragen. Vielmehr geht es dort vornehmlich um die Zuweisung von Gesetzgebungskompetenzen für das von der SE-VO erfasste Gesellschaftsrecht. Demgegenüber kann die Beteiligungsvereinbarung gleichermaßen mit dem in der SE-Verordnung wie auch mit dem national geregelten Gesellschaftsrecht kollidieren. Tatsächlich wird das Mitbestimmungsrecht allein der SE-Richtlinie überlassen, wie Art. 9 Abs. 1 („durch diese Verordnung“), Art. 9 Abs. 1c (ii) und Art. 1 Abs. 4 SE-VO ausdrücklich betonen, zumal Verordnung und Richtlinie jeweils auf eine Entstehungsgeschichte zurückblicken, die als recht eigen-

43 Vgl. *Teichmann*, *Der Konzern 2007*, 89, 94 f. sowie ausführlich zu der in Art. 9 SE-VO angelegten Normhierarchie *Hommelhoff/Teichmann*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Hg.), *SE-Kommentar* (2008), Art. 9 SE-VO (§ 1 SEAG) Rn. 34 ff., 52 f.

44 So aber *Habersack*, *ZHR* 171 (2007), 613, 629.

45 Zu diesem vgl. etwa *Kiem*, *ZHR* 171 (2007), 713.

46 Vgl. auch *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 43), Rn. 58 m.w.N.

ständig bezeichnet werden kann.⁴⁷ Auch systematisch erlaubt die SE-Verordnung kaum Schlüsse für das Verhältnis von Verhandlungsfreiheit und nationaler Satzungsstrenge. Dass Vorschriften wie Art. 40 Abs. 3 oder Art. 43 Abs. 3 SE-VO ausdrücklich anordnen, wann die Beteiligungsvereinbarung unberührt bleiben soll, betrifft eben nur die in der Verordnung geregelten Bereiche. Konkrete Konflikte mit einzelnen Vorschriften der diversen nationalen Rechte konnte der europäische Gesetzgeber schon rein praktisch nicht regeln.

- 35 Damit wird es erforderlich, auf Sinn und Zweck von SE-Verordnung bzw. SE-Richtlinie zurückzugreifen⁴⁸ – mit einem recht eindeutigen Ergebnis: So hätte ein Vorrang der nationalen Satzungsstrenge gegenüber der Beteiligungsvereinbarung die mit der SE-Richtlinie unvereinbare Konsequenz, dass ein nationaler Gesetzgeber hierüber den Verhandlungsspielraum beliebig einschränken und steuern könnte. Man stelle sich etwa einen neuen § 23 Abs. 6 AktG vor, wonach die Satzung nicht von den Vorschriften des deutschen MitbestG abweichen dürfe. Das Mitbestimmungsrecht der SE sollte in der SE-Richtlinie europarechtlich autonom und abschließend geregelt werden, einschließlich der dort eingeräumten Verhandlungslösung.⁴⁹ Weiterhin ist das deutsche Gesellschaftsrecht mitsamt seiner Satzungsstrenge überhaupt nicht auf eine Verhandlungslösung, wie sie die SE-Richtlinie einführt, zugeschnitten. Es kennt vielmehr nur das auf die eigenen Gesellschaften anwendbare, starre deutsche Mitbestimmungsrecht. Daher überzeugt es wenig, eine mit Verhandlungslösungen nie konfrontierte nationale Satzungsstrenge auf die europarechtlich eingeführte Beteiligungsvereinbarung anzuwenden.
- 36 Vor allem konnte gezeigt werden, dass die SE-Richtlinie aus guten Gründen eine Beteiligungsvereinbarung anstrebt. Die so erzielbaren Vorteile würden vereitelt, wäre der zulässige Inhalt so weitgehend eingeschränkt, wie es ein Vorrang der nationalen Satzungsstrenge zuließe.⁵⁰ Die Parteien sollen jedoch in die Lage versetzt werden, ganz neue, individuelle und flexible Mitbestimmungsregimes zu schaffen, die von traditionellen nationalen Vorstellungen abweichen, oder etwa auch das Recht eines völlig unbeteiligten Landes zu adoptieren.⁵¹ Über die Arbeitnehmerbeteiligung sollen

47 Nachweis in Fn. 1.

48 Zum besonderen Stellenwert gerade dieses Gesichtspunkts bei europäischen Rechtsakten wie der SE-VO vgl. etwa *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 43), Rn. 37.

49 Funktional ist die unternehmerische Mitbestimmung vom Gesellschaftsrecht nur schwer trennbar und wird dementsprechend auch internationalprivatrechtlich einheitlich qualifiziert, vgl. dazu nur *Staudinger/Großfeld*, Neubearbeitung 1998, IntGesR Rn. 510 m.w.N. oder *Windbichler* (Fn. 34), S. 1434.

50 Ähnlich *Teichmann*, *Der Konzern* 2007, 89, 94.

51 Zutreffend *Teichmann*, *Der Konzern* 2007, 89, 95, der zudem überzeugend darauf hinweist, dass eine auf die nationale Satzungsstrenge zugeschnittene Ver-

die Parteien entscheiden, nicht der Mitgliedstaat. Zwar kann es hier zu klassischen Anpassungsproblemen kommen, sei es mit den Vorschriften der SE-Verordnung oder aber dem ergänzend anwendbaren nationalen Gesellschaftsrecht. Doch lehrt das Internationale Privatrecht, dass derartige Probleme lösbar sind und auch früher schon bei grenzüberschreitenden Sachverhalten pragmatisch gehandhabt wurden.⁵² Schlussendlich sollte man sich gerade aus deutscher Sicht fragen, was denn gewonnen wäre, beharrte man auf der nationalen Satzungsstrenge auch gegenüber der Beteiligungsvereinbarung, wäre die Konsequenz doch nur, dass die SE womöglich ihren Sitz in ein anderes Land verlegte und dann überhaupt nicht mehr dem deutschen Gesellschaftsrecht unterfiele.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Verhandlungen zwischen den Arbeitnehmern und der Unternehmensseite ermöglichen gleichermaßen interessengerechte wie volkswirtschaftlich sinnvolle Lösungen. Bleibt den Parteien nur genügend Verhandlungsmasse, gilt dies unabhängig von der Strenge der gesetzlichen Auffanglösung. Diese beeinflusst „lediglich“ die Ausgangsverteilung, nicht aber das sich letztlich ergebende Mitbestimmungsregime. Dabei ist die Auffanglösung keineswegs der einzige Bestimmungsfaktor, sondern wird dynamisch durch alternative Gestaltungsmöglichkeiten beeinflusst. Löst man sich dann noch von der für Juristen typischen Fixierung auf rechtliche Positionen und berücksichtigt man weiter, dass sich die Verhandlungen nicht nur auf klassische Mitbestimmungsfragen wie etwa den Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat beschränken müssen, wird deutlich, dass auch die SE-Richtlinie Spielraum für ganz neuartige und interessengerechte Lösungen bietet. 37

Dass Vertragsfreiheit umfangreicher staatlicher Regelung bedarf, gilt für die Beteiligungsvereinbarung genauso wie für ganz gewöhnliche Verträge. Dies beginnt bei der Einräumung von Privatautonomie, die sich auf einen möglichst breiten Bereich erstrecken sollte, beinhaltet den Schutz von an den Verhandlungen nicht beteiligten Dritten und reicht bis hin zu klassisch-vertragsrechtlichen Eingriffen. Beachtet man dies, erscheint es keineswegs anstößig, wenn ein Unternehmer den Arbeitnehmern dafür, dass sie auf die Mitbestimmung verzichten, einen ihrem Interesse entsprechenden Preis bezahlt. 38

Was die möglichen Inhalte einer solchen Vereinbarung anbelangt, so erfasst die SE-Richtlinie ausdrücklich Vereinbarungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer an der SE. In diesem Bereich sind nationale Einschränkungen 39

einbarung bei jeder Sitzverlegung hinfällig würde. Demgegenüber soll die SE gerade Mobilität erleichtern.

52 Instrukтив BGH vom 16.11.1981 – II ZR 150/80 – BGHZ 82, 188 = ZIP 1982, 172.

kungen nur so weit möglich, wie dies europarechtlich zugelassen ist. Insbesondere bietet die nationale Satzungsstrenge keine Handhabe, den Inhalt der Beteiligungsvereinbarung zu kontrollieren. Sonstige Vereinbarungen sind ebenfalls möglich, sofern nicht europäische oder nationale Vorschriften ihrem Inhalt entgegenstehen.

- 40 Abschließend seien noch einige rechtspolitische Forderungen formuliert. Zum einen legen es die hier beschriebenen Vorteile der Verhandlungslösung nahe, sie auch für nationale Gesellschaften einzuführen. Weiterhin sollte langfristig angestrebt werden, sämtliche funktional vergleichbare Gestaltungsformen unter Anknüpfung an ihren Verwaltungssitz⁵³ einer einheitlichen Auffanglösung bei vorgeschalteter Verhandlungsmöglichkeit zu unterwerfen. So ist es nicht ganz einzusehen, warum die Entscheidung, ein unternehmerisches Ziel mit Hilfe einer Auslandsgesellschaft, einer grenzüberschreitenden Verschmelzung oder aber der Gründung einer SE zu verwirklichen, von jeweils unterschiedlichen Mitbestimmungsregeln beeinflusst werden sollte. Da diese Vereinheitlichung zumindest für Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland einer Ausweitung der unternehmerischen Mitbestimmung gleich käme, ließe sich den Gewerkschaften möglicherweise das Zugeständnis abringen, die derzeit paritätische Mitbestimmung auf einheitlich ein Drittel abzusenken – ein Niveau, das auch international auf deutlich weniger Vorbehalte stieße. Wer diese Perspektive als von vornherein unrealistisch ansieht, sei darauf hingewiesen, dass es gerade angesichts zunehmender Ausweichmöglichkeiten langfristig nicht ausgemacht ist, ob eine solche Lösung nicht auch im Interesse der Arbeitnehmer läge. Selbst diese rechtspolitische Debatte lässt sich nämlich verhandlungstheoretisch analysieren und sind die Nichteinigungsalternativen auch hier angesichts einer sehr dynamischen rechtlichen wie wirtschaftlichen Entwicklung keineswegs so starr, wie dies zuerst den Anschein haben mag.

53 Zu anderen Anknüpfungsmöglichkeiten vgl. *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht (1996), S. 146 ff.

B. Diskussion

Dr. Stephan Brandes, McDermott Will & Emery:

Mein Diskussionsbeitrag: Beim Vortrag von Herrn *Schäfer* bin ich vorhin nicht mehr zu Wort gekommen, deswegen möchte ich das jetzt nachholen. Er passt aber auch irgendwo zu Ihrem Vortrag, Herr *Rehberg*. Wir haben vorhin das Schlusswort gehört, der vereinbarten Mitbestimmung gehört die Zukunft. Dafür sprechen in der Tat die mitbestimmungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die die SE aufwirft: das Einfrieren der Mitbestimmung, die Möglichkeit, Aufsichtsräte zu verkleinern und das beschriebene Porsche-Modell. Vielleicht auch die Wertschöpfungspotenziale, die Sie in Ihrem Vortrag genannt haben. Ich möchte aber darauf hinweisen, dass es auch Hemmschuhe für die Mitbestimmungsvereinbarung gibt. Das eine ist die Tatsache, dass wir bei der Mitbestimmung auch über den SE-Betriebsrat mit verhandeln müssen, wenn wir eine SE gründen wollen. Viele Unternehmen haben in dem Stadium, in dem sie die SE-Gründung anstreben, keinen Europäischen Betriebsrat und wollen auch keinen haben. Sie empfinden die Tatsache, dass, wenn sie die Auffanglösung haben, automatisch auch den SE-Betriebsrat bekommen, eher als hinderlich. Natürlich können sie mit den beschriebenen Druckmitteln versuchen, in den Verhandlungen den SE-Betriebsrat wegzuverhandeln. Aber das ist erfahrungsgemäß schwer. Die Gewerkschaften – ich weiß nicht, Herr *Köstler*, ob Sie das bestätigen können – drängen schon darauf, dass auch ein SE-Betriebsrat eingerichtet wird, wenn eine SE gegründet wird. Der zweite Punkt, der ein Hemmschuh ist, sind die Kosten und die Dauer der Verhandlungen. Wir haben eine zehnwöchige Frist für die Bildung dieses besonderen Verhandlungsgremiums. Daran schließen sich sechs Monate Verhandlungen an. Die Kosten sind häufig nicht ganz unerheblich, weil sie in verschiedenen Rechtsordnungen zunächst einmal die Wahl des Verhandlungsgremiums vorbereiten müssen. Sie können durchaus damit rechnen, dass Sie Kosten im sechsstelligen Bereich haben werden. Deswegen stellt sich die Frage, ob die Gestaltungsziele, die letzten Endes mitbestimmungsrechtlich mit der SE-Gründung verfolgt werden, sich nicht in Zukunft leichter mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung erreichen lassen, die jetzt seit letztem Jahr in § 122a des Umwandlungsgesetzes umgesetzt sind. Dazu gibt es parallel und flankierend ein Gesetz über die Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen. Dieses Gesetz orientiert sich sehr stark am SE-Beteiligungsgesetz. Das Mitbestimmungsregime, das bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen zumindest im Regelfall zur Anwendung kommen wird, ist dem SE-Mitbestimmungsregime nachempfunden. Das heißt, es gibt auch hier eine Auffanglösung. Dann finden auch hier die deutschen Mitbestimmungsgesetze im Regelfall keine Anwendung mehr.

Es gibt aber eben auch Unterschiede zwischen dem MgVG und dem SEBG. Der eine Unterschied wird in der Praxis sicherlich bedeutsam sein: Sie können, anders als bei der SE-Gründung, auf die Verhandlung über die Mitbestimmung ganz verzichten. Das heißt die Unternehmensorgane können im Vorfeld sagen: „Wir verhandeln gar nicht erst, sondern bringen sofort die Auffanglösung zur Anwendung.“ Und der zweite entscheidende Unterschied ist: Sie haben keinen SE-Betriebsrat. Denn das Mitbestimmungsregime des MgVG sieht diesen nicht vor. Deswegen muss die Frage, ob der vereinbarten Mitbestimmung die Zukunft gehört, sicherlich auch im Lichte des MgVG mitbeurteilt werden.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

- 42 Ich möchte einerseits zu dem Stellung nehmen, was Herr *Rehberg* gesagt hat, andererseits aber auch noch etwas zum Referat von Herrn *Schäfer*. Kurz zur Frage der Vereinbarungslösung der Autonomie: Sie haben ja auch deutlich in einer Gegenposition zu Herrn *Schäfer* für eine weitergehende Autonomie plädiert. Das ist auch meine Sicht der Dinge. Ich will da nur ein Argument noch hinzufügen. Das kam auch schon zur Sprache, ich will nur noch einmal den Fokus darauf legen. Die Regelung wie die Vereinbarung wollen im Grunde genommen das substituieren, was auf europäischer Ebene nicht zustande gekommen ist, nämlich ein einheitliches Mitbestimmungsstatut. Was wir auf der Ebene des deutschen Rechts haben, das ist auf der Ebene des europäischen Rechts aus verschiedenen Gründen nicht gelungen. Wenn man sich vor diesem Hintergrund fragt, in welchem Verhältnis die Vereinbarungsautonomie zu dem steht, was normalerweise aktienrechtlich möglich ist, dann sollte kein großer Zweifel daran bestehen, dass doch offenbar all das möglich sein soll, was auch sonst in Mitbestimmungsgesetzen enthalten wäre. Da würde natürlich auch die Satzungsautonomie kein Hindernis oder keine Grenze darstellen. Zu dem Beispiel, das Herr *Teichmann* gebracht hat: die Möglichkeit, sich auf eine österreichische Regelung zu einigen, muss natürlich gegeben sein, wenn eine deutsche und eine österreichische Gesellschaft auf die Idee kommen, sich zu einer SE zu verschmelzen. Warum sollte das am deutschen Aktienrecht scheitern? Das würde mir überhaupt nicht einleuchten.

Der zweite Punkt, Stichwort: Nichteinigung. Wie geht man mit den Situationen um, in denen sich die Parteien – sprich Anteilseigner bzw. Vorstand und die Arbeitnehmerseite – nicht auf eine bestimmte Mitbestimmungsregelung einigen können? Ganz allgemein ist es so, dass man sich in einer Marktwirtschaft bei Nichteinigung über potenzielle Vertragsinhalte einen anderen Vertragspartner sucht. Das ist nach Lage der Dinge ausgeschlossen. Der Arbeitskampf als ein weiteres Konfliktlösungsinstrument dürfte ungeachtet der Frage, ob er rechtlich möglich wäre, praktisch auch ausscheiden. Man könnte vielleicht eine Einigungsstelle einsetzen, was in

der Sache aber wenig praktikabel wäre. Letztlich können wir dann nur mit einer gesetzlichen Auffangregelung arbeiten. Es sei denn wir sagen von vornherein, dass wir die Gewichte so verteilen, dass die eine Seite mauern kann und die andere Seite auflaufen lässt. Hier muss man sich noch einmal ganz deutlich vor Augen halten, dass das europäische Recht im Moment nach diesem Konstrukt, jedenfalls auf der Ebene der unternehmerischen Mitbestimmung, mit dem Vorher-Nachher-Prinzip arbeitet. Das unterscheidet sich deutlich von einem Auffangmodell, das Sie zum Schluss vorgeschlagen haben: Drittelbeteiligung oder was auch immer. Und das öffnet – man mag das begrüßen oder bedauern – auf Dauer die Möglichkeit, der Mitbestimmung zu entkommen. Das muss man ganz klar sagen. Die Bestimmungen über die SE, über die internationale Verschmelzung, die auch hier zur Sprache kam, und demnächst vielleicht auch über die internationale Sitzverlegung, ermöglichen es, diesen Regelungen auf Dauer zu entkommen. Wir haben nämlich auf der europäischen Ebene bislang kein einheitliches Auffangmodell. Das wäre sicherlich ein Petitum, das sich eher an die Gewerkschaftsseite richtet, dort etwas zu machen. Wenn man das auf Dauer aufrecht erhalten will, muss man es doch relativ klar sagen.

Ein allerletzter Punkt: strukturelle Veränderungen. Hier bin ich auch eher auf der Seite derjenigen, die das etwas großzügiger sehen, auch wenn die Richtlinie, zugegebenermaßen Herr *Schäfer*, da sehr diffus gehalten ist. Insgesamt besteht die Zielsetzung doch immerhin darin, das Mitbestimmungsniveau, das in den Gesellschaften vorhanden ist, aufrechtzuerhalten. Man sollte jetzt nicht akribisch schauen, ob es sich um Veränderungen auf der korporationsrechtlichen Ebene handelt. Da, glaube ich, würde die Zielsetzung doch stärker im Vordergrund stehen. Ich denke, wenn der EuGH in einer solchen Frage angerufen würde, würde er die Dinge doch etwas großzügiger sehen und sich nicht nur von der Frage beeinflussen lassen: „Ist das jetzt wirklich eine Veränderung auf der Ebene der Korporation?“

Professor Dr. Carsten Schäfer, Universität Mannheim:

Vielen Dank, Herr *Rehberg*. Sie fordern natürlich auch meine kurze Erwiderung heraus. Sie haben vieles Weiterführende und Richtige gesagt. Ich beschränke mich auf das, was nicht richtig ist. Und das betrifft Ihr Verhältnis zu der Vereinbarungslösung, zur Satzungsstrenge, Ihre These 6 letztlich. Obwohl ich so, wie sie da steht, ihr auch zustimmen kann. Genau so ist es. Aber das scheint mir das Problem nicht ganz zu erfassen. Natürlich kann das nationale Recht nicht eine von der Richtlinie gewährte Autonomie einschränken, ohne damit in Konflikt zu geraten. Die Frage ist nur, in welchem Umfang sie gewährt ist. Das ist das Problem. Und zwar nur in einem speziellen Aspekt. Deswegen sind auch die meisten Dinge, die Sie sagen, aus meiner Sicht unproblematisch. Es geht um den Aspekt

des Verhältnisses zwischen Unternehmensleitung und Anteilseignern. Zu diesem Aspekt finden Sie in der Richtlinie gar nichts. Sie sagt dazu im Grunde nichts. Es ist eine Frage der Verordnung. Und wenn man das Zusammenspiel nimmt, dann meine ich eben, sprechen die besseren Gründe für die Gegenauffassung, die ich selber gern vertreten habe. Ich möchte auch noch einmal festhalten, dass die Verordnung sehr wohl diesen Konflikt daraus zieht. Sie betrachten das Unternehmen sozusagen als Einheit und sagen, dass diese Verhandlungslösung richtig ist, weil die Beteiligten, es gibt eben nur zwei, eine richtige Lösung finden müssen. Dafür hat jeder Privatrechtler im Ansatz natürlich Sympathie. Weil das Unternehmen nicht als Einheit gesehen wird, gibt es auch aus Sicht der Verordnung mehr als zwei Beteiligte, es gibt die verschiedenen Funktionsträger. Einmal die Verwaltung, die die Vereinbarung aushandelt. Zum anderen die Anteilseigner, die aber andere Interessen haben können. Das sieht die Verordnung sehr wohl, siehe die von mir herangezogenen Vorschriften, die Sie auch erwähnt haben.

Vielleicht sollte man die Dinge auch einfach etwas niedriger hängen. Es geht um ganz konkrete Fragen, die wir erörtert haben, nämlich darum, Zustimmungsvorbehalte auszulegen. Es geht nicht darum, ob wir schwedisches Recht lösen können. Und es geht auch nicht darum, ob wir die österreichische Regelung insgesamt übernehmen können oder nicht. Und da meine ich, schon auf der Ebene des europäischen Rechts ist das eine Interpretation, die insoweit zu einer immanenten Beschränkung der Autonomie führt. Ich will einräumen, dass man das anders sehen kann. Ich halte das aber nicht für richtig. Jedenfalls halte ich die Argumente, die Sie dafür eingebracht haben, nicht für überzeugend. Ich glaube, ich lasse es dabei bewenden, sonst wird es noch ein weiteres Referat. Ich könnte auch noch zu dem etwas sagen, was Herr *Krause* gesagt hat, das spare ich mir aber jetzt.

Dr. Markus Rehberg, Ludwig-Maximilians-Universität München:

- 44 Vielleicht erst einmal zu Professor *Schäfer*: Das Wort „immanente Beschränkungen“, das Sie am Schluss bemüht haben, gefällt mir sehr gut. Das klingt so, als würden Sie sagen, dass man die Beschränkungen aus dem europäischen Recht ziehen muss. Da bin ich dann ganz bei Ihnen. Es gibt sicherlich Konstellationen, in denen man nicht nur den Parteien alles überlassen möchte. Gesellschaftsrecht hat sicherlich sehr viel mit Gläubigerschutz zu tun. Das sind Dritte, die an den Verhandlungen nicht teilnehmen und wo wir vielleicht gut tun, deren Interessen zu schützen. Wenn es beispielsweise eine Lücke dergestalt gäbe, dass das nationale Aktienrecht Gläubiger schützt und die SE-Verordnung diesen Bereich vielleicht gar nicht regelt, dann müssen wir sicherlich aus dem europäischen Recht vergleichbare Grundsätze entwickeln. Die Frage ist nur, ob man das

nicht eben aus dem Europarecht machen muss? Dann muss man vielleicht auch das eine oder andere, aber eben nur sehr gezielt aufgreifen. Professor *Rieble*: Sie haben ja eigentlich nur gesagt, es sei etwas akademisch. Das mag sein, nur ich glaube, ...

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

Das hat Herr *Köstler* gesagt. 45

Markus Rehberg:

O.K., Sie haben das also aufgegriffen. 46

Volker Rieble:

Ich liebe das Akademische. Deswegen machen wir das doch hier. 47

Markus Rehberg:

Das mag auch auf den ersten Blick so scheinen. Nur reden wir jetzt nicht über die nächsten fünf Monate, sondern vielleicht über die Entwicklung der nächsten fünf, zehn, 15 Jahre und wo sich das Ganze allmählich hinbewegen könnte. Ich glaube durchaus, dass sich das, was ich sehr abstrakt hier dargelegt habe, in der Praxis nicht eins zu eins zeigen wird. Vielleicht aber der Tendenz nach. Das sollte man durchaus sehen und man kann es auch begrüßen. Insofern glaube ich, ganz so akademisch ist es vielleicht gar nicht. Wenn die Debatte auf europäischer Ebene weitergeht und andere Gestaltungsformen möglich werden – europäische Privatgesellschaft –, dann könnte es durchaus sein, dass genau die Dynamik langfristig in Gang gesetzt wird, die ich hier so sehr akademisch beschworen habe. 48

Dr. Roland Köstler, Hans-Böckler-Stiftung:

Erstens hatte ich vorhin, als ich bei Herrn *Schäfer* die Anmerkung machte, Sie sehr gelobt. Der Aufsatz in der ZGR ist klasse! Akademisch war er nur insofern – und das war jetzt auch nicht als Schimpfwort gemeint – dass Sie auf etwas herunterbrechen, was in Zukunft einmal kommen könnte und ich mir einmal – ich sage einmal in 20 Jahren – konkreter vorstellen könnte. Damit habe ich meine Probleme. Diese habe ich insbesondere, weil ich auch in der *Biedenkopf*-Kommission saß. Dort wollten die Arbeitgeber über Verhandlungslösungen gar nicht reden – es sei denn, die Verhandlungslösung heißt: „Wir verzichten auf alles.“ Irgendwann wird man 49

in diese Richtung im Lichte der ganzen europäischen Erfahrung weiter diskutieren müssen. Aber da ist noch vieles sehr unkonkret.

Noch einen Satz zu meinem Kollegen hier vorn. MgVG: In der Tat gibt es gewisse Unterschiede. Nur wenn die deutschen Betriebsräte bisher so bequem waren und noch keinen Euro-Betriebsrat eingerichtet haben, dann wird, wenn man jetzt eine MgVG-Verschmelzung macht, das für die Ausländer der Punkt sein zu sagen: „Jetzt fangen wir an zu verhandeln.“ Dann hat man den Unterschied zum SE-Besitzstand. Ich muss zugeben, dass der Euro-Betriebsrat die schlechtere rechtliche Ausgangsbasis hat. Vielleicht wird das einmal nächstes Jahr anders, als es beim SE-Betriebsrat der Fall ist. Dieser Unterschied ist jedoch nur temporär. Und das ist die beste Möglichkeit, die Ausländer wirklich zu vergrätzen – und das wollen wir jedenfalls nicht.

Volker Rieble:

- 50 Vielleicht darf ich eine kleine Bemerkung machen. Herr *Brandes*, was mir auffällt, in der Tat wird zu wenig über die Kosten geredet. Es gibt viele Mittelständler, die sozusagen aus Angst vor Fremdbestimmung durch *Köstler* und Kollegen sagen: „Oh Gott, wir müssen etwas tun.“ Und wenn man dann sagt: „Jetzt rechnet einmal, also 300.000, 400.000, 500.000 € kostet das schon, bis wir herausgefunden haben, ob der letzte Salamander auf Island vielleicht ein Arbeitnehmer nach dortigem Recht ist.“ Dann ist das nicht so ganz einfach, das gebe ich zu. Aber meine Erfahrung ist, die lassen sich davon nicht abschrecken, weil es grundsätzlich Einmalkosten sind. Natürlich laufende Kosten sind nur die SE-Betriebsratskosten. Aber Sie können als Arbeitnehmer auch in einer SE, in der der SE-Betriebsrat abbedungen worden ist, selbstverständlich jederzeit und auch nachträglich einen Europäischen Betriebsrat errichten. Dann haben Sie die laufenden Kosten für Reisen und Dolmetscher und Sonstiges ohnehin. Vielleicht ist es daher auch für den Arbeitgeber klüger, den Europäischen Betriebsrat in der Form des SE-Betriebsrats mitzugestalten, als es einfach durchlaufen zu lassen. In der zunehmenden Europäisierung der Belegschaften, die auch stattfindet, weil die Arbeitnehmervertreter nicht nur national denken – nicht einmal mehr die Gewerkschaften tun das –, wollen sie auch eine Austauschmöglichkeit haben. Deswegen ist das auf Dauer kein Gegenargument.

Stephan Brandes:

- 51 Wahrscheinlich und zum Glück ist es wohl auch so, dass, wie Sie zu Recht sagen, sich davon einige nicht abhalten lassen. Wenn Sie in den Verhandlungen auf einen Europäischen Betriebsrat bzw. auf den SE-Betriebsrat verzichten und den jetzt meinetwegen durch andere Regelungen der Anhörung – so heißt es ja auch im Gesetz – ersetzen, ist es meines Erachtens

nicht richtig, dass Sie dann später noch einen Europäischen Betriebsrat bilden können. Da steht der § 47 Abs. 1 Nr. 2 SEBG davor, der sagt, das Europäische Betriebsrätegesetz findet dann keine Anwendung mehr. Nur wenn die Verhandlungen abgebrochen wurden, würde er nicht gelten.

Volker Rieble:

Das stimmt grundsätzlich. Aber wenn Sie gar keine europäische Regelung haben, was Sie nach dem MgVG machen können, dann haben Sie eben eine Nichtregelung, und die sperrt den Europäischen Betriebsrat nicht. Wenn es Ihnen natürlich gelingt, eine dezentrale Europäisierung der betrieblichen Mitbestimmung hinzubekommen, also, indem Sie sagen: „Der Gesamtbetriebsrat in Bad Kaff und das *Comité d'Entreprise* da und da treffen sich dann einmal zum Ringelpiez“, dann haben Sie aber letztlich ein europäisches Gremium, das nur anders genannt wird. Aber wenn Sie letztlich sagen, wir machen überhaupt keine europäische Anhörung der Arbeitnehmer, dann würde ich sagen, ein solches Modell kann keine Sperrwirkung für einen Europäischen Betriebsrat auslösen. 52

Stephan Brandes:

Darüber kann man streiten. Das Gesetz liest sich etwas anders. 53

Prof. Dr. Christine Windbichler, Humboldt-Universität Berlin:

Das ist vielleicht weniger eine Frage als eine Zusatzbemerkung. Ich hatte vorgestern die Ehre, mich beim Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags als Sachverständige befragen zu lassen. Es ging um einen Antrag der Grünen, die vorschlagen, man möge doch eine zwingende Quotenregelung von 40 % Frauen in den Aufsichtsräten einführen. Das ist hier nicht der Ort, darüber zu reden, ob das sinnvoll ist. Aber rechtstechnisch: Wenn von der Aktiengesellschaft die Rede ist, sagte ich, dann muss man auch an die SE denken. Und wenn man den ganzen Aufsichtsrat im Auge hat, dann kann man nicht nur die Anteilseignerseite sehen, sondern muss auch die Arbeitnehmervertreter sehen. Und da habe ich ganz große Bedenken, dass jemand wirklich wollte, eine Quotenregelung in die Verhandlungslösung hineinzquetschen. Nach dem, was Sie ausgeführt haben, müssen Ihnen solche inhaltlichen Zwänge eine Horrorvorstellung sein. Es geht auch europarechtlich nicht. 54

Markus Rehberg:

Vielleicht ganz kurz dazu: Bei der Frage der Besetzung des Verhandlungsgremiums und der Wahlgremien gibt es, glaube ich, nationale Rechtsvor- 55

schriften, dass diese entsprechend besetzt werden sollen. Eine Soll-Vorschrift, wie dies auch der Verteilung der Arbeitnehmer, also Frauen und Männer auf die Arbeitnehmerschaft, entspricht. Aber in der Tat: Ob sich das dann auf den Aufsichtsrat übertragen lässt, ist die Frage.

§ 3 SE-Mitbestimmungsvereinbarung: Verfahren, Fehlerquellen und Rechtsschutz

	Rn.
A. Referat Volker Rieble	1
I. Mitbestimmungs-Vereinbarungslösung	1
1. Beschränkte Vereinbarungsmacht im deutschen Sys- tem	1
2. Die Europäische Mitbestimmungsvereinbarungs- lösung	5
II. Rechtsnatur: Betriebsverfassungsrechtliche normative Mit- bestimmungsstrukturvereinbarung	16
III. Das Vereinbarungsverfahren	27
1. Parteien	27
a. „Unternehmensleitungen“	27
b. Besonderes Verhandlungsgremium	31
2. BVG-Konstituierungsphase	33
a. Aufforderung und Information	33
[1] Maßgeblicher Zeitpunkt	35
[2] Adressaten	39
[a]Inland	39
[b]Ausland	43
[3] Fehlerquellen: Konzernbegriff und Arbeit- nehmerbegriff	45
[4] Sonderproblem: arbeitnehmerlose SE	52
b. Besetzung	54
c. Fehler und Heilung	58
d. Nachweisprobleme	66
IV. Verhandlungsphase und Vertragsschluß	72
1. Verhandlungsfreiheit	72
2. Nichteinigung bis Fristende	74
3. Rechtzeitiger und wirksamer Vertragsschluß	76
a. Formalien	76
b. Irrtum und Anfechtung?	78
c. Regelungsgegenstand	80
d. Zweckmäßighkeitsfragen	85
4. Materielle Schranken	88
a. Grenzen der Vereinbarungsmacht	91
b. Inhaltskontrolle	95
[1] Besetzungsvorgaben	96
[2] Sitzverteilung auf Unternehmen und Natio- nen	98
[3] Bestandsschutz	100

5. Rechtsschutz	101
V. Nachlaufphase	104
VI. Auffanglösung: Probleme in der Unternehmensmitbestimmung	107
1. Maßgeblicher Zeitpunkt	110
2. Praktizierte Mitbestimmung oder nachträgliches Statusverfahren?	128
3. Zuständigkeitsfragen	141
VII. Ausblick	145
B. Diskussion	149

A. Referat Volker Rieble*

I. Mitbestimmungs-Vereinbarungslösung

1. Beschränkte Vereinbarungsmacht im deutschen System

Das deutsche Mitbestimmungssystem in Betrieb und Unternehmen zielt 1
auf gesetzliche durchgeregelter Arbeitnehmervertretungen. Das ist kompli-
ziert und schematisch und steht seit längerer Zeit in der Kritik.

Mitbestimmungsvereinbarungen gibt es nur in der Betriebsverfassung. 2
Die Betriebsverfassungsorganisation kann durch Strukturtarifverträge
nach § 3 BetrVG grundlegend modifiziert werden, ausnahmsweise auch
durch Betriebsvereinbarung.¹ Daneben sieht das BetrVG eine Reihe punk-
tueller Vereinbarungsbefugnisse vor, etwa zur Mitgliederzahl des Gesamt-
betriebsrats oder zur Ersetzung der Einigungsstelle durch eine tarifliche
Schlichtungsstelle.² Materiell können Mitbestimmungsrechte erweitert
oder geschaffen werden.³

Die Unternehmensmitbestimmung ist Vereinbarungslösungen bislang 3
nicht geöffnet.⁴ Gesellschaftsrechtlich hindert die Satzungsstrenge Modi-
fikationen der Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft; arbeits-
rechtlich fehlt es an einem kompetenten Verhandlungspartner auf Arbeit-
nehmerseite: Die Unternehmensverfassung ist nach h.M. tarifvertraglich
nicht regelbar, weil dem Tarifvertrag nur der Zugriff auf die Betriebsver-
fassung eröffnet ist. Die Belegschaft als solche ist in der Unternehmens-
mitbestimmung nicht handlungsfähig. Die Arbeitnehmerbank im Auf-
sichtsrat 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: Mitbe- 4
stimmung in Betrieb und Unternehmen ist zwingende Mindestarbeitsbe-

* Professor Dr. Volker Rieble, Ludwig-Maximilians-Universität München, Lehr-
stuhl für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht.

1 Dazu nur *Kraft/Franzen*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfas-
sungsgesetz (GK-BetrVG), 8. Aufl. (2005), § 3 Rn. 37 ff.

2 §§ 38 Abs. 1 Satz 2, 47 Abs. 4 und 9, 55 Abs. 4, 72 Abs. 4, 76 Abs. 8, 76a Abs. 5,
86 BetrVG.

3 Vgl. § 102 Abs. 6 BetrVG und BAG vom 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 – NZA 1988,
699 = EzA § 1 TVG Nr. 34 = AP Nr. 53 zu § 99 BetrVG 1972.

4 Dazu nur *Hommelhoff*, Vereinbarte Mitbestimmung, ZHR 148 (1984), 118 ff;
Beuthien, Mitbestimmungsvereinbarungen nach geltendem und künftigem
Recht, ZHR 148 (1984), 95; *Schöpfe*, Gewillkürte Unternehmensmitbestim-
mung (2003); *Rieble*, Das Verhältnis von Unternehmensmitbestimmung und
Tarifautonomie, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hg.), Bitburger Ge-
spräche, Jahrbuch 2006/I, S. 41.

dingung, 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

- 5 Das Europäische Mitbestimmungsmodell der Vereinbarungslösung wurde für die transnationale Betriebsverfassung durch den Europäischen Betriebsrat (EBR) 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 wenig Neues. Die zentrale Neuigkeit liegt im Einbezug der Unternehmensmitbestimmung in die Verhandlungen:
 - 6 • 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.
 - 7 • 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 Dometscherkosten wenig praktisch.
 - 8 • Diese weitreichende „prinzipielle“ Gestaltungsfreiheit wird sogleich zurückgenommen: Für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft 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 auch dann, wenn das Unternehmen eine monistische Struktur wählt, also im Verwaltungsrat die Aufgaben von Vor-

stand und Aufsichtsrat vereint. Die Montanmitbestimmung freilich kann trotz § 38 Abs. 3 SEBG nicht aufrechterhalten werden, weil die vorrangige SE-VO in Art. 42, 50 Abs. 2 SE-VO zwingend den Anteilseignervorsitz vorschreibt.⁵

Für die Fälle unterhalb der zwingenden Besitzstandswahrung sieht 9 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 10 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 11 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.⁶ Ungeklärt ist, was mit dem SE-Betriebsrat geschieht, wenn die SE ihre Rechtsform ändert. Eine erste Lockerung dieser Rechtsformabhängigkeit ist durch das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) eingetreten: Für die aus einer solchen Verschmelzung hervorgehende nationale Gesellschaft in deutscher Rechtsform gilt die vereinbarte Mitbestimmung.⁷
- Das Initiativrecht zur Errichtung des EBR haben Arbeitnehmer- 12 vertretungen 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

5 *Henssler*, Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung, RdA 2005, 330, 336 f.; *Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsgesetz, 2. Aufl. (2006), § 38 SEBG Rn. 2.

6 § 3 SEBG und § 3 SCEBG.

7 § 29 MgVG; BT-Drucks. 16/2922, S. 17; kritisch zur Regelung *Lunk/Hinrichs*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem MgVG, NZA 2007, 773, 780; *Simon/Hinrichs*, Unterrichtung der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, NZA 2008, 391, 394, ohne allerdings auf diese Konstellation einzugehen.

- Umwandlungsverfahren verbunden und kann grundsätzlich nicht nachgeholt werden – das ist freilich für die Errichtung einer arbeitnehmerlosen SE umstritten.
- 13 • 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).
 - 14 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.
 - 15 Problematisch ist die lückenhafte Regelung des SEBG – und die Methode der Lückenschließung. Die SE fußt auf europäischem Recht, ist aber eine „deutsche“ Rechtsform. Das wirft die Frage auf, inwieweit deutsche Regeln der Betriebsverfassung oder Unternehmensmitbestimmung ergänzend herangezogen werden dürfen. Dagegen steht zunächst Art. 13 Abs. 2 der Beteiligungsrichtlinie und § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG, die jede Geltung von deutschen Regeln der Unternehmensmitbestimmung kategorisch ausschließen.⁸ Betriebsverfassungsrechtliche Regeln sind davon nicht betroffen. Indes: Methodisch ist die europäische Verhandlungslösung mit der deutschen Betriebsverfassung nicht kompatibel; Analogien oder der Import von Rechtsgedanken aus dem BetrVG verbieten sich weithin. Nur für die Konkretisierung gemeinsamer Grundgedanken – etwa der Bedeutung von Wahlfehlern oder die umfassende Repräsentation der ganzen Belegschaft – kann das deutsche BetrVG vorsichtig herangezogen werden, wenn das SEBG oder das EBRG keine Ansatzpunkte für eine Lückenfüllung bieten.

II. Rechtsnatur: Betriebsverfassungsrechtliche normative Mitbestimmungsstrukturvereinbarung

- 16 Von gewissem dogmatischem Interesse ist die Frage, wie die Mitbestimmungsvereinbarung in das deutsche System einzuordnen ist. Unzweifel-

8 Statt aller: *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 5), § 1 MitbestG Rn. 33.

haft handelt es sich um einen Kollektivvertrag, weil er auf Arbeitnehmerseite von einem Interessenrepräsentationsorgan abgeschlossen ist.

Von Privatautonomie kann man nicht sprechen:⁹ 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 im Sinne kollektiver Privatautonomie handeln. Zudem erlischt das BVG mit Aufgabenerledigung. Seine Mitbestimmungsvereinbarung aber bleibt – „Rechtsnachfolger“ ist der SE-Betriebsrat, § 26 Abs. 2 SEBG, sofern er denn wirksam errichtet worden ist.

Die Literatur flieht nähere Konkretisierung und spricht von einem „Kollektivvertrag *sui generis*“.¹⁰ Damit ist nichts gesagt und nichts gewonnen. 17

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,¹¹ 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. Schließlich: Das BVG wird vom Arbeitgeber „initialisiert“; seine Existenz verdankt er betriebsverfassungstypisch der Teilhabe an einer Arbeitgebermaßnahme, hier der SE-Errichtung. 18

Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung ist 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 Organisati- 19

9 So aber *Blanke*, Erweiterung der Beteiligungsrechte des SE-Betriebsrats durch Vereinbarung (2006), S. 47 f. Fn. 95 (privatrechtlicher Kollektivvertrag eigener Art) – in Anlehnung an eine ebenso falsche Meinung in der Betriebsverfassung, dazu *ders.*, EBRG, Europäische Mitbestimmung – SE, 2. Auflage (2006), § 41 Rn. 34 (Kollektivverträge eigener Art mit normativer Wirkung); richtig *Thüsing*, SE-Betriebsrat kraft Vereinbarung, ZIP 2006, 1469, 1470; *Kienast*, in: Jannott/Frodermann: Handbuch der europäischen Aktiengesellschaft (2005), Kapitel 13 Rn. 352.

10 *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 5), Einleitung SEBG Rn. 153; *Herfs-Röttgen*, Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2002, 358, 363 f.; *Kienast*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 9), Kapitel 13 Rn. 352 f.; *Kraushaar*, Europäische Aktiengesellschaft (SE) und Unternehmensmitbestimmung, BB 2003, 1614, 1619.

11 Münchener Handbuch des Arbeitsrechts (MünchArbR)/*Richardi*, Bd. 3, 2. Aufl. (2000), § 241 Rn. 2.

onsregelung 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 „sozialen Unternehmensverbandes“ aus Anteilseignern und Arbeitnehmern sei, ist eine überholte sozialpolitische Irrlehre. Es fehlt an jedem Ansatzpunkt für eine körperschaftliche Verfassung mit entsprechenden Mitgliederrechten und -pflichten. Aus dem organisatorischen Inhalt läßt sich also kein Aspekt der Rechtsnatur gewinnen.

- 20 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.
- 21 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.¹² 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.
- 22 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.

12 *Habersack*, Schranken der Mitbestimmungsautonomie in der SE, AG 2006, 345, 348; *ders.*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2006, § 12 Rn. 6; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff (Hg.), Die Europäische Gesellschaft (2005), S. 299 Fn. 84; *Jacobs*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Münch-KommAktG), Bd. 9/2, 2. Aufl. (2006), § 21 SEBG Rn. 7.

Indes: Für eine schuldrechtlich-autonome 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 notwendig beteiligt. 23

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 vorherige Klärung die Satzung selbst inhaltlich unbestimmt und nicht recht vollziehbar wäre. Außerdem widerspricht eine Satzungsänderung unmittelbar durch Kollektivvertrag dem Konstitutivfordernis der Registereintragung. Das heißt: Die Mitbestimmungsvereinbarung erzeugt normativ einen Anspruch des SE-Betriebsrats gegen die SE zur Satzungsanpassung. Dieser Anspruch ist notwendig vor den Arbeitsgerichten im Beschlußverfahren geltend zu machen, § 2a Abs. 1 Nr. 3d ArbGG. Es geht nicht um die dort zugunsten der ordentlichen Gerichte ausgeschlossene Wahl oder Abberufung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat. Nur vor den Arbeitsgerichten und nur im Beschlußverfahren ist der SE-Betriebsrat überhaupt verfahrensfähig (§ 10 ArbGG). Der Anspruch auf Satzungsänderung ist unvertretbare Handlung und wird nach § 85 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 888 ZPO vollstreckt.¹³ § 894 ZPO ist nicht anwendbar; der arbeitsgerichtliche Beschluß kann den Hauptversammlungsbeschluß als solchen nicht ersetzen¹⁴.

Als Organisationsnorm der SE kann die Mitbestimmungsvereinbarung erst gelten, wenn die SE durch Eintragung errichtet ist. Vorher fehlt ihr der Regelungsgegenstand. Die Eintragung als Vollzugsakt selbst ist nicht Gegenstand der Vereinbarung, sondern freie Entscheidung der Unternehmensleitungen und gegebenenfalls der Hauptversammlungen. Eine Pflicht zur SE-Errichtung ist nicht möglich. 24

Die Qualifikation als Kollektivvertrag mit normativer Wirkung wirft zuerst die Frage nach der **Nachwirkung** auf. Entgegen vereinzelt Aussagen 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 Kollektiv- 25

13 BGH vom 10.4.1989 – II ZR 225/88 – NJW-RR 1989, 1056 = ZIP 1989, 1261.

14 Brehm, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl. (2004), § 894 Rn. 8 f.

verträge typischen Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG, § 77 Abs. 6 BetrVG) be-
greifen.

- 26 Daß die Mitbestimmungsvereinbarung normativ geltender Kollektiv-
vertrag ist, hat schließlich gewisse Folgen für seine Auslegung – die nach
objektiven Kriterien erfolgen muß. Schließlich gilt für Kollektiv-
vereinbarungen – 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 Ver-
ständnis der Teilnichtigkeit: Es kommt nur darauf an, ob der wirksame
Teil für sich genommen funktionsfähig ist.¹⁵

III. Das Vereinbarungsverfahren

1. Parteien

a. „Unternehmensleitungen“

- 27 Auf Arbeitgeberseite wird die Unternehmensleitung, also der Vorstand der
umzuwandelnden AG, aktiv. Sind mehrere Unternehmen beteiligt, vor al-
lem 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 Unter-
nehmen durch (auch konkludente) Führungsvereinbarung einen einheitli-
chen und handlungsfähigen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber
schaffen.¹⁶ Keinesfalls genügt die interne Konzernleitungsmacht für sich,
um nach außen eine einheitliche Vertragspartei herzustellen. Agiert etwa
ein von der Obergesellschaft bestellter „Verhandlungsführer“ für die ver-
schmelzungsbereiten Gesellschaften, scheitert der Abschluß der Mitbe-
stimmungsvereinbarung an der Zurechenbarkeit gegenüber den betroffe-

15 Statt vieler: *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 347; *Kreutz*, in: GK-
BetrVG (Fn. 1), § 77 Rn. 61.

16 Dazu nur BAG vom 11.2.2004 – 7 ABR 27/03 – EzA § 1 BetrVG 2001 Nr. 2 = AP
Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb = NZA 2004, 618; BAG vom
22.6.2005 – 7 ABR 57/04 – EzA § 1 BetrVG 2001 Nr. 4 = NZA 2005, 1248 = AP
Nr. 23 zu § 1 BetrVG 1972; *Rieble/Gistel*, Konzernpersonaldienstleister und
Gemeinschaftsbetrieb, NZA 2005, 242 m.w.N.; *Wanhöfer*, Gemeinschaftsbe-
trieb und Unternehmensmitbestimmung (1994), S. 34 ff.

nen Gesellschaften.¹⁷ Die Konzernmutter muß also die Vollmachterteilung durch die betroffenen Gesellschaften veranlassen.¹⁸

Die Zuständigkeit der Unternehmensleitung ist ein Systembruch, soweit die Vereinbarung im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung in die Unternehmensverfassung 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 Mitbestimmungsverhandlung 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*. 28

Gleichwohl bleibt der dogmatisch unbefriedigende Nachgeschmack, daß der Vorstand letztlich legitimationslos über die Unternehmensmitbestimmung verhandelt und die Anteilseigner nur die Alles-oder-Nichts-Wahl haben. Erklärbar ist das dadurch, daß der Vorstand für die Betriebsverfassung, die nicht in Anteilseignerrechte eingreift, der richtige Verhandlungspartner ist und die Unternehmensmitbestimmung zur Betriebsverfassung gezogen wird. „Dreiseitige“ Verhandlungen zwischen BVG, Vorstand und Anteilseignern sind aus kollektivarbeitsrechtlicher Sicht dysfunktional und verschaffen der Arbeitgeberseite ein Verhandlungsübergewicht. 29

Außerdem ist die Hauptversammlung nicht verhandlungsfähig; ihr könnte allenfalls ein Zustimmungsvorbehalt eingeräumt werden. Eben diesen kann sie sich auch mit einem späten Umwandlungsbeschluß nach Abschluß der Mitbestimmungsverhandlungen vorbehalten. 30

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. 31

Hierzu sieht das SEBG ein hochkomplexes Errichtungsverfahren vor, in welchem vielfach Fehler unterlaufen können, deren Auswirkungen auf die 32

17 Vgl. für den Gemeinschaftsbetrieb MünchArbR/*Richardi* (Fn. 11), § 32 Rn. 37; *Richardi*, in: *Richardi* (Hg.), *BetrVG*, 11. Aufl. (2008), § 1 Rn. 67; *Rieble*, *Kompensation der Betriebsaufspaltung durch den Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen* (§ 322 UmwG), FS für Günther Wiese (1998), S. 453, 426 f.

18 Vgl. für Verhandlungen der Konzernmutter mit Gesamtbetriebsräten LAG München vom 14.11.2007 – 10 Sa 552/07 – nicht rechtskräftig, BAG vom 13.5.2008 – 1 AZR 211/08 – juris; LAG München vom 19.7.2007 – 3 Sa 729/06 – rechtskräftig –juris.

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

- 33 § 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.
- 34 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 die § 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.¹⁹

[1] Maßgeblicher Zeitpunkt

- 35 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.
- 36 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. Anderenfalls nämlich hätte

19 Allgemein *Rieble*, Sprache und Sprachrisiko im Arbeitsrecht, FS für Manfred Löwisch (2007), S. 229.

die Mindestfrist von einem Monat zwischen Offenlegung des Umwandlungsplans 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 zu Aufforderung und Information ist mithin dann gegeben, wenn die vom Vorstand vorbereitete Umwandlung derart greifbare Konturen²⁰ gewonnen hat, daß auf der Basis dieser Planung ein BVG gebildet werden kann. Eine verfrühte oder vorzeitige Information ist mithin praktisch unschädlich. 37

Deswegen kann – auch mit Blick auf die Möglichkeit zur einvernehmlichen Verlängerung der Verhandlungsfrist von mindestens sechs Monaten auf bis zu einem 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. 38

[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 gegebenenfalls 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. 39

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 Betriebs- 40

20 Vgl. für die „Planung“ der Betriebsänderung nach § 111 BetrVG BAG vom 20.11.2001 – 1 AZR 97/01 – NZA 2002, 992 = EzA § 113 BetrVG 1972 Nr 29 = AP Nr 39 zu § 113 BetrVG 1972; BAG vom 30.5.2006 – 1 AZR 25/05 – NZA 2006, 1122 = EzA § 113 BetrVG 2001 Nr. 7 = AP Nr. 5 zu § 209 InsO.

verfassungsrecht 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 in das BVG sieht § 8 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2 SEBG eine gegenüber dem BetrVG spezielle „Mitvertretungskompetenz“ des Konzern- und Gesamtbetriebsrats für betriebsratslose Einheiten vor. Daß Arbeitnehmer betriebsratsloser Einheiten also informiert werden müssen, obzwar sie daraus kein Urwahlrecht ableiten können, weil „ihr“ Gesamt- oder Konzernbetriebsrat für sie wählt, ist nicht einzusehen.

- 41 Der Regelungspfusch des Gesetzgebers wird vollends offenbar bei den leitenden Angestellten. Sie fallen betriebsverfassungsrechtlich nicht unter die Betriebsratszuständigkeit (§ 5 Abs. 3 BetrVG) 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.²¹ 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.
- 42 Das zeigt: Restringiert man die Informationspflicht entsprechend ihrem betriebsverfassungstypischen Teilhabezweck auf jene Fälle, in welchen dem Informationsempfänger eine Verfahrensbefugnis erwächst, kommt man zu vernünftigen Ergebnissen.

[b] Ausland

- 43 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 Rechtsordnung regelt.

21 So *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff (Hg.), SE-Kommentar (2008), § 4 SEBG Rn. 18; *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), § 4 SEBG Rn. 7.

Das Unternehmen muß sich also – typischerweise über seine Auslands- 44
tochter – 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 **Konzern-** 45
begriff ab, der die **Tochtergesellschaften** (und richtigerweise auch die
Enkel und Urenkel) definiert. Eine Information und Einbeziehung einer
vermeintlichen Tochtergesellschaft ist ebenso falsch wie die Nichtberück-
sichtigung einer wirklichen. Wenn dort eine nennenswerte Zahl von Ar-
beitnehmern 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 Tochter-
gesellschaften enthalten muß. Deswegen etwa durfte die Porsche AG die
Arbeitnehmervertreter von Volkswagen an den Mitbestimmungsverhand-
lungen überhaupt nicht beteiligen: Von Beherrschung konnte zum Ver-
handlungszeitpunkt keine Rede sein – ein geplanter künftiger Anteilser-
werb mit Beherrschungsfolge löst keine Beteiligung aus. Vielmehr ist es
Schicksal einer Belegschaft, die über den Betriebs- oder Unternehmens-
erwerb zu einer bestehenden SE stößt, hierdurch unter ein Mitbestim-
mungsregime zu fallen, das sie selbst nicht verhandelt hat. Helfen könnte
nur die Neuverhandlungspflicht nach strukturellen Änderungen gemäß
§ 18 Abs. 3 SEBG. Anteils- oder Betriebserwerb rechnet indes nicht hier-
her;²² allenfalls die Verschmelzung einer mitbestimmten Gesellschaft auf

22 *Braun*, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europä-
ischen Rechts (2005), S. 105; *Habersack*, Die Konzernmitbestimmung nach § 5
MitbestG und § 2 DrittelbG, AG 2007, 641, 643; *Henssler*, RdA 2005, 330, 334;
Jacobs, in: MünchKommAktG (Fn. 12), § 18 SEBG Rn. 17; *Rieble*, Schutz vor
paritätischer Unternehmensmitbestimmung, BB 2006, 2018, 2022; *Henssler*,
in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 5), Einleitung SEBG Rn. 207 ff.; *Woll-
burg/Banerjea*, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Ge-
sellschaft, ZIP 2005, 277, 278 ff; anders: *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SE
(Fn. 21), § 18 SEBG Rn. 22 (Eingreifen von § 18 Abs. 3 SEGB, wenn Arbeitneh-
mer infolge eines Rechtsträgerwechsels nicht mehr der für sie bislang maßgeb-
lichen Unternehmensmitbestimmung unterliegen); *Rehberg*, Die missbräuchli-
che Verkürzung der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Societas Eu-
ropea, ZGR 2005, 859, 882 ff. („Eine strukturelle Veränderung ... liegt immer
dann nahe, wenn mit der SE eine Gestaltungsvariante umgesetzt wird, die zur
Umgehung von Vorschriften der SE-Richtlinie führt, d.h. nach deren Sinn und
Zweck erfaßt werden sollen.“); *Scheibe*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
in der SE unter besonderer Berücksichtigung des monistischen Systems (2007),
S. 153 ff. („solche Vorgänge, die abweichende Voraussetzungen für das Ver-
handlungsverfahren zur Folge gehabt hätten“, wozu der Erwerb wesentlicher
Beteiligungen an anderen Unternehmen und der Erwerb von Betrieben oder

eine weniger stark mitbestimmte SE kann diese Neuverhandlungslast auslösen²³ – und wird dementsprechend vermieden.

- 46 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 SEBG vielmehr auf den erweiterten Konzernbegriff des § 6 EBRG. Dieser wiederum stellt auf die nur potentielle Beherrschung ab, also darauf, daß ein beherrschender Einfluß ausgeübt werden **kann**.
- 47 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 Entherrschungsvertrags – überhaupt nur in einem gerichtlichen Verfahren, in welchem eine Beweiserhebung möglich ist, widerlegt werden kann (so *Blanke*²⁴). 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 oder auch im Registerverfahren über die Eintragung.²⁵
- 48 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.²⁶ Mithin ist die insolvente Tochter- oder Enkelgesellschaft nicht zu berücksichtigen.

Betriebsteilen zählen sollen); *Köstler*, in: Theisen/Wenz, Die europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. (2005), S. 369 ff.; offengelassen bei *Casper/Schäfer*, Die Vorrats-SE – Zulässigkeit und wirtschaftliche Neugründung, ZIP 2007, 653, 659.

23 *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 21), § 18 SEBG Rn. 22; *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), § 18 SEBG Rn. 16; *Rieble*, BB 2006, 2018, 2022; *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 5), Einleitung SEBG Rn. 212.

24 *Blanke*, EBRG (Fn. 9), § 6 Rn. 9.

25 Zur Beweiserhebung § 12 FGG.

26 BGH vom 14.12.1987 – II ZR 170/87 – ZIP 1988, 229 = NJW 1988, 1326 = BB 1988, 361 für den Vertragskonzern; *Kort*, Die konzerngebundene GmbH in der Insolvenz, ZIP 1988, 681, 687 f.; *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. (2003), § 11 Rn. 413 m.w.N. auch für die faktische Konzernierung. Anders: *Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (KölnerKommAktG), 3. Aufl. (2004),

Zweite Fehlerquelle ist der **Arbeitnehmerbegriff**: Bestehen keine Betriebsräte, müssen alle Arbeitnehmer der betroffenen Einheit direkt informiert werden, § 4 Abs. 2 Satz 2 SEBG. 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, Werksstudenten und Arbeitnehmerähnliche, insbesondere Heimarbeiter.²⁷ Teilzeitbeschäftigte jedenfalls zählen voll. 49

Für den Inlandsteil der deutschen SE geht § 2 Abs. 1 Sätze 2, 3 SEBG 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, ebenso wenig freie Mitarbeiter. Im übrigen kommt es auf die Verwicklungen des deutschen Arbeitnehmerbegriffs an. 50

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. 51

§ 17 Rn. 122; *Windbichler*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz (GroßKommAktG), 4. Aufl. (2004), § 17 Rn. 86: Die Zuständigkeit des Insolvenzverwalters genügt zur Widerlegung der Vermutung allein noch nicht; dies geschieht erst durch konkret ergriffene Maßnahmen.

27 Maßgeblich ist der jeweils in den einzelnen Mitgliedstaaten geltende Arbeitnehmerbegriff, § 2 Abs. 1 Satz 1 SEGB. Das SEBG soll insoweit über den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff die Arbeiter und Angestellten einschließlich der zur ihrer Berufsausbildung Beschäftigten inklusive der leitenden Angestellten umfassen, BT-Drucks. 15/3405, S. 43 f.; vgl. *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 21), § 2 SEBG Rn. 5 f.; *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), § 2 SEBG Rn. 2 ff. („Beschäftigte, die aufgrund von im Inland begründeten Arbeitsverhältnissen im Ausland tätig werden, sind Arbeitnehmer gem. § 2 Abs. 1 SEGB, wenn sie dem inländischen Arbeitgeber weisungsunterworfen sind oder von den im Inland getroffenen Planungen und Entscheidungen in gleichem Maß wie im Inland beschäftigte Arbeitnehmer betroffen werden.“); *Oetker*, Die Beteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) unter besonderer Berücksichtigung der leitenden Angestellten, BB Beilage 2005 Nr. 11, 2, 6. Die Verletzung der Informationspflicht zieht einen Anspruch auf Unterrichtung, die Verzögerung der Frist nach § 11 Abs. 1 S. 1 SEBG und gegebenenfalls die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit nach sich, *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 21), § 4 SEBG Rn. 11.

[4] Sonderproblem: arbeitnehmerlose SE

- 52 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.²⁸ 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 – gegebenenfalls auch durch Erwerb einer bestehenden juristischen Person – und welche Auffanglösung dann gelten soll.
- 53 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

- 54 Überaus kompliziert geregelt ist auch die Besetzung. Das SEBG ordnet zunächst in § 5 die Zusammensetzung nach Mitgliedstaaten 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 Arbeitnehmerbegriffs durchschlagen.
- 55 Sodann regeln §§ 6 und 7 SEBG die konkrete Zusammensetzung der „Nationalmannschaften“. 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, vorausgesetzt ein Sprecherausschuß existiert und nimmt sein Vorschlagsrecht wahr).
- 56 Auch hier stellen sich wieder zahlreiche ungelöste 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?

28 Dazu etwa *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653; *Schubert*, Die Arbeitnehmerbeteiligung bei der Europäischen Gesellschaft ohne Arbeitnehmer, ZESAR 2006, 340. Weiter Fn. 35.

Analogien zum BetrVG sind systematisch verfehlt. Das allein vergleichbare EBRG enthält gleichfalls keine Antworten. Insofern dürfen wir uns auf freie Rechtserfindungen des Bundesarbeitsgerichts freuen. 57

c. Fehler und Heilung

Die Information nach § 4 SEBG spielt eine **Doppelrolle:** 58

- 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. 59

Eine gesonderte Anfechtung der vorgelagerten Wahl der Mitglieder des Wahlgremiums ist mit *Wißmann* und gegen *Jacobs* nicht angezeigt:²⁹ 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. 60

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.³⁰ 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 61

29 *Wißmann*, Die Arbeitnehmerbeteiligung in der „deutschen“ SE vor Gericht, FS für Reinhard Richardi (2007), S. 841, 846; anders: *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), § 8 SEBG Rn. 16.

30 *Wißmann*, FS Richardi (2007), S. 841, 847.

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.

- 62 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 lassen³¹ – 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 Betriebs-

31 *Wißmann*, FS Richardi (2007), S. 841, 848.

ratswahlanfechtung 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 Verken- nung des dortigen Arbeitnehmerbegriffs, verhinderte, daß die Fristen für Konstituierung und Verhandlung – und damit für das In- krafttreten der Auffanglösung – überhaupt zu laufen beginnen. 63

Sieht man genauer hin, knüpft der gestaffelte Fristlauf an verschie- dene Prozesse an: Die Zehn-Wochen-Frist des § 11 Abs. 1 Satz 1 SEBG dient allein der ordnungsgemäßen Bildung des Verhandlungs- gremiums. Da dessen Zusammensetzung ohnehin nach § 5 Abs. 4 SEBG korrigiert werden muß, wenn nachträgliche Änderungen ein- treten (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 Reprä- sentativität 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 wei- teres möglich. 64

Deswegen spricht viel dafür, die Wahlanfechtungslast auf den Frist- lauf durchschlagen zu lassen. Sonst hätte man zwar ein BVG, doch liefen keine Fristen. Mit der auch anfechtbaren Installation des BVG ist mithin die Zehn-Wochen-Frist gewahrt und wird die sechsmona- tige Verhandlungsfrist ausgelöst. 65

d. Nachweisprobleme

Eine zusätzliche Schwierigkeit resultiert daraus, daß das Verhandlungs- verfahren nicht nur materiell-rechtlich einwandfrei sein muß, sondern daß dies dem Registergericht formell nachzuweisen ist, Art. 12 Abs. 2 SE-VO, §§ 3, 4, 20, 21 SEAG, 125 Abs. 1, Abs. 2 FGG, 14, 36 ff AktG, 8 ff HGB; 3 Abs. 3, 43 Nr. 3, 4 b HRV. Dieses prüft die Voraussetzungen des Art. 12 66

Abs. 2 SE-VO dabei eigenständig in ausschließlicher Zuständigkeit.³² Das Arbeitsgericht hat hier nichts zu suchen und kann auch nicht die Eintragung für unzulässig erklären – wie dies das ArbG Stuttgart im Porsche-Verfügungsverfahren *obiter* meinte;³³ ihm fehlt jede Zuständigkeit. Es geht bei der Zulässigkeit der Eintragung nicht um Rechte nach dem SEBG (nur diese erfaßt § 2a Abs. 1 Nr. 3d ArbGG), sondern um die Eintragungsvoraussetzungen nach dem SEAG, vgl. VI.3. Soweit das Gericht in der Begründetheit nun annimmt, eine gleichwohl ergehende Entscheidung „binde“ das Registergericht nicht, zieht es die Grenzen objektiver, subjektiver und temporaler Rechtskraft falsch: Rechtskraft bindet immer nur Parteien und nie Gerichte.³⁴ Das Gericht hätte deshalb die Zulässigkeit verneinen müssen – und nicht erst die Begründetheit. Auch ein Antrag auf Unterlassung des Eintragungsantrags beim Registergericht verletzt letztlich dessen Zuständigkeit.

- 67 Diese Doppelung entspricht dem Immobiliarsachenrecht mit seiner liegenschaftsrechtlichen Verfahrenskomponente. Bislang fehlen FGG-Entscheidungen zu den registerrechtlichen Nachweisvoraussetzungen.
- 68 Das wirft viele Fragen nach der Prüfungsintensität auf: Prüft der Registerrichter
- ob die richtigen Personen (Arbeitnehmer- und Konzernbegriff) und die richtigen Arbeitnehmervertretungen nach Maßgabe der jeweiligen Heimatrechtsordnungen in der dortigen Sprache fehlerfrei unterrichtet worden sind;³⁵
 - ob das BVG im richtigen Verfahren konstituiert worden ist;

32 *Winkler*, in: Keidel/Kuntze/Winkler, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 15. Aufl. (2003), § 125 Rn. 2; *Bumiller/Winkler*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 8. Aufl. (2006), § 125 Rn. 9.

33 ArbG Stuttgart vom 24.10.2007 – 12 BVGa 4/07 – juris.

34 Zur interforalen Rechtskraft *Foerster*, *Transfer der Ergebnisse von Strafverfahren in nachfolgende Zivilverfahren*, 2008, S. 209 ff.

35 Zur Gründung von SE durch arbeitnehmerlose Gesellschaften ohne Mitbestimmungsvereinbarung einerseits, AG Düsseldorf vom 16.1.2006 – HRB 52618 – ZIP 2006, 287; AG München vom 29.3.2006 – HRB 159649 – ZIP 2006, 1300; zur Problematik der Vorrats-SE, deren Gründungsgesellschaften selbst Arbeitnehmer beschäftigen, *Schäfer*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), Art. 12 SE-VO Rn. 7; andererseits AG Hamburg vom 28.6.2005 – 66 AR 76/05 – RIW 2006, 67 mit Anmerkung *Reinhard* = ZIP 2005, 2017 sowie LG Hamburg vom 30.9.2005 – 417 T 15/05 – ZIP 2005, 2017, 2018 mit Anmerkung *Noack* = EWIR 2005, 905; *Reinhard*, *Zur Frage, ob die Handelsregistereintragung einer arbeitnehmerlosen Europäischen (Tochter-) Aktiengesellschaft zwingend eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung voraussetzt*, RIW 2006, 68; *Seibt*, *Arbeitnehmerlose Societas Europaea*, ZIP 2005, 2248; *Frodermann/Jannott*, *Zur Amtszeit des Verwaltungs- und Aufsichtsrats der SE*, ZIP 2005, 2251; *Blanke*, *Europäische Aktiengesellschaft ohne Arbeitnehmerbeteiligung*, ZIP 2006, 789.

- ob die Ladungen zu den Sitzungen des BVG einwandfrei gewesen sind;
- ob dem BVG alle erforderlichen Informationen und Unterlagen zur Verfügung gestellt worden sind?

Nicht zu prüfen hat das Registergericht, ob eine abgeschlossene Mitbestimmungsvereinbarung materiell-rechtlich wirksam ist (noch unten IV.5.) – oder ob an ihre Stelle die gesetzliche Auffanglösung tritt. Der Prüfauftrag bezieht sich nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO ausschließlich darauf, ob eine Vereinbarung formell geschlossen worden ist oder ob die Verhandlungen mit Ablauf der Verhandlungsfrist gescheitert sind.³⁶ Eine planwidrig mitbestimmungsfreie SE kann nicht entstehen, weil die Anmeldung der SE zur Eintragung ins Handelsregister durch die Leitungsorgane immer – zumindest konkludent – die erforderliche Zustimmung zur Anwendung der Auffangregelung nach §§ 36 Abs. 1 AktG, 21 Abs. 1 SEAG enthält.³⁷ 69

Auch die zentrale Frage, ob der förmliche Abschluß einer Mitbestimmungsvereinbarung vorangegangene Fehler (fehlerhafte Information und Besetzung des BVG) auch registerverfahrensrechtlich heilt, ist nicht entschieden. 70

Die Praxis verfährt naturgemäß übervorsichtig und weist im Zweifel lieber zuviel als zuwenig nach, um keine Beanstandung zu kassieren.³⁸ Probleme können sich dabei insbesondere hinsichtlich des fruchtlosen Ablaufs der in Art. 5 der SE-RL vorgesehenen Frist ergeben. Es wird vorgeschlagen, den Negativbeweis mit einer entsprechenden Versicherung der Mitglieder des Leitungs- und Verwaltungsorgans glaubhaft zu machen.³⁹ 71

36 ArbG Stuttgart vom 24.10.2007 – 12 BVGa 4/07 – juris.

37 Vgl. Schwarz, SE-VO (2006), Art. 12 Rn. 23.

38 Entsprechend wird hinsichtlich der eintragungsfähigen Tatsachen sorgfältige Prüfung angemahnt, weil die Anmeldung zurückzuweisen ist, wenn es an der Eintragungsfähigkeit fehlt, vgl. Bokelmann, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (MünchKommHGB), Bd. 1 (1996), § 12 HGB Rn. 7; zu den Anforderungen aus § 37 AktG im einzelnen Kleindiek, in: K. Schmidt/Lutter (Hg.), AktG, Bd. 2 (2007), § 37 AktG Rn. 3 ff.; zum Risiko der Amtslöschung sowie Möglichkeiten diese Konsequenz abzuwenden Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff (Hg.), Europäische Gesellschaft (Fn. 12), S. 104 ff.; zum Umfang der registergerichtlichen Prüfpflicht vgl. GroßkommAktG/Röhrich (Fn. 26), § 38 Rn. 7 ff.

39 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft (Fn. 12), S. 104, Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 21), Art. 12 SE-VO Rn. 25.

IV. Verhandlungsphase und Vertragsschluß

1. Verhandlungsfreiheit

- 72 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.
- 73 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

- 74 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.
- 75 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

- 76 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 Sitzun-

gen 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. 77

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. 78

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 mehr punktuelle Auffanglösung; vielmehr perpetuiert § 26 Abs. 2 Satz 2 SEBG die auch fehlerhafte Vereinbarung. 79

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. 80

Insofern sind zwei Fragen aufgeworfen: 81

- 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 82

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 teilmichtig.

- 83 • 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 Eintragszeitpunkt hinter dem gesollten Regelungsbestand zurückbleibt. Erst recht unzulässig ist es, zentrale Regelungsfragen auf einen Ausschuß des SE-Betriebsrats zu delegieren.
- 84 • 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

- 85 Hier nicht zu behandeln sind die Zweckmäßighkeitsfragen. Das Regelungsprogramm des § 21 Abs. 1 SEBG ist jedenfalls für die Praxis unzureichend.
- 86 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 Betriebsratsmitglied 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?
- 87 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 Regelungsprogramm zu entwickeln.

4. Materielle Schranken

Wie weit dürfen die Vereinbarungspartner gehen? Diese Frage ist für Kollektivverträge traditionell zweigeteilt – und für die Mitbestimmungsvereinbarung nach dem SEBG bislang nicht systematisch durchdrungen: 88

- 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. 89
- Zweitens geht es um die Inhaltskontrolle der getroffenen konkreten Regelung – an Maßstäben vorrangigen Rechts. 90

a. Grenzen der Vereinbarungsmacht

Für die erste Frage sind einige wichtige Punkte bereits angesprochen: 91

- 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.⁴⁰ 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. 92
- 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. Das wäre eine unzulässige Einmischung in die nationale Arbeitsrechtsordnung. Insofern verhält es sich ähnlich wie beim deutschen Gesamtbetriebsrat

40 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I: Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung (1997), S. 416 f.; Jung, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht (1999) S. 313 ff.

und Konzernbetriebsrat, dessen originäre Zuständigkeit für betriebsratslose Einheiten ebenfalls auf betriebs- oder unternehmensübergreifende Regelungsfragen beschränkt ist.

- 93 • 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 m.E. eindeutig. Auch nur schuldrechtlich über Unterlassungsansprüche gegenüber der Leitung wirkende Beteiligungsrechte sind meines Erachtens nicht möglich. Entgegen *Thüsing*⁴¹ 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 im deutschen System zwischen Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat definiert, solange kann es parallele Mitbestimmungsrechte mit divergierendem Verfahrensausgang nicht geben.
- 94 • In der Unternehmensmitbestimmung geht es um die Abgrenzung zur Satzungshoheit 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.⁴² § 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 m.E. nicht geregelt werden. Insofern geht es nicht um Rechte der Arbeitnehmerbank, sondern um die Kompetenzaufteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat und damit eine Frage der internen Unternehmensverfassung, die der Hauptversammlung vorbehalten bleiben muß. In gar keinem Fall zulässig sind Zustimmungsvorbehalte mit überparitätischem Mehrheitserfordernis, die

41 *Thüsing*, ZIP 2006, 1469, 1471 f.

42 *Habersack*, Konzernrechtliche Aspekte der Mitbestimmung in der Societas Europaea, Der Konzern 2006, 105, 107; *Habersack*, in: Ulmer/*Habersack*/Henssler (Fn. 5), § 35 SEBG Rn. 6.

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.

b. Inhaltskontrolle

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. 95

[1] Besetzungsvorgaben

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.⁴³ 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. 96

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 *comité 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 Legitimationsakt 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. 97

43 *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), Vor § 23 SEBG Rn. 3 f.

[2] Sitzverteilung auf Unternehmen und Nationen

- 98 Das zentrale Problem der Inhaltskontrolle ist die „Verteilung“ der Sitze im SE-Betriebsrat und im Aufsichtsrat 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 Porsche-Modell zielt darauf, Teilkonzernen mit unterschiedlichen Belegschaftsgrößen letztlich gleichen Einfluß im Aufsichtsrat zu verschaffen und läuft damit auf eine „undemokratische“ Stimmrechtungleichheit 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 und durch die „Nationalmannschaftsbildung“ in § 5 SEBG 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.

- 99 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. § 18 Abs. 1 Satz 1 SEBG definiert selbst einen recht hohen Schwellenwert von 10 % der SE-Konzernbelegschaft für das Initiativrecht zu Neuverhandlungen. 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, bleibt es bei der Zulässigkeit.

[3] Bestandsschutz

- 100 Sonderfall der Inhaltskontrolle ist der Bestandsschutz in der Unternehmensmitbestimmung: Die Mitbestimmungsvereinbarung darf bei der Umwandlung gar nicht (§§ 15 Abs. 5, 21 Abs. 6 SEBG), und sonst nur unter

bestimmten Quoren, auf den erreichten Stand der Mitbestimmung verzichten (§ 15 Abs. 3 SEBG).

5. Rechtsschutz

Die materiellrechtliche Unsicherheit erfährt eine verfahrensrechtliche Entsprechung: **Wer ist befugt, Mängel der Mitbestimmungsvereinbarung geltend zu machen?** Die Rechtsnachfolger der ursprünglichen Vertragsparteien (§§ 18 Abs. 1 und 4, 26 Abs. 2 Satz 1 SEBG: SE-Betriebsrat und Leitung der SE) sind selbstredend befugt, Inhalt und Gültigkeit der Mitbestimmungsvereinbarung geltend zu machen – vor den Arbeitsgerichten im Beschlußverfahren. Mitunter werden sie aber kein Interesse daran haben, daß Verfahrensmängel oder materielle Fehler (etwa die Beschneidung der Rechte eines Belegschaftsteils wie sie im Fall Porsche vom VW-Betriebsrat behauptet wird⁴⁴) geprüft werden.⁴⁵ 101

Insofern kommt es entscheidend darauf an, ob auch andere „Stellen“ antragsbefugt sind. Das SEBG sagt hierzu unmittelbar nichts. Das Antragsrecht für die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds nach § 37 SEBG paßt nicht: Es stellt zu sehr auf das konkrete Wahl- oder Wahlvorschlagsrecht ab. Indes kann man aus dem Initiativrecht für Neuverhandlungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 SEBG im Falle des § 16 Abs. 1 Satz 1 SEBG ein Kontrollrecht für die abgeschlossene Mitbestimmungsvereinbarung ableiten: Dann sind auch die „Vertreter“ der Belegschaften – sofern sie mindestens 10 % der Arbeitnehmer⁴⁶ repräsentieren – antragsbefugt. Das heißt praktisch: Der VW-Betriebsrat Wolfsburg kann seine „Unterrepräsentation“ § 18 SEBG analog beanstanden – aber erst, wenn VW zum Porsche-Konzern gehört.⁴⁷ Vorher ist er gar nicht betroffen. 102

Dagegen ließe sich einwenden, daß dieses Initiativrecht auf den seltenen und für die Arbeitnehmerseite eher unsinnigen⁴⁸ Fall des Mitbestimmungsverzichts durch Verhandlungsabbruch zugeschnitten ist, wohingegen nach erfolgter Mitbestimmungsvereinbarung grundsätzlich nur Neuverhandlungen nach §§ 26, 18 Abs. 3 SEBG möglich sind, die auch nur der SE-Betriebsrat initiieren kann. Indes: Dort wird der SE-Betriebsrat auf 103

44 ArbG Stuttgart vom 24.10.2007 – 12 BVGa 4/07 – juris.

45 Für die Eintragung ist die Wirksamkeit der Mitbestimmungsvereinbarung angesichts der Alternativität der Eintragungsvoraussetzungen in Art. 12 Abs. 2 SE-VO mit der Folge der gesetzlichen Auffangregelung nach §§ 22 ff. SEBG letztlich bedeutungslos.

46 Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 21), § 18 SEBG Rn. 9.

47 Auf diese Weise lassen sich die Zuständigkeits- und Wirksamkeitsprobleme des ArbG Stuttgart vom 24.10.2007 – 12 BVGa 4/07 sachgerecht lösen, vgl. dazu oben Fn. 32.

48 Krause, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), BB 2005, 1221, 1225; Jacobs, in: MünchKommAktG (Fn. 12), § 18 SEBG Rn. 5; vgl. auch Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 21), § 18 SEBG Rn. 5 ff.; Wißmann, FS Richardi (2007), S. 841, 851.

der Basis einer wirksamen Mitbestimmungsvereinbarung tätig. Die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit derselben ist in § 26 SEBG nicht erfaßt. Dementsprechend spreche ich mich für eine Analogie zu § 18 SEBG aus. Die unwirksame Mitbestimmungsvereinbarung steht dem Verzicht auf Mitbestimmung näher als der Anpassungsverhandlung.

V. Nachlaufphase

- 104 Nur hinweisen will ich auf die Nachlaufphase nach Abschluß der Vereinbarung:
- Zwischen Abschluß und Eintragung der SE kann die Vereinbarung auch einvernehmlich nicht mehr – etwa kraft besserer Einsicht – geändert werden. Das Amt des BVG ist mit der wirksamen (!) Vereinbarung oder dem Ablauf der Verhandlungsfrist erschöpft und beendet;⁴⁹ es fehlt der Verhandlungspartner. Der SE-Betriebsrat als Nachfolger des BVG wird erst nach der Eintragung gewählt; dann erst ist der Weg zu einvernehmlichen Neuverhandlungen offen, § 26 SEBG. Da das Amt des BVG gesetzlich konstituiert und nicht vereinbarungsoffen ist, können die Parteien hieran nichts ändern. Nur der Vertragsschluß als solcher läßt sich – gegebenenfalls unter Verlängerung der Verhandlungsfrist nach § 20 Abs. 2 SEBG – hinauszögern.
- 105 • Nach der Eintragung ist zunächst an die mißglückte Mißbrauchs-kontrolle des § 43 SEBG⁵⁰ 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“: Nach Eintragung unterliegt die SE keinem nationalen Mitbestimmungsstatut mehr (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG, Art. 14 Abs. 3 lit. a Richtlinie 2001/86/EG). 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

49 H.M., *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 21), § 4 SEBG Rn. 7; *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), § 4 SEBG Rn. 2; *Oetker*, in: GK-BetrVG (Fn. 1), Vor § 106 Rn. 89; *Blanke*, EBRG (Fn. 9), § 10 Rn. 10.

50 Zu ihr eingehend *Joost*, Gesetzgebung und Unternehmensmitbestimmung – Irrwege zwischen Ideologie und Markt, FS für Reinhard Richardi (2007), S. 573, 574 ff.; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 21), § 43 SEBG Rn. 1 ff.; *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 12), § 43 SEBG Rn. 1 ff.; *Rehberg*, ZGR 2005, 859; *Wißmann*, FS Richardi (2007), S. 841, 855 ff.

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 – freilich in womöglich verfassungswidriger Unbestimmtheit.⁵¹ 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 Anteilerwerb fallen darunter, sondern nur Vorgänge mit gründungsähnlichem Charakter.⁵² § 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 rudimentären Regelung, vergleichbar dem EBRG, die viele im deutschen BetrVG normierte Fragen nicht behandelt.

51 *Rehberg*, ZGR 2005, 859, 890; Bedenken auch bei *Grobys*, Das geplante Umsetzungsgesetz zur Beteiligung von Arbeitnehmern in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2004, 779, 781.

52 Oben Fn. 22.

- 109 Problematisch dagegen ist die Auffanglösung für die Unternehmensmitbestimmung: Sie ist inhaltlich nicht vorgegeben, sondern knüpft an den vorhandenen Mitbestimmungsbesitzstand in der AG an. Die Ungewißheit über die ihrerseits inhaltlich unbestimmte Auffanglösung ist für die Verhandlungen doppelt mißlich: Einmal finden die Verhandlungen „im Schatten“ der hypothetischen Auffanglösung statt – beide Seiten orientieren sich in ihrem Verhandlungsgebaren an dieser. Zum anderen kann die Auffanglösung als rechtliche Grenze die vereinbarte Mitbestimmung hindern.

1. Maßgeblicher Zeitpunkt

- 110 Dies wirft die weitere zentrale Frage auf, welcher Zeitpunkt für das Eingreifen der Besitzstandswahrung maßgeblich ist, genauer: welcher Mitbestimmungsbesitzstand zu welchem Zeitpunkt zur Auffanglösung wird. In Betracht kommen drei Zeitpunkte:
- 111 • 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 führt⁵³ – oder der Tag der Einladung zur konstituierenden Sitzung des besonderen Verhandlungsgremiums nach § 12 SEBG.
- 112 • Der **Abschluß der Verhandlungen**, da dieser im Fall der Nichteinigung zur Anwendung der Auffanglösung auf eine gegründete SE führt (§§ 22 Abs. 1 Nr. 2, 34 Abs. 1 SEBG),⁵⁴ weswegen dieser Zeitpunkt auch für die Kontrolle einer geschlossenen Mitbestimmungsvereinbarung greifen muß.
- 113 • 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.⁵⁵

53 Dafür *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SE (Fn. 21), § 34 SEBG Rn. 19; *Jacobs*, in: MünchKommAktG (Fn. 12) § 34 SEBG Rn. 11 und § 15 SEBG Rn. 8.; *Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 5), § 34 SEBG Rn. 17; de lege ferenda für eine solche „Ex-ante-Betrachtung der Beschäftigtenzahlen“ – unter dem Eindruck der damaligen Beteiligungsrichtlinie: *Kraushaar*, BB 2003, 1614, 1618.

54 Dafür *Grobys*, SE-Betriebsrat und Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, NZA 2005, 84, 90 f.; *Güntzel*, Die Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Akteingesellschaft (SE) und ihre Umsetzung in das deutsche Recht (2006), S. 189.

55 So wohl *Kienast*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 9), Kapitel 13 Rn. 119, der aber nicht zwischen Verhandlungsende und Eintragung differenziert und mit seiner verhandlungsfunktionalen Argumentation eher auf das Verhandlungsende zielt.

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**:⁵⁶ 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.⁵⁷ 114

Davon abgesehen liegt es in der Natur jedes längerwährenden Verhandlungsprozesses, daß Veränderungen des Verhandlungsgegenstands 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. 115

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 Verhandlungszeitraums maßgebend ist, § 23 Abs. 1 Satz 4 SEBG; für die Mitbestimmung der §§ 34 ff. SEBG fehlt jede Festlegung. 116

§ 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG spricht nur von 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 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.⁵⁸ Auch das „modernere“ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer 117

56 *Krause*, BB 2005, 1221, 1224; *Kienast*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 9), Kapitel 13 Rn. 117 ff.

57 Richtig *Kienast*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 9), Kapitel 13 Rn. 121.

58 Erwägungsgrund 18 zur Beteiligungsrichtlinie 2001/86/EG besagt nur: „Die Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer ist fundamentaler Grundsatz und erklärtes Ziel dieser Richtlinie. Die vor der Gründung von SE bestehenden Rechte der Arbeitnehmer sollten deshalb Ausgangspunkt beteiligten Gesellschaften gegeben hat. auch für die Gestaltung ihrer Beteiligungsrechte in der SE (Vorher-Nachher-Prinzip) sein.“

grenzüberschreitenden Verschmelzung definiert einen solchen Zeitpunkt nicht, sondern stellt darauf ab, „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.⁵⁹

- 118 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 i.V.m. §§ 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 dynamische Verweisung.
- 119 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.
- 120 • 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

59 Ähnlich das für die Europäische Genossenschaft geltende SCE-Beteiligungsgesetz in § 34.

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 Nr. 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 Verhandlungsendes, 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 Abbruchbeschluß des Verhandlungsgremiums – also diesen Sonderfall des Verhandlungsendes. 121

Die Besitzstandswahrung ist also funktional mit dem Verhandlungsende verknüpft, weil zu diesem Zeitpunkt klar sein muß, inwieweit Vertrags- und Beschlußrechte des Verhandlungsgremiums reichen. 122

Für eine Berücksichtigung des Eintragungszeitpunkts und der geltenden Mitbestimmungsvorgaben sprechen allerdings drei Argumente: 123

- 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 124

Gesetzes zunächst von den Verhandlungen abgekoppelt und könnte sich auf den Eintragungszeitpunkt beziehen.

- 125 • 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.
- 126 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 Nr. 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 (oben bei Fn. 49).
- 127 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 er schlechterdings jede punktuelle Mitbestimmungsintensivierung 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?

- 128 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 2.000 gewachsen oder weil ein Tendenzprivileg entfallen ist.
- 129 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 Aufsichtsrats 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?
- 130 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 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 131 so auszulegen sind, daß das Ziel, die Beteiligung der Arbeitnehmer sicherzustellen, gefördert wird.
- Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2001/86/EG des Rates besagt, daß 132 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 133 Auffanglösung für die Umwandlung in eine SE festgelegt, daß alle Vorschriften eines Mitgliedsstaats 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 134 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.⁶⁰ 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 zusammengesetzt 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.⁶¹ Vor Abschluß des Statusverfahrens gilt der amtierende, fehlerhaft zusammengesetzte Aufsichtsrat als rechtmäßig.

60 So auch *Weiß/Wöhlert*, *Societas Europaea – Der Siegeszug des deutschen Mitbestimmungsrechts in Europa?*, NZG 2006, 121, 122; *Grobys*, NZA 2005, 84, 88.

61 *Hüffer*, *Aktiengesetz*, 7. Aufl. (2006), § 96 Rn. 13; *Semmler*, in: *MünchKommAktG*, Bd. 3, 2. Aufl. (2004), § 96 Rn. 75.

Dies bedeutet, daß auch das angewandte Mitbestimmungsstatut bis zum Abschluß des Verfahrens Bestandsschutz genießt.⁶²

- 136 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 (i.V.m. §§ 15 Abs. 5, 16 Abs. 3, 21 Abs. 6, 35 Abs. 1 SEBG) womöglich zur nachträglichen Korrektur nach oben.
- 137 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 Aufsichtsrats, so ist zur Klärung dieser Ungewißheit das Statusverfahren einzuleiten. Damit die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft erhalten bleibt, wird die Zusammensetzung des Aufsichtsrats 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.
- 138 Der Rechtssicherheit ist genüge getan, wenn das bisherige Mitbestimmungsstatut auch nach Umwandlung in eine SE zunächst fortgilt. Aller-

62 *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (MünchHdb Gesellschaftsrecht), Bd. 4, 3. Aufl. (2007), § 28 Rn. 50; *Semmler*, in: MünchKommAktG (Fn. 61), § 98 Rn. 53.

dings 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 Zusammensetzung des Aufsichtsrats 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 zusammenzusetzen 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. 139

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 Mitgliedstaaten, 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 Mitgliedstaaten 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. 140

3. Zuständigkeitsfragen

Durchaus offen ist die Frage, ob die nachträgliche Feststellung des Mitbestimmungsstatuts vor 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 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 ei- 141

ner vertragsersetzenden Regelung, weswegen die (mitbestimmungsfreundlicheren) Arbeitsgerichte zu entscheiden hätten.⁶³

- ¹⁴² Mit *Wißmann* ist sorgsam zu trennen:⁶⁴ 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
- ¹⁴³ • die Bestimmung der gesetzlichen Auffanglösung (und auch des maßgeblichen Zeitpunkts) oder
- die Prüfung, ob die konkrete Aufsichtsratszusammensetzung dem vereinbarten Mitbestimmungsstatut (das inhaltlich von den Arbeitsgerichten bestimmt wird) entspricht.
- ¹⁴⁴ 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 ii SE-VO auf das deutsche Aktienrecht auch zum Statusverfahren führt. Bestätigt wird das durch § 17 Abs. 3 SEAG.⁶⁵

VII. Ausblick

- ¹⁴⁵ 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 2.000 Beschäftigten zur Umwandlung erwartet werden – um die Drittelbeteiligung auf ewig festzuschreiben. Nachgerade sensationell wirkt sich die Vorher-Nachher-Lösung auf Tendenzkonzerne aus: Die tendenz-

⁶³ Pauschal und ohne Begründung *Nagel*, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE (2005), § 39 Rn. 21; unklar *Dörner*, in: Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz (GK-ArbGG) (Loseblattsammlung, Stand: 54. Lieferung Juli 2007), § 2a Rn. 76b.

⁶⁴ *Wißmann*, FS Richardi (2007), S. 841, 845 f., 851 f.

⁶⁵ *Wißmann*, FS Richardi (2007), S. 852.

spezifische 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. „Nachteilig“ ist das nur für die leitenden Angestellten“, die ihren Repräsentationsschutz verlieren. Ob ein deutsches Unternehmen die Professionalität der Aufsichtsratsarbeit freilich eher durch einen kleinen Aufsichtsrat oder durch den Sachverstand eines Leitenden gewahrt sieht, das darf es selbst entscheiden. 146

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. 147

Gesellschaftspolitisch geraten 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. 148

B. Diskussion

Dr. Roland Köstler, Hans-Böckler-Stiftung:

- 149 Ich habe da, fast zu meinem Frust, keinen Punkt gefunden, in dem ich Herrn *Rieble* widersprechen möchte.

Professor Dr. Carsten Schäfer, Universität Mannheim:

- 150 Ich kann mich der Wertung nur anschließen. Es sind hoch spannende Fragen. Ich will nur zwei herausgreifen: Eine, die mir wirklich neu scheint, ist die Frage, wer eigentlich die Unternehmen bei einer Verschmelzung vertritt. Ich glaube, wir haben uns das bisher so vorgestellt – weil die praktisch häufigsten Fälle die Konzernverschmelzungen sind, Auslandstochter auf Mutter –, dass dann selbstverständlich diese Frage durch die Konzernleitungsmacht mit umfasst wird. Hier bin ich doch auf eine etwas genauere Begründung gespannt, warum das in diesem Fall eigentlich nicht gelten soll. Das ist der Fall, der der Verordnung vorschwebte. Aber die für mich spannendere Frage ist eben die, ob wir in den praktisch relevanten Fällen nicht mit der Konzernleitungsmacht weiterkommen.

Dann nur noch ein ganz kurzes Wort: Ich bin nicht überzeugt, dass man durch den bloßen Hinweis auf das Repräsentationsprinzip diese Sache im Sinne einer Mindestzahl öffnen kann. Ich würde dem nicht folgen, weil das für mich ein viel zu abstraktes Prinzip ist, um so konkrete Folgen abzuleiten. Wie groß der Aufsichtsrat in einem Konzern mit X-Gesellschaften oder Y sein muss, das kann man daraus in keiner Weise entnehmen. Dass es natürlich eine Repräsentation gibt, das ist richtig. Aber ich würde diese Folge nicht ableiten wollen, sondern bei meiner These bleiben.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

- 151 Im Arbeitsrecht gibt es diese Figur des gemeinsamen betriebsverfassungsrechtlichen Verhandlungspartners schon ganz lange. Da gibt es auch eine ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass die Konzernleitungsmacht als solche keinen Gemeinschaftsbetrieb konstituiert. Wenn zwei Konzerngesellschaften zusammen eine betriebsverfassungsrechtliche Einheit schaffen wollen, müssen sie erst einmal konstitutiv nach außen diesen Gemeinschaftsarbeitgeber als BGB-Gesellschaft bilden. Sonst sind sie nicht handlungsfähig. Das Modell einfach auf die Konzernleitungsmacht zurückzuführen, würde letztlich die Konzernmutter an die Stelle der rechtlich selbständigen Töchter setzen. Das steht aber, mit Verlaub, weder im deutschen Recht noch im SEBG. Da steht: die Leitungen – und

zwar auch dann, wenn es Unternehmen desselben Konzerns sind. Das heißt, sie sind zunächst einmal rechtlich selbständig. Damit sie zu einer Einheit kommen, damit sie nach außen eine Mitbestimmungsvereinbarungs-Vertragsschlusserklärung abgeben können, müssen sie zu einer einheitlichen Willensbildung imstande sein. Oder wäre dann die Alternative, sich die Mitbestimmungsvereinbarung als dreiseitigen Vertrag vorzustellen? Arbeitgeber 1, Arbeitgeber 2 und BVG. Und die beiden Arbeitgeber sind unkoordiniert. Das passt wieder nicht so richtig zur mitbestimmungstypischen Bipolarität, die versucht, die beiden „Lager“ jeweils zu einer Einheit zusammenzufassen. Es müssen auch die beiden Arbeitgeber in den Verhandlungen eine einheitliche Position einnehmen. Sonst hätte jedes Tochterunternehmen, soweit es nicht durch Weisungen intern zur Raison gebracht wird, die Möglichkeit, einfach einmal Nein zu sagen, ohne sich mit dem anderen Arbeitgeber auseinander zu raufen. Hier einen Blick auf ganz gewachsene betriebsverfassungsrechtliche Strukturen zu werfen, die diese Fragen schon seit fast 20 Jahren diskutieren, wäre ganz hilfreich.

Professor Dr. Christoph Teichmann, Julius-Maximilians-Universität Würzburg:

Ich kann direkt daran anschließen. Ich fand die Ausführungen zur normativen Funktion des Vertrags sehr erhellend. Da haben wir von den Arbeitsrechtlern zu lernen, wie so etwas funktionieren kann, wie man so etwas rechtlich einordnen kann. Ich wollte gern die Frage, wie das Mitbestimmungsstatut – wenn es in der Vereinbarung eines gibt – zur Satzung steht, vielleicht noch ein bisschen weiter denken und zur Diskussion stellen. Sie hatten gesagt, dass eine Verpflichtung begründet wird. Wenn man also beispielsweise hineinschreibt, der Aufsichtsrat wird zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen, dann begründet das eine Verpflichtung, gegebenenfalls die Satzung anzupassen, falls sie etwas anderes sagt. Ich frage mich, wer ist dazu jetzt verpflichtet? Sie haben es eben angesprochen. Wir sind noch im Gründungsstadium, wir haben noch gar keine SE. Wir haben beispielsweise zwei Aktiengesellschaften, eine englische, eine deutsche. Die haben das ausverhandelt. Kann ich die Unternehmen darauf verklagen, die Satzung zu ändern? Das können Sie wieder nicht ohne Ihre Hauptversammlung. Wenn die Hauptversammlung aber den Nichtbeschluss fasst, wie Sie das in Ihrem Skript ausgedrückt haben, wenn sie sagen: „Nein, dann wollen wir lieber keine SE“, dann ist es vorbei. Dann gibt es keine Verpflichtung, die Sie irgendwie einfordern könnten. Dass die Hauptversammlung vorher möglicherweise schon beschließt, ist ja eine Frage der zeitlichen Abfolge, das hatten wir ja schon besprochen. Sie kann auch danach beschließen oder kann sich sogar einen zweiten Beschluss vorbehalten. Das heißt, bis zum Schluss hat die Hauptversammlung die völlige Freiheit, das Ganze wieder abzublasen. Und das lässt für mich die Frage immer noch offen erscheinen, welchen normativen Charakter das hat? Wenn ich es jetzt aus gesellschaftsrechtlicher Sicht in dem Bereich

sehe, der auf die Unternehmensverfassung Einfluss hat, kann man es sicherlich nicht als rein schuldrechtlich betrachten. Wohl erst mit Eintragung der SE kann überhaupt eine Rechtswirkung festgestellt werden. Mein Ansatz wäre zu sagen: Das ist eine Vorbereitung, genau so wie bei einer gesellschaftsrechtlichen Gründung auf der grünen Wiese. Erst einmal wird eine Satzung geschrieben. Und wenn hinterher die Eintragung scheitert, hat man eben keine Gesellschaft und auch keine Satzung. Wenn es aber klappt, ist die Eintragung konstitutiv. Dann stellt sich die Frage, was ist, wenn nach der Eintragung die Satzung der Vereinbarung widerspricht? Hat dann diese Änderung, die nach Art. 12 Abs. 4 SE-Verordnung gefordert ist, deklaratorische oder konstitutive Wirkung? Meines Erachtens kann man aus der Verordnung gar nichts herauslesen. Sie haben den Aspekt der Rechtssicherheit angesprochen. Vielleicht könnte man sagen, es hat deswegen konstitutive Wirkung. Da bin ich völlig ratlos. Ich wollte aber einmal diese verschiedenen Schritte aufzeigen.

Volker Rieble:

- 153 Worin wir sofort Übereinstimmung erzielen können ist, dass die Mitbestimmungsvereinbarung ein Organisationsstatut mitbestimmungsrechtlicher Art für eine künftige Gesellschaft herstellt. Solange diese Gesellschaft nicht durch Eintragung errichtet ist, gibt es sie nicht. Dann fehlt der Regelung das Substrat. Sie ist gegenstandslos. Deswegen kann es auch keine normative Verpflichtung zur Errichtung der SE geben. Bis zur Eintragung kann jederzeit die Leitung oder auch die Hauptversammlung, wenn sie noch dazu in der Lage ist, die Reißleine ziehen und sagen: „Jetzt ist aber Schluss. Den Quatsch machen wir nicht mit, dann machen wir lieber eine Aktiengesellschaft mit wunderbarer deutscher Mitbestimmung. Da wissen wir wenigstens, was wir haben.“ Das ist vollkommen klar. Die SE-Mitbestimmungsvereinbarung kann ihre normative Wirkung ab Eintragung erzeugen. In dieser Sekunde konstituiert sie den SE-Betriebsrat unmittelbar und zwingend, es gibt keinen Weg daran vorbei, bis die Vereinbarung geändert wird. Sie erzeugt aus meiner Sicht die schuldrechtliche Verpflichtung der SE, die dann existiert, durch ihre satzungsgemäßen Organe. Da das deutsche Recht von dieser Vollzugsbefugnis des Vorstands in der SE-VO keinen Gebrauch gemacht hat, ist es eben die Hauptverhandlung. Dann ist die Hauptverhandlung verpflichtet, diese Satzungsänderung zu vollziehen. Das ist natürlich ein gewisses Problem der Vollstreckung. Wer darf denn klagen, wer hat das subjektive Recht auf diese Satzungsänderung? Ich habe, anders als bei Tarifverträgen, keine rechtsfähige Gewerkschaft, die außen steht. Das BVG als Vertragspartei ist mit der Eintragung schon längst erloschen. Also kann es nur der SE-Betriebsrat sein. Denn er ist der einzige Überlebende des Verhandlungsmassakers auf Arbeitnehmerseite. Würde man sagen, dass es nicht passe, dass der SE-Betriebsrat schuldrechtliche Rechte aus dieser Mitbestimmungsvereinbarung ableitet, würde man letztlich sagen: „Ich habe Rechte aber keinen

Berechtigten.“ Das sind keine Rechte. Das wäre auch aus meiner Sicht nicht vereinbar mit der Beteiligungsrichtlinie, denn nach europäischem Recht muss immer alles möglichst effektiv sein. Deswegen bleibt aus meiner Sicht nichts übrig, als dem SE-Betriebsrat aus der Vereinbarung einen Vollzugsanspruch gegen die Gesellschaft zu vermitteln. Das ist eine unvertretbare Handlung und dann wissen Sie auch schon, wie es vollstreckt wird. Das Ganze läuft über die Arbeitsgerichte, das hat Herr Wißmann ganz richtig in der Festschrift Richardi herausgearbeitet. Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren muss auch so sein, weil der SE-Betriebsrat als betriebsverfassungsrechtliche Einheit gar nicht partei- oder beteiligtenfähig in anderen Verfahren ist. Weder im Registerverfahren – OLG Naumburg – noch gar im Urteilsverfahren. Das kann nur im Beschlussverfahren laufen und dort habe ich selbstverständlich die ganz normalen Zwangsmittel zur Hand. Daneben bleibt es dem Registerrichter unbenommen, eine Satzung, die nicht der Verpflichtung auf die Mitbestimmungsvereinbarung genügt, zu beanstanden. Ich habe noch registerrechtlich beschränkte Möglichkeiten. Aber mehr ist es dann auch nicht. Ich meine, das ist die notwendige Erkenntnis, wenn ich nicht will, dass die Mitbestimmungsvereinbarung unmittelbar die Satzung ändert. Das wollte der Regelungsgeber garantiert nicht, sonst hätte man ja nicht dieses Anpassungserfordernis erfunden. Dann bleibt nur, einen Vollzugsmechanismus zu finden. Der führt zu der etwas langwierigen Zwangsvollstreckung über unvertretbare Handlungen. Sie können auch schwerlich § 894 ZPO analog anwenden und mit der Verurteilung durch das Arbeitsgericht den Hauptversammlungsbeschluss zur Satzungsänderung fingieren. Da hätte ich schwerste Bedenken.

Professor Dr. Martina Benecke, Universität Augsburg:

Mir ist bei dem, was Sie gerade gesagt haben, noch etwas anderes aufgefallen. Diese Mitbestimmungsvereinbarung ist offenbar etwas, das ich bislang immer nur von den zehn Geboten angenommen habe: Ein ewiges Normensystem, da es das Verhandlungsgremium nicht mehr gibt. Alles kann man ändern, man kann Verfassungen ändern, man kann Gesetze ändern, man kann Verträge kündigen oder abändern, aber wenn es kein Verhandlungsgremium mehr gibt, kann man das nicht ändern. Also es gibt zum 250-jährigen Firmenjubiläum der SE immer noch dieselbe Vereinbarung, auch wenn alle denken, dass es inzwischen Unsinn ist bzw. sich vielleicht eine ganz andere herrschende Meinung herauskristallisiert hat, als die, von der man heute ausgeht. Man kann sicherlich die ganze SE kippen und sie neu gründen, um eine neue Vereinbarung zu treffen. Gibt es vielleicht einen vertragsgestalterischen Weg, damit umzugehen? Dass man beispielsweise sagt, wir behalten uns vor, mit dem Betriebsrat etwas Neues zu vereinbaren oder Ähnliches.

Volker Rieble:

- 155 Das folgt eigentlich schon aus dem § 26 Abs. 2 SEBG. Für die Auffanglösung ist dort schon gesagt, dass der SE-Betriebsrat praktisch Rechtsnachfolger des Verhandlungsgremiums ist. Das BVG hat nur so eine Erstanstufungsfunktion, weil davor niemand existiert, der für die europäische Belegschaft agieren kann. Aber dann gibt es den SE-Betriebsrat. Ein Problem gibt es nur, wenn der SE-Betriebsrat seinerseits auf einer unwirksamen Vereinbarung beruht. Und dann stellt sich das schwere Problem, ob der unwirksam oder anfechtbar gewählte SE-Betriebsrat wirklich legitimiert sein kann, sich seinen eigenen Legitimationsboden zu schaffen. Das ist so ein bisschen zirkulär. Aber im Normalfall wird man sagen können, dass der SE-Betriebsrat grundsätzlich die Vertragsänderungskompetenz hat. Das passt dann im Übrigen auch schön dazu, dass er die Vollzugskompetenz hat.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

- 156 Herr *Rieble*, Sie haben eben in aller Deutlichkeit die ungeheure Vielzahl der möglichen Fehlerquellen aufgezeigt: Stichwort: Information, Stichwort: Zusammensetzung des BVG; und dann auch die Fragen, wie die Vereinbarung abgeschlossen wird. Im Referat tauchte es allenfalls am Rande auf, vielleicht wird es in der schriftlichen Fassung deutlicher: Wie sieht es mit Heilungsmöglichkeiten aus? Wir müssen doch wahrscheinlich Instrumente entwickeln, wie es gelingt, zumindest Fehler, die sich nicht ergebnisrelevant auswirken, als unbeachtlich zu erklären oder doch zumindest nach einer gewissen Zeit zur Rechtssicherheit zu gelangen. Ich blicke einmal als Parallele für entsprechende Gedanken auch in unser Betriebsverfassungsrecht. Dort gibt es die Anfechtung innerhalb kurzer Fristen und wenn das nicht geschieht, werden bestimmte Fehler geheilt. Im Aktienrecht haben wir ähnliche Vorschriften. Vermutlich gibt es keine hinreichenden Anhaltspunkte in den unmittelbaren normativen Vorgaben. Die Frage wäre, wies es gelingt, vielleicht auch rechtsvergleichend, zu Instrumenten zu kommen, die es erlauben, nicht in ständiger Rechtsunsicherheit zu leben?

Volker Rieble:

- 157 Ich glaube, Herr *Krause*, das leistet schon die Analogie zur Wahlanfechtungsvorschrift des § 37 SEBG. Wenn das Besondere Verhandlungsgremium in seiner Erst- oder Urwahl anfechtbar ist, dann bedeutet die Beschränkung auf die Anfechtung zweierlei: Erstens, das Gremium ist, jedenfalls vorläufig, im Amt und zwar mit allen Befugnissen, auch wenn die Zusammensetzung fehlerhaft ist. Zweitens: Wenn die Anfechtungsfrist von einem Monat, also nicht zwei Wochen wie im BetrVG, verstrichen ist,

habe ich genau die von Ihnen begehrte Heilung. Das ist auch relativ geschickt, denn normalerweise wird es so sein, dass die Querulanten das BVG dann anzugreifen suchen, wenn die Verhandlungen nicht zum gewünschten Ergebnis gefunden haben. Die Wahlanfechtungsfrist beginnt nach der erstmaligen konstituierenden Sitzung des BVG zu laufen. Ab dann haben Sie noch einen Monat. Bis dahin sind die Verhandlungen jedoch nicht abgeschlossen. Übrigens, selbst wenn man schon handelseinig ist, sollte man noch einen Tag länger warten, um jedem denkbaren Anfechtungsberechtigten dieses aus der Hand zu schlagen. Damit ist Ihrem Anliegen vollständig Rechnung getragen. Das eigentliche Problem ist eher die Doppelnatur des vorgeschalteten Informationsverfahrens. Das ist erstens fristauslösend und zweitens verfahrenskonstituierend. Man sollte nicht auf die Idee kommen, die Wahl werde vielleicht durch Nichtanfechtung geheilt, aber die Frist habe trotzdem nie zu laufen begonnen. Deswegen gibt es keine Auffanglösung. Die Informationspflicht steht im Dienst der wirksamen Errichtung. Wenn das BVG einmal wirksam errichtet ist, ist der Fristablauf nicht mehr zu bestreiten. Ich koppele einfach die erste Zehn-Wochen-Frist von der zweiten Sechs-Monats-Frist ab. Die zweite Sechs-Monats-Frist zu den Verhandlungen wird dadurch in Gang gesetzt, dass ein funktionsfähiges (wenn auch anfechtbar gewähltes) BVG seine Arbeit aufnimmt. Dann verhindere ich den räuberischen Arbeitnehmer, der den räuberischen Aktionär begleitet, um noch ein bisschen Geld dafür herauszuschlagen, dass er seine Informationsmängelklage zurücknimmt.

Dr. Martin Kraushaar, Führungskräfte Chemie VAA:

Ich habe mit großem Interesse Ihre Ausführungen zur Rechtsnatur verfolgt und auch, soweit ich konnte, quer gelesen. Ich freue mich besonders, dass Sie den Begriff der Wesentlichkeitstheorie aufgegriffen haben. Vor dem Hintergrund Ihrer Ausführungen möchte ich fragen: Wie muss man sich denn die Inhaltskontrolle zum Beispiel in Bezug darauf, ob alle wesentlichen Fragen geregelt sind, vorstellen? Die Initiative für eine solche Inhaltskontrolle auf Arbeitnehmerseite würde kaum von dem SE-Betriebsrat als Ganzem ausgehen. Der SE-Betriebsrat als Ganzer hat im Zweifel die Verhandlungen mit getragen. Das sind häufig dieselben Personen. Es wird also immer auf Arbeitnehmerseite um einen Teil gehen, möglicherweise Teilbelegschaften, die sich ausgegrenzt fühlen. Sehen Sie Rechte, ein solches Inhaltskontrollverfahren einzuleiten, um Dinge durchzusetzen, die dann möglicherweise als wesentlicher Bestandteil in einer Mitbestimmungsvereinbarung geregelt werden müssten, damit sie akzeptiert werden kann? 158

Volker Rieble:

- 159 Jetzt muss ich ganz kurz erklären, worauf Ihre Frage zielt, weil ich ja diesen Teil nicht vorgetragen habe. Es ist immer so, dass ich mehr Ideen als Zeit habe. Das ist aber besser als umgekehrt. Die Wesentlichkeitstheorie fußt auf folgender Erwägung: Die Parteien der Mitbestimmungsvereinbarung haben eine Regelungslast, wollen sie die Auffanglösung vermeiden. Sie können sich, das ist das ausdrückliche Angebot, es einfach machen und sagen: „Wir wählen die Auffanglösung als Vereinbarungslösung.“ Wenn sie aber etwas anderes wollen, dann müssen sie ein System schaffen, das aus sich heraus hinreichend funktioniert. Einige Ideen, die ich schon bei Anwälten gehört habe, wie z.B. nur das Unstreitige zu verhandeln und alles Streitige später durch den Arbeitsdirektor mit dem geschäftsführenden Ausschuss des SE-Betriebsrats regeln zu lassen, genügen der Regelungsobliegenheit nicht. Damit ist die Vereinbarung insgesamt weg und es greift die Auffanglösung. Das ist nicht zu vermeiden. Jetzt natürlich die Frage: Wenn ich ganz allgemein zur Inhaltskontrolle komme und mir überlege, eine Mitbestimmungsvereinbarung regelt Dinge, die sie überhaupt nicht regeln darf, von mir aus, den Zustimmungsvorbehalt. Da glaube ich auch, das geht nicht. Oder sie verstößt gegen inhaltliche Schranken, z.B. selbst wenn man Zustimmungsvorbehalte für zulässig hält, dürften sie doch sicherlich kein Vetorecht begründen, weil die SE-VO das strukturelle Übergewicht vorsieht. Deswegen ginge z.B. das VW-Mitbestimmungsgesetz mit dieser Zweidrittelmehrheit in der SE gewiss nicht. Dann wäre die Frage eines inhaltlichen Verstoßes gegen ein vorrangiges Recht. Oder wer kann auch Willensmängel geltend machen? Wer kann denn geltend machen, dass die Mitglieder des Vorstands bei der Fassung des Vorstandsbeschlusses vor lauter Glück so betrunken waren, dass sie den Zustand der absoluten Geschäftsunfähigkeit des § 105 Abs. 2 BGB erreicht haben, um einmal ein akademisches Beispiel zu wählen? Das hängt davon ab, wer betroffen ist. Einen gewissen Hinweis liefert uns das Arbeitsgerichtsgesetz mit Blick auf die Beteiligtenstellung. Es kommt nur darauf an, wer von dieser Organisationsvereinbarung betroffen sein kann. Man könnte natürlich überlegen: Die armen, ausgegrenzten leitenden Angestellten sind eigentlich immer betroffen. Das ist aber natürlich nicht konkret genug. Sie brauchen ein konkretes Rechtsschutzbedürfnis. Das heißt der Sprecherausschuss kann die Mitbestimmungsvereinbarung nur dann angreifen, wenn es für die von ihm repräsentierte Gruppe der leitenden Angestellten ohne die Mitbestimmungsvereinbarung, also in der Auffanglösung, irgendetwas gäbe, was es so nicht gibt. Das kann vor allem der Leitendenvertreter im Aufsichtsrat sein, sofern er in der Auffanglösung überhaupt noch vorgesehen ist. Das hängt wiederum von der Größe ab. Aber wenn ich das klassische System habe – Drittelbeteiligung – dann ist es völlig unerheblich, ob die Mitbestimmungsvereinbarung wirksam ist oder nicht. Für Leitende kann sowieso nie etwas dabei herauspringen. Dann haben sie auch kein Mandat, da hineinzugrätschen. Einziges kleines

Gegenargument, das ich mir auch sofort selber mache, ist die betriebsverfassungsrechtliche Seite. Wenn der SE-Betriebsrat unwirksam oder fehlerhaft errichtet ist, dann vertritt er auch die leitenden Angestellten. Das steht im SEBG oder im Arbeitnehmerbegriff ausdrücklich drin. Aber dann womöglich fehlerhaft. Jetzt ist die Frage, ob man aus dem Wahlvorschlagsrecht des Sprecherausschusses im BVG-Errichtungsverfahren ableiten möchte, dass der Sprecherausschuss – und nur er, nicht etwa ein einzelner leitender Angestellter – das Recht hat, diese Vereinbarung für alle Zukunft kontrollierend zu begleiten. Ich möchte das verneinen. Das SEBG macht deutlich, dass die echte Aktivbefugnis für die Verhandlungen nicht mehr im Sprecherausschuss sitzt. Der Sprecherausschuss hat nur ein vollkommen untergeordnetes Vorschlagsrecht, aber keine eigenständigen Verfahrensbefugnisse. Die leitenden Angestelltenvertreter im BVG sind vom Sprecherausschuss nicht gewählt, der schlägt sie nur vor. Das heißt, die Herrschaft über das Verhandlungsverfahren liegt bei den Betriebsräten und nicht bei den Sprecherausschüssen. Dem entspricht es nicht zu sagen: „Ich habe deutlich weiter reichende Kontrollbefugnisse.“ Der Sprecherausschuss ist schon in der deutschen Betriebsverfassung und erst recht im SEBG eine Arbeitnehmervertretung zweiter Klasse. Das tut mir jetzt Leid, das den anwesenden Leitenden sagen zu müssen. Aber man kann das dem SEBG schon relativ deutlich entnehmen, wollen wir nicht zu einer Popularklage kommen. Die Bayern mögen ja Popularklagen, aber dem deutschen Recht sind sie sonst eher fremd.

Martin Kraushaar:

Nur weil ich die Frage jetzt zugegebenermaßen natürlich auch aus Sicht der leitenden Angestellten gestellt habe, war sie dennoch nicht so begrenzt gemeint. Ich bin von Ihren Überlegungen ausgegangen. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, sagen Sie, dass aus der Rechtsnatur dieses Kollektivvertrags mit normativer Wirkung auch Folgen für die Inhaltskontrolle zu ziehen sind. Der Maßstab der Inhaltskontrolle muss der allgemeine Gleichheitssatz sein. Heißt es dann nicht in der notwendigen Konsequenz, dass diese Vereinbarung aus der Rechtsnatur folgend selbst regeln muss, dass sie einer Inhaltskontrolle zugeführt werden kann? Von allen, die potenziell Interesse an einer solchen Inhaltskontrolle haben können? Die Konstellation mit den leitenden Angestellten und dem Sprecherausschuss aus deutscher Sicht haben wir gerade durchdekliniert. Das ist aber nicht darauf beschränkt. Deswegen habe ich so aufgemerkt, weil Sie von der Wesentlichkeitstheorie schreiben, die ich an dieser Stelle absolut unterstütze. Aber das hieße doch konsequenterweise, dass Mitbestimmungsvereinbarungen, die die Pluralität einer solchen Gesamtbelegschaft – Teilbelegschaften eingeschlossen – nicht ausreichend berücksichtigen, in sich nicht ausreichend geregelt sind. Das ist einfach nur die logische Schlussfolgerung aus dem, was ich bei Ihnen lese. Und da wollte ich noch einmal fragen, ob Sie das auch so sehen. Das würde bedeuten, dass alle Mitbe-

stimmungsvereinbarungen, die wir im Moment haben, noch um eine ausdrückliche Regelung möglicher Wahlanfechtungskonstellation ergänzt werden müssten. Sie haben ja, wenn ich Sie richtig verstanden habe, vorher auch gesagt, dass der SE-Betriebsrat quasi eine Rechtsnachfolgerstellung bekommt.

Volker Rieble:

- 161 Vertragskontrolle ist ein externer Zugriff der Rechtsordnung auf einen autonomen Inhalt, der der Rechtsordnung nicht passt. Dementsprechend kann der materielle Maßstab der Vertragskontrolle niemals von den Vertragsparteien selbst definiert werden. Das gilt natürlich auch für die Kontrollrechte. Die Befugnis ist genau der Unterschied zwischen einem Kollektivvertrag und einem normalen Individualvertrag. Wenn Sie und ich einen Kaufvertrag über eine Tüte Gummibärchen abschließen, können nur wir beide den anfechten oder die Unwirksamkeit feststellen lassen. Das Typische bei Kollektivverträgen ist hingegen, dass eine Vielzahl von Arbeitnehmern Normen unterworfen ist, weswegen es weiter reichende Kontrollrechte gibt oder zumindest geben kann. Welche das sind, muss aber die Rechtsordnung definieren. Niemals ist es Aufgabe der SE-Mitbestimmungsvereinbarungen selbst zu sagen, wer sie kontrollieren darf. Das ist die notwendige Konsequenz dahin, dass die Kontrolle von außen kommt. Da stimme ich Ihnen völlig zu. Es ist in der Tat ein großes Problem. Wenn man sich überlegt, nicht nur den SE-Betriebsrat, der natürlich nicht an seiner eigenen Existenz rütteln möchte, und den Arbeitgeber, der in demselben Kuschelkurs mit drin sitzt, für antragsbefugt zu halten, kann man nur überlegen, inwiefern das nationale Belegschaftsvertreter sein können. In der Betriebsverfassung haben wir wenigstens die Möglichkeit, dass ein Viertel der Belegschaft einmal etwas nach § 23 BetrVG macht. Darüber wird man nachdenken müssen. Aber dann kann ich nur auf das BVG-Errichtungsverfahren gehen. Da fallen mir nur die nationalen Arbeitnehmervertretungen ein. Das sind nach deutschem Recht nur die Betriebsräte und nicht die Sprecherausschüsse. Der einzelne Arbeitnehmer ist sicherlich nicht dazu berufen, die SE-Mitbestimmungsvereinbarung auf ihre Wirksamkeit kontrollieren zu lassen. Es zeigt sich auch hier, dass das Gesetz nicht wirklich durchdacht ist. Man hat über die klassischen, systematischen Vorgehensweisen – ein Vertrag kann auch einmal unwirksam sein und irgendwer darf das dann vielleicht auch einmal geltend machen – nicht nachgedacht. So ist es, wenn man erst Gesetze macht und dann nachdenkt. Besser wäre es andersherum. Aber das kann man heute wohl nicht mehr erwarten.

§ 4 Sozialpartnerschaftliche Mitbestimmungsverhandlungen in der BASF SE

Rn.

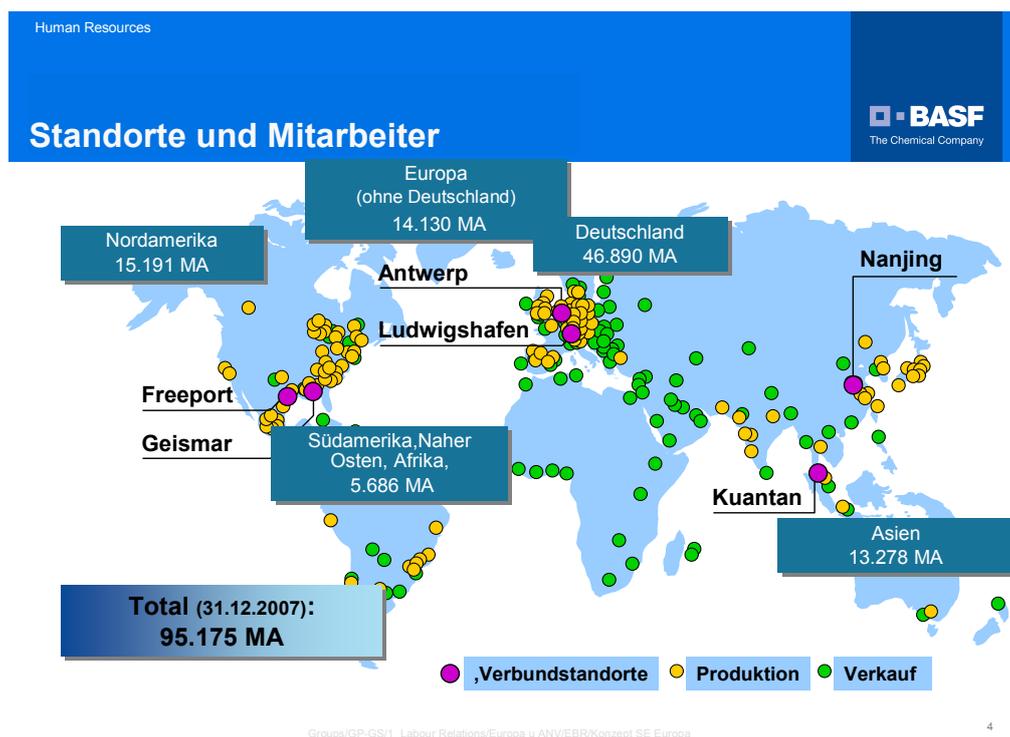
A. Referat Volkmar Oberklus	1
I. Das Unternehmen	1
II. Umwandlung in eine Societas Europaea (SE)	2
III. Prozessverlauf	5
IV. Grundsätze für eine sozialpartnerschaftliche Verhandlung	14
1. Alternierender Verhandlungsvorsitz	30
2. Zeitplan	31
3. Vertraulichkeit	32
4. Erstellung gemeinsamer Protokolle	33
5. Übersetzung von Protokollen	34
6. Übersetzung der Vereinbarungsentwürfe	35
V. Inhalte der BASF SE Beteiligungsvereinbarung	38
VI. Zusammenfassung	41
B. Diskussion	44

A. Referat Volkmar Oberklus*

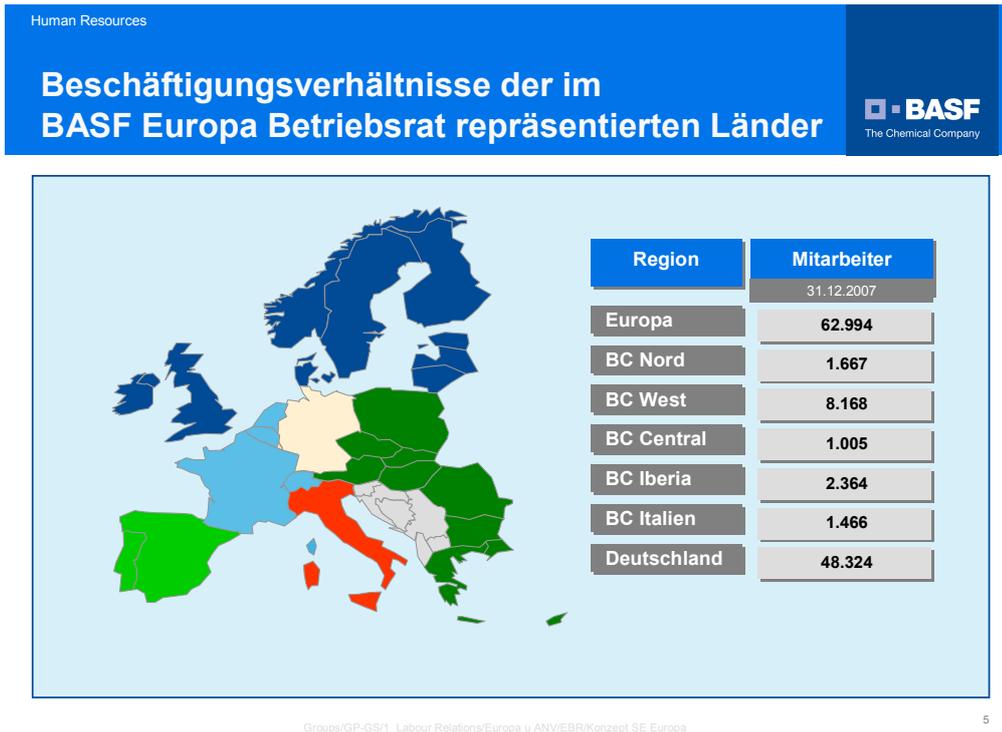
I. Das Unternehmen

- 1 Die BASF ist die weltweit größte Chemiegesellschaft. Sie hat 2007 einen Umsatz von 58 Mrd. € und dabei ein Ergebnis (EBIT) von 7,3 Mrd. € verzeichnet. Weltweit hat die BASF, Stand Dezember 2007, 95.175 Mitarbeiter beschäftigt. In 41 Ländern hat die BASF Produktionsstätten, wobei es sechs sog. Verbundstandorte gibt. Die Lage der Verbundstandorte sowie die Verteilung der Mitarbeiter über die Regionen, hier insbesondere die Verteilung der in Europa beschäftigten Mitarbeiter auf die sog. Business Center (BC), zeigen die folgenden Schaubilder.

Schaubild Nr. 1



* Dr. Volkmar Oberklus, Leiter Labour Relations, Strukturveränderung der BASF SE.

Schaubild Nr. 2**II. Umwandlung in eine Societas Europaea (SE)**

Voraussetzung für die Eintragung einer Europäischen Aktiengesellschaft in das Handelsregister ist das Bestehen einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer, vgl. Art. 16 Abs. 1, Art. 12 Abs. 2 der Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE, SE-VO). Diese Voraussetzung kann gemäß des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG) auf mehrere Arten erfüllt werden:

- Abschluss einer Vereinbarung, § 21 SEBG, oder
- Vereinbarung der gesetzlichen Auffangregelung, § 22 Abs. 1 Ziffer 1 SEBG, oder
- automatisches Inkrafttreten der Auffangregelung nach Ablauf der zulässigen Verhandlungszeit, § 22 Abs. 1 Ziffer 2 SEBG.

Für die BASF AG stand zu Beginn des Prozesses fest, dass der Vereinbarungslösung der Vorzug gehört. Nur mit dem Abschluss einer ausgehan-

delten Vereinbarung sind die Ziele einer auf die Situation des Unternehmens zugeschnittenen Regelung zu erreichen.

- 4 Der Beitrag beschreibt die Vorgehensweise bei der Vorbereitung und Durchführung der Verhandlungen. Die wesentlichen Inhalte der BASF SE-Beteiligungsvereinbarung werden kurz dargelegt, um die Beziehungen von Voraussetzungen, Vorgehensweise und Ergebnis einzuordnen.

III. Prozessverlauf

- 5 Die Beteiligung der Sozialpartner ist im Prozessverlauf unterschiedlich intensiv gewesen.
- 6 Der Prozess der Bildung der BASF SE lässt sich in sieben Phasen einteilen:
 - Phase eins (Dezember 2006 bis Februar 2007) wurde bestimmt durch die Erstellung von Umwandlungsplan, Umwandlungsbericht und neuer Satzung der BASF SE. Inhaltliche Bearbeitung und Steuerung erfolgte durch die Rechtsabteilung des Unternehmens.
 - 7 • Phase zwei (Februar bis März 2007) betraf die Beschaffung von Daten über Mitarbeiter (ca. 62.000 Mitarbeiter) und Gesellschaften (ca. 170 Gesellschaften). Diese war notwendig, um die Voraussetzungen für die Information aller Arbeitnehmer in Europa in ihrer jeweils richtigen Gesellschaft unter Berücksichtigung der richtigen Arbeitnehmervertretung zu schaffen, vgl. § 4 Abs. 2 und 3 SEBG.
 - 8 • Phase drei (März 2007) befasste sich dann mit der durch das SEBG vorgeschriebenen Information aller Arbeitnehmer in Europa über die vorgesehene Umwandlung der BASF AG zur BASF SE. Hauptakteur in den Phasen zwei und drei war hier, neben den Personalabteilungen in den europäischen Ländern, die zentrale Personalabteilung.
 - 9 • Mit der Versendung des sog. Arbeitnehmerinformationsschreibens durch das Unternehmen wurde Phase vier (März bis Juni 2007) zur Bildung des „Besonderen Verhandlungsgremiums“ eingeleitet. In dieser Phase waren auch die Arbeitnehmervertretungen stark eingebunden, da ihnen die Verantwortung oblag, die für das Besondere Verhandlungsgremium notwendigen (Ur-) Wahlen bzw. Bestellungen über die legitimierten Arbeitnehmervertretungen oder Gewerkschaften zu initiieren und zu begleiten. Die jeweils richtige Vorgehensweise richtete sich nach den jeweiligen nationalen Gesetzen zur Beteiligung der Arbeitnehmer. Die mit dem Arbeitnehmerinformationsschreiben eingeleitete Zehn-Wochen-Frist gemäß § 11 Abs. 1 SEBG und damit der Abschluss der Wahlen bzw. Benennungen wurde mit der konstituierenden Sitzung des Besonderen Verhandlungsgremiums Anfang Juni 2007 beendet. Das Besondere Verhand-

lungsgremium der Arbeitnehmer bestand aus 29 Vertretern aus 22 Ländern.

- Phase fünf (Juni bis November 2007) betraf die Verhandlungsvorbereitung und die Verhandlungen zwischen Unternehmen und Besonderem Verhandlungsgremium. Dies war die intensivste Phase der Beteiligung der Sozialpartner. 10
- Mit der Vorbereitung der formalen Voraussetzungen und der Eintragung der SE in das Handelsregister am 14.1.2008 schloss sich Phase sechs (Dezember 2007 bis Januar 2008) an und wurde durch die Rechtsabteilung des Unternehmens betraut. 11
- Phase sieben (Januar bis April 2008) leitete die Wahl der ersten Vertreter des BASF Europa-Betriebsrats auf der Basis der getroffenen Festlegungen in der BASF SE-Beteiligungsvereinbarung ein. In dieser Phase waren die lokalen Sozialpartner die Hauptakteure. Ihren Abschluss fand diese Phase mit der Ersten konstituierenden Sitzung des BASF Europa-Betriebsrats im April 2008. Der BASF Europa-Betriebsrat besteht aus 23 Vertretern aus 12 Ländern. 12

Siehe zu dem Zeitplan der Umwandlung und der Beteiligten die folgenden Schaubilder drei bis fünf. 13

Schaubild Nr. 3

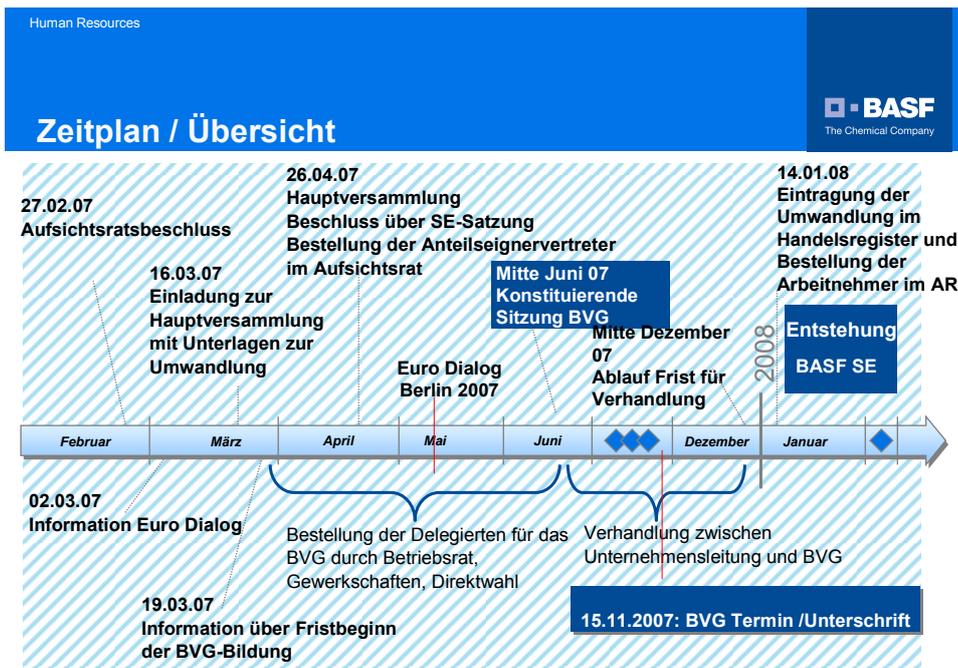
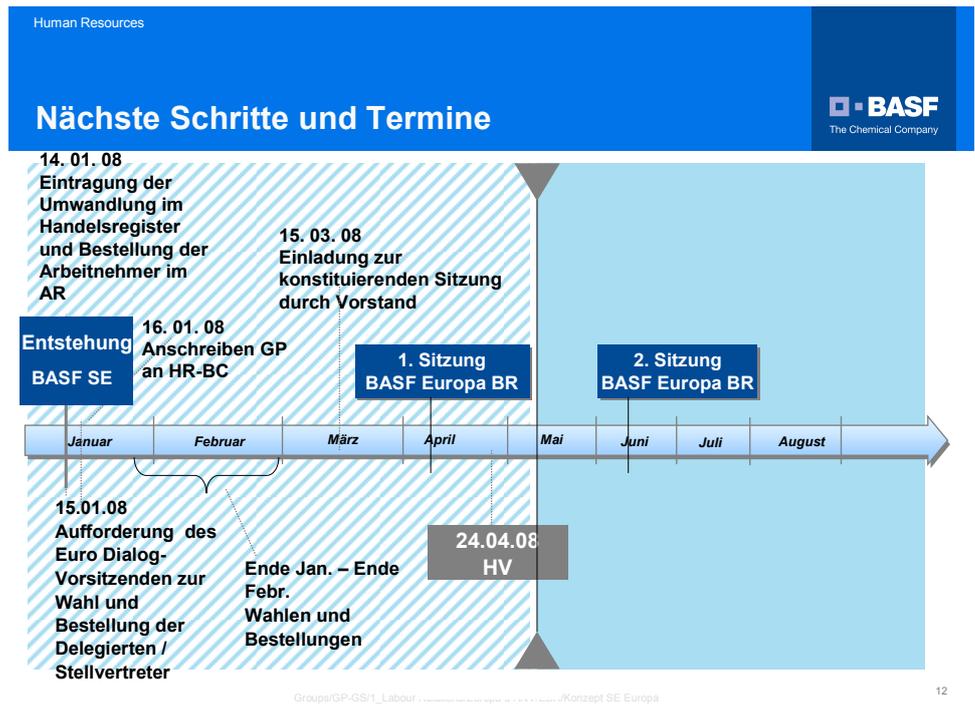


Schaubild Nr. 4



12

Schaubild Nr. 5



3

IV. Grundsätze für eine sozialpartnerschaftliche Verhandlung

Für die erfolgreiche Vorbereitung und Durchführung der Verhandlungen waren fünf Grundsätze für eine sozialpartnerschaftliche Verhandlung ausschlaggebend:

GRUNDSATZ 1: Gleiches Verständnis bei der Zielausrichtung 15

Das grundsätzlich gleiche Verständnis über die Zielausrichtung ist im Rahmen gesetzlich Ermöglichter, aber auch notwendiger Verhandlungen ein wesentlicher Erfolgsfaktor.

- Entscheidender Faktor ist die Sozialpartnerschaft in der chemischen Industrie. Als die Sozialpartnerschaft ausmachenden Bestandteile sind zu nennen: stetiger Dialog als Ausdruck des BASF-Grundwertes „Gegenseitiger Respekt und offener Dialog“ und die darauf aufbauende Leitlinie „vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmervertretungen“. Dazu kommen Konsensorientierung, Zukunftsorientiertheit, Betonung gemeinsamer Ziele sowie Realismus durch die Akzeptanz nicht beeinflussbarer Parameter. 16
- Weiterhin ist der gemeinsame Wille zu einer Verhandlungslösung zu nennen. Gerade im Ringen um die Lösung von Einzelfragen ist es entscheidend, dass Verhandlungspartner nicht mit der gesetzlichen Auffanglösung „drohen“, sondern dass sie in allen Phasen der Verhandlung erkennen lassen, dass sie einer spezifischen, den Interessenlagen der Mitarbeiter und des Unternehmens entsprechenden Lösung den Vorzug geben wollen. Für das Verständnis sowie den Erhalt der gemeinsamen Zielausrichtung während der Dauer der Verhandlungen, ist daneben auch die Einbindung von **keyplayern** (Gewerkschaft, Vorstand, Aufsichtsrat) eine fördernde Randbedingung. 17
- Bei der Frage der Reichweite arbeitnehmerseitiger Mitwirkung und Mitbestimmung ist nicht überraschend, dass die Interessen von Sozialpartnern unterschiedlich sind. Doch auch wenn die Beweggründe des Unternehmens sowie die Intentionen der Arbeitnehmerseite für die Rechtsformumwandlung der BASF AG zur BASF SE verschieden sind, ist bereits das Verständnis und die Akzeptanz der Gründe der jeweils anderen Seite für Verhandlungen eine wichtige Voraussetzung. 18

So sind für die Unternehmensseite insbesondere folgende Gründe bestimmende Faktoren für die Umwandlung gewesen: 19

- Umwandlung in eine SE als konsequenter Folgeschritt aus dem zehnjährigen Weiterentwicklungsprozess europäischer Strukturen,
- Bekenntnis zum Heimatmarkt Europa als dem Ausgangspunkt der globalen Aktivitäten,

- Leistung eines aktiven Beitrages zur fortgesetzten Integration Europas,
 - Übernahme einer Vorreiterrolle in der chemischen Industrie,
 - Integration europäischer Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat,
 - Ausdehnung der Sozialpartnerschaft auf ganz Europa,
 - Verkleinerung des Aufsichtsrats bei Erhalt der Mitbestimmungsqualität,
 - Stärkung der *Corporate Governance* und
 - Vereinfachung des Wahlverfahrens zum Aufsichtsrat.
- 20 Für die Arbeitnehmerseite waren es korrespondierend:
- Grundsätzliche Beibehaltung des dualistischen Systems mit Vorstand und Aufsichtsrat,
 - Wahrnehmung der Chance zur richtungsweisenden Ausgestaltung einer SE Vereinbarung in der chemischen Industrie,
 - Stärkung und Ausweitung der Rechte für Arbeitnehmervertreter innerhalb Europas sowie
 - paritätische Besetzung des Aufsichtsrats einschließlich seiner Ausschüsse.

21 GRUNDSATZ 2: Repräsentanz aller Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen durch das Besondere Verhandlungsgremium/die Verhandlungskommission

Die Repräsentation der Vertretenen in Verhandlungen ist eine wichtige Voraussetzung für die Akzeptanz einer Vereinbarung. Es ist nachvollziehbar, dass es besonderer Anstrengungen bedarf, um der hohen Anzahl von ca. 62.000 Mitarbeitern in Europa mehr als ein Gefühl zu geben, dass ihre Interessen im Besonderen Verhandlungsgremium mit 29 Delegierten aus 22 Ländern in einem Prozess, in dem es um die Verankerung von arbeitnehmerseitigen Mitwirkungsrechten geht, gut aufgehoben sind. Dies kann nur dann gelingen, wenn sowohl in der Vorbereitungsphase zur Bildung des Besonderen Verhandlungsgremiums als auch bei der Bildung der (kleineren) Verhandlungskommission sowie während der Verhandlungsphase selbst die informationelle Einbindung aller europäischen Mitarbeiter in Europa erreicht und gewährleistet ist.

- 22 So ist es Ausdruck der Sozialpartnerschaft, dass der Anstoß sowie die Unterstützung der Wahlen zu den Delegierten des Besonderen Verhandlungsgremiums nicht nur der Arbeitnehmerseite überantwortet wurden. Seitens des Unternehmens wurden die entsprechenden verantwortlichen Personalmanager in den Ländern informiert und angehalten, den Prozess der Delegiertenbestellung oder Delegiertenwahl entsprechend zu unter-

stützen. Auch wurden in den Fällen, in denen es nicht zu einer Delegiertenbestellung kommen sollte, die Gründe für diese eventuelle Nichtbeteiligung kritisch hinterfragt und Aktionen wie Erläuterungen oder nochmaliges Werben initiiert. Dabei galt es Grenzen zu berücksichtigen, bei dem deutlich erklärten Wunsch von Arbeitnehmern in einigen Ländern, sich nicht zu beteiligen. Bei der Bildung der Verhandlungskommission hat eine den Mitarbeiterzahlen entsprechende Abbildung der in den Ländern tätigen Mitarbeiter **nicht** stattgefunden. Andernfalls wäre bei 80 % Mitarbeitern aus Deutschland eine Dominanz im Verhandlungsteam entstanden, die eine Akzeptanz der gefundenen Vereinbarungsinhalte kaum gefunden hätte.

Die Akzeptanz durch das Vertretensein der Mitarbeiter aller Länder ist auch dadurch erhöht worden, dass das Besondere Verhandlungsgremium in eigener Zuständigkeit diese Festlegung getroffen hat. Unternehmensseitig wurde diese Vorgehensweise lediglich dadurch unterstützend flankiert, dass für alle möglichen Delegierten gegenüber ihren Heimatgesellschaften klargestellt wurde, dass sie für die Verhandlungen und entsprechenden Vor- und Nachtreffen freigestellt sind. 23

Daneben legte das Besondere Verhandlungsgremium für die Verhandlungen einen Kommunikationsweg fest zur Information und kontinuierlichen Einbindung der Mitarbeiter. Es erfolgte eine regelmäßige Rückkoppelung der Inhalte der Verhandlungskommission zum Besonderen Verhandlungsgremium. Deren Mitglieder waren damit in der Lage, ihren lokalen Arbeitnehmervertretungen entsprechend über den Fortgang der Verhandlungen zu berichten. 24

GRUNDSATZ 3: Parität der Verhandlungsparteien 25

Da die Vereinbarung einer SE-Beteiligungsvereinbarung für alle Parteien Neuland war, war die Frage gleich starker Verhandlungsparteien von vornherein eine Kernfrage des Prozesses.

Das Unternehmen unterstützte die Parität der Verhandlungsparteien zunächst dadurch, dass die Arbeitnehmervertretungen einen Berater ihrer Wahl zu den Verhandlungen sowie zu den Vorbereitungen hinzuziehen konnten. Gerade die Auswahl eines Vertreters, der sich aus Europa-Sicht mit den Fragen der Mitbestimmung beschäftigt hat, hat den Arbeitnehmervertretern Sicherheit gegeben, dass die notwendigen internationalen Aspekte und Möglichkeiten in ihre Verhandlungen und Positionen adäquat eingebracht werden. 26

Zur Parität der Verhandlungsparteien gehört weiterhin eine einheitliche gemeinsame Strategie, die sich aus den unterschiedlichen Positionen und Forderungen der verschiedenen Länder und Kulturkreise ableitet und formuliert. Nur wenn die Arbeitnehmerseite sich eindeutig positioniert, kann sie „paritätisch“ verhandeln. Die Arbeitnehmervertreter des Besonderen Verhandlungsgremiums und der Verhandlungskommission erhiel- 27

ten daher Zeit und Unterstützung, diese homogene Position zu finden und zu formulieren. Dafür war der Einsatz von Beratern und Dolmetschern eine wesentliche Voraussetzung. Insbesondere vor der konstituierenden Sitzung des Besonderen Verhandlungsgremiums bestand für alle beteiligten Länder die Möglichkeit der Diskussion über das arbeitnehmerseitige Vorgehen, die dann mit der Abstimmung über das Mandat zur Verhandlungsführung sowie der Verhandlungsposition abgeschlossen wurde.

- 28 Nicht unterschätzt werden darf für die Parität der Verhandlungsparteien auch der bereits erwähnte interne Rückkoppelungsprozess an die lokalen Arbeitnehmervertretungen, an das Besondere Verhandlungsgremium selber sowie den früheren BASF Euro-Dialog, der die gefundenen Kompromisse legitimiert hat und somit für die Arbeitgeberseite eine ernst zu nehmende Position bedeutete.

29 **GRUNDSATZ 4: Gemeinsame Spielregeln**

Die Festlegung von „Spielregeln“ zwischen den Verhandlungsparteien vor Beginn der eigentlichen Verhandlungen schafft Klarheit über die den Verhandlungsparteien wichtigen Punkte und ermöglicht es im Vorhinein auf unterschiedliche Interessenlagen einzugehen und den gemeinsam gefundenen Kompromiss in der Phase der Verhandlungen umzusetzen. Folgende „Spielregeln“ haben sich positiv dargestellt:

1. **Alternierender Verhandlungsvorsitz**

- 30 Der alternierende Verhandlungsvorsitz, der mit der Verhandlungsführung und der Worterteilung wesentliche Gestaltungselemente setzen kann, unterstützt in Verhandlungen den sozialpartnerschaftlichen Umgang.

2. **Zeitplan**

- 31 Die Festlegung eines Zeitplans mit definierten Verhandlungstagen erleichtert die Planung für die Beteiligten, führt zu Transparenz auch für die lokalen Arbeitnehmervertretungen, setzt Kommunikationszeiträume fest und führt zum notwendig positiven Druck, die Verhandlungen zügig und zielgerichtet durchzuführen.

3. **Vertraulichkeit**

- 32 Die Vertraulichkeit der Verhandlungsinhalte stellt eine wichtige Spielregel für den erfolgreichen Abschluss von Vereinbarungen dar. Ziel der Vertraulichkeitsfestlegung war, das Ausufern von Diskussionen über Einzelinhalte und Einzelfragen zu verhindern. Es sollten weder intern Diskussionsplattformen entstehen noch extern über Interviews in der Öffentlichkeit Einfluss auf die Verhandlungen ausgeübt werden. Abzugrenzen davon ist in diesem Kontext die Information der die Vertreter wählenden Arbeitnehmervertretungen, bei denen die Vertraulichkeit nur eingeschränkt einzuhalten ist.

4. Erstellung gemeinsamer Protokolle

Die Erstellung gemeinsamer Protokolle, die sowohl Argumentation als auch Ergebnis festgehalten haben, hat sich als stark befriedend und den Verhandlungsabschluss fördernd erwiesen. Sie ermöglicht es, insbesondere gefundene Kompromisse aus weiteren Verhandlungen herauszunehmen bzw. die offenen Punkte zielgerichtet zu beschreiben und dann anzugehen. 33

5. Übersetzung von Protokollen

Die zeitnahe Übersetzung der gemeinsamen Protokolle ermöglicht es den beteiligten Arbeitnehmervertretern, die Verhandlungen selbst sowie deren Inhalte in ihrer Landessprache nachvollziehen zu können. Dies fördert wesentlich den Fortgang von Verhandlungen und die Akzeptanz von gefundenen Übereinstimmungen. 34

6. Übersetzung der Vereinbarungsentwürfe

Das Unternehmen hat von vornherein deutlich gemacht, dass eine in den jeweiligen Landessprachen verfasste Information der Verhandlungspartner ein wesentliches Element erfolgreicher Verhandlungen ist. Angesichts des straffen Zeitplans war es allerdings auch nachvollziehbar, dass nicht jede Veränderung in den Entwürfen zu einer kompletten Übersetzung in die beteiligten Landessprachen führen konnte. Ein Kompromiss sah daher vor, aus dem übersetzten Erstentwurf, Zwischenentwurf und Finalentwurf unter Zuhilfenahme der übersetzten Protokolle ein fortwährend „komplettes“ Bild zu gewährleisten. 35

GRUNDSATZ 5: Offenheit in den Verhandlungen

36

Offenheit in den Verhandlungen, das Sichvertrautmachen mit den Gedanken der anderen Seite, führt zunächst zu Vereinbarungen und erhöht dann die Akzeptanz gefundener Ergebnisse. Dies ist keine neue Erfahrung, setzt aber ein Zeitmanagement voraus, welches es der jeweiligen Seite ermöglicht, ihre Gedanken umfassend und abschließend darzulegen.

Dieses wurde trotz des straffen Zeitplans ermöglicht, der die Ausführlichkeit in der Behandlung der angesprochenen Themen vorgesehen hat. Zu Offenheit und Transparenz von Verhandlungen gehört auch – trotz gegensätzlicher Positionen in Einzelfragen –, in einem fairen Umgang auf die Probleme von Auslegungsfragen offen hinzuweisen. Letztlich muss es bei Verhandlungen möglich bleiben, auch außerhalb des Protokolls Erläuterungen abgeben zu können. Dies ist insofern nicht schädlich, da das gemeinsame Protokoll als die offizielle Basis der Verhandlungsinhalte gilt. 37

V. Inhalte der BASF SE Beteiligungsvereinbarung

Die Verhandlungsergebnisse in Bezug auf die unternehmerische Mitbestimmung lassen sich wie folgt zusammenfassen: 38

- Verkleinerung des Aufsichtsrats auf zwölf Mitglieder mit je sechs Vertretern der Arbeitgeberseite und der Arbeitnehmerseite,
 - Aufteilung der Arbeitnehmersitze entsprechend der Mitarbeiteranzahl in den Ländern gem. § 36 SEBG, d.h. fünf Sitze für Deutschland, von denen zwei der Gewerkschaft vorbehalten sind. Das ist ein Sitz mehr für die Gewerkschaft als die gesetzliche Auffangregelung beinhaltet. Den sechsten Sitz besetzt Belgien.
 - Bestellungsverfahren für die Aufsichtsratsvertreter der Arbeitnehmer durch gebundenes Vorschlagsrecht der nationalen Arbeitnehmervertretungen an den BASF Europa-Betriebsrat zur Wahl der Vertreter,
 - Vereinbarung inhaltlicher Voraussetzungen für Besetzungsvorschläge (Eignung, Qualifikation, Erfahrung),
 - Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen unter Respektierung des Selbstbestimmungsrechts des Aufsichtsrats,
 - Verdolmetschung von Aufsichtsratsitzungen.
- 39 In Bezug auf die betriebliche Mitwirkung wurden folgende Ergebnisse erzielt:
- Erweiterung des Geltungsbereichs entsprechend der Aktivitäten der BASF auf EU, EWR und Schweiz,
 - differenzierte Regelungen für die Sitzverteilung von Ländern, Business Centern und sog. Plattformen,

Schaubild Nr. 6

Kriterien für die Delegiertenbestellung	
Grundregelung: Ein Landesvertreter pro Gesellschaft > 500 Beschäftigte	1
Regelung über / für Produktionsgesellschaften > 150 Beschäftigte	1
Landesregelung bei Anzahl von mehr als 2000 BASF Beschäftigten	2
Regelung bzgl. maximaler Anzahl von Vertretern eines Landes	4
Sonderlandesregelung bei Anzahl > 20.000 und > 40.000 Beschäftigten	5 (7)
Business Center Regelung	1
Plattformregelung im Rahmen der Business Center Regelung	1
Regelung für Leitende Angestellte	1

23 Delegierte im BASF Europa Betriebsrat			
BC Nord	Plattform UK		1 Delegierter
	Plattform Nordic		1 Delegierter
Deutschland			8 Delegierte
BC West	Frankreich		2 Delegierte
	Niederlande		1 Delegierter
	Belgien		2 Delegierte
	Schweiz		1 Delegierter
BC Zentral	Plattform Ost		1 Delegierter
	Plattform West		1 Delegierte
	Plattform Nord		1 Delegierter
BC Italien			2 Delegierte
BC Iberien			2 Delegierte

- Verankerung eines Sitzes für die leitenden Angestellten, 40
- Regelung des Wahlverfahrens gemäß einer sog. 5-stufigen Vorgehensweise,
- differenzierte Stellvertreterregelung,
- Prinzip der doppelten Mehrheit (Regelung von Stimmengewichtung und Beschlussfassung),
- Zuständigkeit für den Fall grenzüberschreitender Themen von grundsätzlicher Bedeutung für die Arbeitnehmer der BASF-Gruppe,
- Zuständigkeit im Sinne eines Aufgreifens von Themen von grundsätzlicher Bedeutung aus Ländern ohne eigene Arbeitnehmervertretung,
- Schwellenwerte als zuständigkeitsbegründendes Element,
- Beratung mit dem Ziel einer Einigung mit dem Unternehmen,
- Möglichkeit der Stellungnahmen des BASF Europa-Betriebsrats,
- Verpflichtung des Unternehmens, die Stellungnahmen zu berücksichtigen und qualitativ zu beantworten,
- Regelung der Informationsreihenfolge gegenüber BASF Europa-Betriebsrat und lokalen Arbeitnehmervertretungen,
- drei ordentliche Sitzungen pro Jahr,
- Möglichkeit von außerordentlichen Sitzungen,
- Möglichkeit von sog. Landestreffen der Arbeitnehmervertreter zur Vor- und Nachbereitung der Sitzungen des BASF Europa-Betriebsrats.

VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vereinbarungslösung die BASF Interessen in weit besserem und differenzierterem Maße berücksichtigt, als die sog. Auffangregelung des SEBG. Die interessengerechte Formulierung wurde erreicht bei Aufrechterhaltung der Unternehmensmitbestimmung und Erweiterung der betrieblichen Mitwirkung. Der Abschluss der Vereinbarung wurde gefördert durch die sozialpartnerschaftlichen Verhandlungen. Dies gilt in gleichem Maße für die Akzeptanz der Vereinbarungsinhalte. Dies wurde im Wesentlichen durch die oben beschriebenen Einzelfestlegungen erreicht, die in ihrer Kombination ein Geflecht ergeben, welches mit sozialpartnerschaftlichem Verhandlungsstil beschrieben werden kann. 41

Daneben hat es sich als gut und hilfreich erwiesen, von vornherein – nachdem der entsprechende Aufsichtsratsbeschluss gefasst worden war – den bestehenden BASF Euro-Dialog und die Arbeitnehmervertretungen 42

von Konzernbetriebsrat und Konzernsprecherausschuss zu einer gemeinsamen Sitzung einzuladen, um über das Unterfangen der SE-Bildung und die daraus resultierenden Notwendigkeiten zu informieren. Diese erste Information stellte den Beginn weiterer Informationen dar, die neben den schon beschriebenen Maßnahmen der sog. Rückkoppelung (siehe oben) auch die Information des BASF Euro-Dialog im Mai 2007 sowie des Konzernbetriebsrats im Jahr 2007 eingeschlossen haben.

- 43 Die Mitbestimmungsverhandlungen, die zur BASF SE geführt haben, wären in der Kürze der Zeit ohne diese Übereinstimmungen und die Offenheit nicht durchführbar gewesen. Es bleibt aber auch festzuhalten, dass mit der Erfahrung aus dem BASF Euro-Dialog seit 1995 ein wichtiger Bestandteil – die Erfahrung und der Umgang mit verschiedenen Kulturen – bereits vorhanden gewesen ist.

B. Diskussion

Professor Dr. Christine Windbichler, Humboldt-Universität Berlin:

Das war wirklich sehr beeindruckend. Es war viel die Rede von Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Hat die BASF auch Anteilseigner? Ich frage deshalb, weil das bei einer Umwandlung kein großes Thema ist. Für die Anteilseigner ändert sich recht wenig. Bei den anderen SE-Fällen mag das anders sein. Womit wir uns beschäftigen, auch in der Corporate Governance, ist das Dreieck zwischen Kapital, Arbeit und Management. Die arbeitsrechtlich fest verankerte Vorstellung, dass wir eine Kapital- und eine Arbeitsseite haben, das Zweieck, wie ich zu sagen pflege, halte ich für überholt. Und deshalb meine Frage: Wie steht es denn um die Anteilseigner? 44

Dr. Volkmar Oberklus, BASF SE:

Ich weiß nicht, Frau *Windbichler*, ob ich die Frage ganz genau verstanden habe. Wenn Sie fragen, wie wir die Anteilseigner – sprich: die Hauptversammlung – in das Thema eingebunden haben: Der Hauptversammlung wurde im April alles offen gelegt. Sie hat dann für den weiteren Weg das „OK“ gegeben. Das war nach meiner Kenntnis die Einbindung des Anteilseigners. Die Fragen heute Morgen haben mich natürlich sehr aufmerken lassen. Das war hoch interessant. Aber das war es im Prinzip auch aus meiner Sicht. Mehr kann ich dazu nicht sagen. Sonst würde ich hier an der Stelle spekulieren. 45

Dr. Richard Schönwerth, Allianz SE:

Ich habe aufgrund der von uns gemachten Erfahrungen eine Frage zu den grenzüberschreitenden Angelegenheiten. Wir tun uns immer sehr schwer in Bezug auf die Definition: Was ist nun grenzüberschreitend und was ist nicht grenzüberschreitend bzw. länderübergreifend? Zwischenzeitlich gibt es meines Wissens eine französische Rechtsprechung. Danach ist es bereits länderübergreifend, wenn eine Entscheidung in einem Land mit der Maßgabe getroffen wird, dass die Ausführung in einem anderen Land erfolgt. Das macht das Ganze extrem schwierig. Letztendlich ist es eine nationale Sache. Sie wird aber angeblich dadurch grenzüberschreitend, dass die Entscheidung in der Hauptverwaltung in einem anderen Land getroffen worden ist. Wie werden Sie damit umgehen? Ich habe verstanden, dass Sie diese Zahlenregelung der betroffenen Mitarbeiter haben. Habe ich Sie richtig verstanden, dass die sich aber nur auf die außerordentlichen Sitzungen auswirkt? Wie gehen Sie mit den grenzüberschreitenden Angelegenheiten um? 46

Volkmar Oberklus:

- 47 Ich kann gleich dazu antworten. Das ist vielleicht etwas verfälscht gewesen. Das sind die Tatbestände, die zu einer außerordentlichen Sitzung führen können, wenn der Ablauf bis zur nächsten ordentlichen zu lang wäre. Aber sie können genauso gut in einer normalen ordentlichen Sitzung ablaufen. Das ist nur eine Frage, in welches Verfahren man dies hineinbringt. Die länderübergreifende Frage – Sie haben völlig recht, ein Problemfall auch unserer Diskussion. Das ist insbesondere von den Franzosen in den Verhandlungen aufgebracht worden. Die haben uns völlig überrascht und gesagt, bei dem französischen Gesetz, das aus der Richtlinie übersetzt worden ist, hieße es ganz anders. Auch im deutschen SEBG heißt es irgendwo einmal: „Wenn die SE selbst betroffen ist“. Den einen Punkt haben wir mit den Franzosen klären können. Das war nämlich das Gleiche. Es war ein Übersetzungsproblem. Aber was Sie zu Recht ansprechen ist die Frage, was bei einem Konzern ist, dessen Entscheidungen eigentlich in Ludwigshafen getroffen werden? Und im Prinzip könnten Sie vertreten, wenn der Entscheidungskörper im Land X ist, dann sind alle Entscheidungen, alle Auswirkungen immer länderübergreifend. Das war in der Tat eine Diskussion, die den Versuch offenbart hat, die Zuständigkeit des Europa-Betriebsrats zu vergrößern. Wir haben uns dem gemeinsam mit den Arbeitnehmervertretern erfolgreich entgegengestellt. Wir haben eine Vereinbarung unterschrieben und definieren es wirklich so: Es müssen mindestens 15 Arbeitnehmer in zwei Ländern direkt betroffen sein. Direkt betroffen heißt, auch wirklich in der Substanz mit der Funktion und der Stelle betroffen zu sein und nicht im Sinne eines *Sales Managers*, der eineinhalb Produkte abgibt, weil ein Geschäftsbereich das Produkt einstellt und dann sagt: „15 % meiner Arbeitszeit sind weg.“ Diese mittelbare Beeinträchtigung ist auch Streitfrage in den letzten Jahren gewesen. Wir sagen erst bei unmittelbarer Beeinträchtigung oder Betroffenheit ist es eine länderübergreifende Sache. Wir haben den Punkt so beantwortet, dass es nicht aufgrund der Entscheidungshoheit in einem Land dazu kommt.

Richard Schönwerth:

- 48 Vielen Dank. Noch eine Anschlussfrage: Wenn Sie sagen, es müssen mindestens soundso viel Mitarbeiter in einem Land und im anderen Land betroffen sein, haben Sie auch eine zeitliche Grenze eingebaut? Das heißt, wenn jetzt eine Entscheidung in Ludwigshafen getroffen wird, Italien ist im März dran, Frankreich aber erst im März des darauf folgenden Jahres. Ist das dann immer noch eine grenzüberschreitende Angelegenheit oder nicht?

Volkmar Oberklus:

Wir würden die Sozialpartner etwas unterschätzen, wenn sie sich mit Salamitaktiken zufrieden gäben. Das ist ja ein altbekanntes Ding, dass man sagt: „Ich mache eine Strukturveränderung, das betrifft vier Länder und dann wird das auch gestaffelt.“ Das kann bewusst gemacht werden, das kann sich aber auch durch das Projekt ergeben. Wir stellen am Anfang das Projekt dar. Allein wenn Sie über die Restriktion eines Geschäftsbereichs oder einer kleineren Einheit nachdenken, kann es dazu kommen, dass Sie mit den Investoren, die auftauchen oder übernehmen wollen, über Monate Verhandlungen führen. 49

Wir haben ein Projekt gestartet, wo wir noch gar nicht wissen, was die Auswirkungen sein werden. Die Auswirkungen auf Mitarbeiter können auch sehr weit verstanden werden. Es könnten sein: ein neuer Funktionsbereich, eine andere Arbeitsebene, die Notwendigkeit umzuziehen, in ein anderes Land zu müssen oder die Arbeitsstelle zu verlieren. Wir haben uns in diesen großen, europäischen Projekten dazu entschlossen, am Anfang eine „Auftaktinformation“, so nennen wir das jetzt einmal, zu machen, um einfach einmal den *scope* auch darzustellen. Wir wollen nicht die Mitbestimmungsrechte in einzelnen Ländern umgehen. Um das Gremium aus der oberen Perspektive einmal informiert zu haben, müssen wir am Anfang die Karten auf den Tisch legen. Das geht nicht anders.

Professor Dr. Christoph Teichmann, Julius-Maximilians-Universität Würzburg:

Ich hätte eine Frage, die sich wahrscheinlich eher an Herrn *Peter* richtet: 50
Wir haben heute gemerkt – und das ist jedenfalls für die Gesellschaftsrechtler ein „Aha-Erlebnis“ gewesen – dass es auf Seiten der Arbeitnehmer durchaus unterschiedliche Vorstellungen über Ausmaß und Gestaltung von Mitbestimmung gibt, sowohl betriebsverfassungsrechtlich als auch im Aufsichtsrat. In der Vorgeschichte zur SE dachte man immer, das sind zwei homogene Blöcke: die Arbeitgeber auf der einen Seite, die Arbeitnehmer auf der anderen. Jetzt hört man gerade aus diesen Erfahrungsberichten, dass – jedenfalls wenn es über die Grenze geht und international wird – zumindest Erklärungsbedarf besteht. Vielleicht können Sie einmal berichten, wie es mit den Kollegen aus den anderen Ländern gelaufen ist. Musste man denen möglicherweise erst einmal erklären, was Mitbestimmung im Aufsichtsrat überhaupt ist? Denn schon den Aufsichtsrat gibt es in den meisten Ländern nicht. Ich nehme an, dass auch die inhaltlichen Vorstellungen, was in der Mitbestimmungsvereinbarung stehen soll, erst einmal von den deutschen Kollegen entwickelt wurden. Hatten Sie da vielleicht Schwierigkeiten, die Kollegen „zum Jagen zu tragen“ oder wie ist das abgelaufen?

Thomas Peter, BASF SE:

- 51 Die Frage ist nicht einfach zu beantworten. Man muss zum Teil aus dem Nähkästchen plaudern. Ich fange einmal damit an. Es gab den Euro-Dialog und handelnde Personen und Lokalmatadore; auch starke Persönlichkeiten waren mit eingebunden. Die waren vorher im Euro-Dialog und haben in den einzelnen Gremien jetzt schon Aufgaben, auch im Aufsichtsrat. Die Kunst war, dass die deutschen Vertreter nicht zu dominant auftreten, weil wir mit der Anzahl der Vertreter und der Arbeitnehmer, die wir vertreten, doch eine sehr starke Präsenz haben. Wir haben trotzdem durch Erklärungen versucht darauf einzugehen, ohne dass es belehrend gewirkt hat. Da war die Unterstützung von Sachverständigen sehr wichtig. Vernünftige Übersetzungen und die vielen Gespräche waren sehr wichtig. Bei vielen gab es schon ein Grundverständnis. Das heißt, wenn der eine oder andere nicht vorwärts gekommen ist, wurde zum Teil über die Bande gespielt. Auch der Betriebsratsvorsitzende, der in den anderen Gremien, über Konzernbetriebsrat und Euro-Dialog doch ein sehr intensives Netzwerk hat, hat seine Kanäle genutzt. Auch von der Unternehmensseite wurde klar kommuniziert, wie das zu verstehen ist. Es ist schwer zu erklären, weil diese Strukturen zum Teil gewachsen sind. Es wäre sehr schwierig gewesen, wenn man es auf der grünen Wiese gemacht hätte, wenn jede Seite keine Vorstellungen gehabt hätte. Für uns war es zum Teil schon sehr schwierig Chancen und Risiken abzuschätzen. Das ist ein Prozess, wo man am nächsten Tag nicht weiß, wie es weitergeht.

Volkmar Oberklus:

- 52 Ich darf vielleicht noch etwas ergänzen, Herr *Teichmann*. Als ich zum ersten Mal diese 27 Delegierten bei der konstituierenden Sitzung des BVG hatte und nachher diese kleinere Anzahl, letztlich elf im Verhandlungsteam, ist es mir genauso gegangen. Ich habe es auch unterschätzt. Aus Spanien und Italien kommen Gewerkschaftsvertreter, aus Frankreich auch. Die sind in dem Thema drin, aber voll. Das ist wahrscheinlich für eine europäische Materie gar nicht so schlecht als Tatbestandsfeststellung. Die kommen und sagen: „In Deutschland wird eine SE gegründet, ich kenne meine SE Spanien.“ Die müssen dann auf die deutsche SE-Welt noch einmal vorbereitet werden. Und das ist auch passiert. Aber die Gewerkschaftsvertreter wissen ganz genau, was sie wollen. Sie wissen, was ein Dualismus ist, sie wissen was ein Aufsichtsrat ist. Und sie sagen: „Wir werden da hineingehen.“ Da ist die politische Zielrichtung bei gewerkschaftlichen Vertretern relativ klar. Damit sind schon einmal drei wichtige Länder oder Bereiche in Europa erfasst: Business Center Spanien, Italien und Frankreich. Die Belgier mit ihrem 3.500-Werk in Antwerpen sind sowieso ein großes Gebilde, das sehr enge Verbindungen zu Ludwigshafen unterhält, und sind von daher auch eine Kernmannschaft. Ich habe vorhin scherzhaft Lettland genannt. Irland ist auch so etwas: elf Mitarbeiter in Ir-

land. Wir haben auch in Ungarn durch den Erwerb der Bauchemie von Degussa auf einmal ein Zementherstellungswerk bekommen. Die Kernmannschaften, mit denen wir verhandelt haben, die wussten sofort, wo es lang geht.

Thomas Peter:

Es ist heute noch eines der Probleme, dass es immer wieder Delegierte 53 gibt, die in ihrem Heimatland bei ihren Gewerkschaftsverbänden anrufen und sich das grüne Licht holen müssen, dass sie bei irgendeiner Sache den Finger heben, Ja oder Nein sagen dürfen. Das habe ich mit „Bande spielen“ gemeint. Sie sind nicht alle frei in ihren Entscheidungen. Auch wir müssen einschätzen, wie unser Gremium reagiert, wenn wir mit dieser Antwort nach Hause kommen. Das erfordert viel Fingerspitzengefühl.

Ludger Felix Ramme, Deutscher Führungskräfteverband (ULA):

Ich möchte es dem Kollegen *Kraushaar* nicht allein überlassen, das Thema leitende Angestellte anzusprechen. Ich habe eine Frage: Sie haben in 54 Ihren Zielen und auch bei den Ergebnissen bemerkt, dass Sie die Qualität der Mitbestimmung auf dem Level erhalten wollen, auf dem sie sich vorher befunden hat. Aber die leitenden Angestellten sind nun nicht mehr im Aufsichtsrat. Dem widerspricht doch eigentlich die Erfahrung der letzten 30 Jahre. Und auch einige Studien belegen, dass der leitende Angestellte doch immer Gutes im Aufsichtsrat bewirkt hat. Das ist für mich ein Widerspruch: Wie können Sie die Qualität auf dem Standard halten und andererseits eine doch wichtige, aber kleine Gruppe herauskicken?

Thomas Peter:

Die Zusammenarbeit mit dem Sprecherausschuss, insbesondere in unserer 55 Firma, ist sehr ausgeprägt. Ich weiß, wovon ich rede, weil ich im Betriebsrat für das Thema außerbetriebliche Angestellte zuständig bin. Es sind 4.500 nicht leitende Angestellte bei uns. Es gibt Themen, da arbeiten die verschiedenen Gruppen sehr, sehr eng zusammen. Man hilft sich auch gegenseitig, wenn vielleicht die Mitbestimmung beim Sprecherausschuss nicht so ausgeprägt ist. Da springen wir einmal ein bisschen mehr in die Bresche, weil vielleicht bei uns die Munition im Köcher etwas schärfer ist oder weil wir mehr Möglichkeiten haben. Es gibt viele gute Erfahrungen, wie wir das gemeinsam in Verhandlungen machen: Der eine wirft den Ball ins Rennen, der andere spielt ihn; der eine geht in die Abwehr, der andere in den Angriff. Das Unternehmen hat mit den zwölf Mitgliedern im Aufsichtsrat einen Punkt gesetzt, an dem wir nicht vorbeigekommen sind. Durch diese Positionierung des Unternehmens war ein Nagel in die Wand hineingehauen, den wir nicht mehr herausbekommen haben. Wir wissen,

wir arbeiten auch im Betriebsrat mit den VAA-Vertretern sehr eng zusammen. Aber dieses Thema war einfach so gesetzt.

Volkmar Oberklus:

- 56 Das ist ein brisantes Thema und ich habe dem fast nichts hinzuzufügen außer einem Satz: Man kommt nicht umhin zu sagen, dass eine Gruppe aus dem Aufsichtsrat heraus ist. Das ist Fakt. Sie haben eine Gruppe, die vielleicht auch eine andere Nuancierung in die Themen hineinbringt, nicht mehr drin. Man könnte darauf verweisen, dass in anderen europäischen Ländern die leitenden Angestellten nicht als wichtiger Bestandteil in diesen Gremien verankert sind. Aber ich will auch nicht drum herum reden: Sie sind raus. Wir kompensieren das, wie Herr *Peter* gesagt hat. Aber da beißt die Maus keinen Faden ab. So ehrlich muss man auch sein.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

- 57 Ich hätte noch einmal eine Frage zur Aufsichtsratsarbeit: In Ihrer Vereinbarung haben Sie ja vorgesehen, dass die Aufsichtsratsausschüsse grundsätzlich paritätisch besetzt sein sollen. Bei bestimmten Ausnahmen oder bei entsprechender Art der Aufgabe der Ausschüsse könne das jedoch auch anders sein. Gibt es da schon Erfahrungswerte bzw. sind Ausschüsse gebildet? Und wenn ja, wie sind diese im Einzelnen besetzt?

Volkmar Oberklus:

- 58 Ich kann dazu erst einmal sagen, dass diese Formulierung der Ort einer langen Auseinandersetzung war. Es war nicht ganz einfach, von dem Grundsatz der Parität noch einmal eine Ausnahme hereinzubekommen. Aber da waren in der Rechtsabteilung die Gesellschaftsrechtler wieder sehr stark vertreten. Die haben gesagt, was nicht regelbar ist, werden wir auch nicht regeln. Deswegen gibt es dort Formulierungen, dass es der Satzung vorbehalten bleibt usw. Gleichwohl war es für den Betriebsrat oder für die Arbeitnehmervertreter wieder sehr wichtig, diese Parität noch an einer anderen Stelle zu verankern. Soweit dazu. Es gibt einen Nominierungsausschuss, der nicht paritätisch besetzt ist. Das passt auch nicht ganz, wurde mir gesagt. Ich will das nicht kommentieren, ich bin kein Gesellschaftsrechtler.

Uns war sehr wichtig, dass wir gewisse Qualifikationsvoraussetzungen auch in die Aufsichtsratsbeschreibung hineingebracht haben. Wir haben zwar nur Eignung, Qualifikation und Erfahrung beschrieben, aber auch das war ein langer Kampf. Wenn Sie mit dem Sozialpartner reden und sprechen auf einmal davon, dass das Vorschlagsrecht nur qualitative Vor-

schläge umfassen soll, dann heißt es natürlich, dass dies auch für die andere Seite gelten muss. Die anderen fragen: „War es denn bis jetzt nicht gut genug? Warum soll denn die Qualität jetzt auf einmal hineinkommen?“ Aber das war uns wichtig. Was heute ist, muss morgen nicht mehr sein. In einem Ausschuss, Rechnungsprüfung oder was auch immer, können Sie keinen drin haben, der von dem Thema nichts versteht. Das ist natürlich auch beim Betriebsrat und bei den Arbeitnehmervetretern im Aufsichtsrat ganz klar. Aber es trotzdem zu schreiben, ist das andere. Und deswegen würde ich diese beiden Bestimmungen einmal zusammen sehen. Einmal die Parität mit den Sonderfragen und die Qualität und Eignung. Daraus wird das Unternehmen schon etwas Praktikables basteln.

Thomas Peter:

Es war nicht einfach. Ich bin nicht Mitglied im Aufsichtsrat, aber die Kollegen dort haben das gesagt. Das ist das Hoheitsgebiet des Arbeitgebers. Wir wollen das Spielchen auch nicht so weit treiben, da auch noch den Fuß hineinsetzen zu wollen. Es gibt irgendwo auch Grenzen. Auch das ist Sozialpartnerschaft. Das muss ein Geben und ein Nehmen sein. Die Parität muss da stehen. Das Thema Qualifikation im Aufsichtsrat hat schon eine Diskussion bei uns ausgelöst. Das sage ich ganz offen. Das sind immer so die höheren Weihen, die man als Betriebsrat auch bekommen kann. Und wenn man vorher zeigen muss, dass man alle Qualifikationen hat, dass man als Mitarbeiter, der irgendwann einmal als Schlosser, Techniker, Laborant eingestellt wurde, ein juristisches oder betriebswirtschaftliches Basiswissen hat sowie Verständnis für die Grundzüge unternehmerischen Denkens plus aller Wertschöpfungsketten der Chemischen Industrie plus der Standorte, dann wird das schon eine Herausforderung. Da haben dann viele auch Ängste, dass die Hürde vielleicht zu groß ist. Wie wollen Sie denn diese Qualifikation abprüfen, wenn Sie so etwas hineinschreiben? Man traut sie jemandem zu. Man sieht aber erst, ob er es schafft, wenn er die Funktion ausübt. Das ist schwierig, das hat insbesondere auch bei unseren Kollegen, die aus recht zünftigen Berufsgruppen kommen, schon ein Befremden ausgelöst. Wir haben dies aber einfach so akzeptiert, weil wir glauben, dass auch wir diese Qualität sicherstellen können. 59

Volkmar Oberklus:

Aber ich darf trotzdem noch einmal etwas darauf sagen: Wir haben ja eine Reihenfolge eingebaut, die da heißt: Bestellung durch den Europa-Betriebsrat, Vorschlag aber vom Konzernbetriebsrat in Deutschland. Das ist also eine durchgehende Kette. Man muss es ja auch einmal von der Seite sehen: Eine solche Festlegung schützt auch den Betriebsrat. Auch dort gibt es politische Zwänge. Da gibt es sicherlich auch Interessenlagen, die 60

vertreten sein wollen. Jetzt kann das Benennungsgremium dann – ich sage es jetzt einmal ganz plakativ – argumentieren: „Der dort hineingedrückt werden soll, der verfügt nicht über die notwendigen Qualifikationen.“ So hilft man in dem Fall auch der Arbeitnehmerseite unmittelbar, natürlich auch dem Unternehmen und sich selbst. Man kann, wie immer, alle Sachen von zwei Seiten sehen. Auf den ersten Ansatz war die Formulierung sicherlich erst einmal eine Kröte, die die Arbeitnehmer schlucken mussten.

Diskussionsteilnehmer

- Benecke, Martina, Seite 119
- Brandes, Stephan, Seite 65, 70, 71
- Köstler, Roland, Seite 40, 69, 116
- Krause, Rüdiger, Seite 66, 120, 144
- Kraushaar, Martin, Seite 39, 121, 123
- Oberklus, Volkmar, Seite 139, 140, 141, 142, 144, 145
- Peter, Thomas, Seite 142, 143, 145
- Ramme, Ludger Felix, Seite 143
- Rehberg, Markus, Seite 68, 69, 72
- Rieble, Volker, Seite 40, 42, 69, 70, 71, 116, 118, 120, 123, 124
- Schäfer, Carsten, Seite 43, 67, 116
- Schönwerth, Richard, Seite 139, 140
- Teichmann, Christoph: Seite 37, 117, 141
- Windbichler, Christine, Seite 71, 139

Sachregister

Abspaltung § 1 27

Aktiengesellschaft § 1 3, 42, § 3 1, 27, 33

Allianz § 1 1, 44, 59, 62

Arbeitnehmerbegriff § 3 49 ff.

Arbeitnehmerlose SE § 1 10 ff., § 3 52 ff

Asset Deal § 1 16

Auffangregelung/Auffanglösung § 1 1, 3, 12, 20 f., 28 ff., 47 ff., 59, § 2, 8 f., 15, 18, 21, 37, 40, 42, § 3 5, 13, 25, 32, 38, 52, 62 ff., 69, 72 f., 78 ff., 94 ff., 105, 107, 118, 124, 129 ff., 136 ff., 155, 159, § 4 2, 38, 41

Aufsichtsrat § 1 1, 5

- Größe § 1 38, 43
- Mitbestimmung § 1 15
- Organisationshoheit § 1 40
- paritätisch § 1 7
- Porsche § 1 7

Ausschussbildung § 1 41

BASF § 1 1, 44, 62, § 4 125 ff.

Besonderes Verhandlungsgremium

- Auffanglösung § 3, 107 ff.
- betriebsverfassungsrechtliches Organ § 3 18
- Errichtungsverfahren nach SEBG § 3 32 ff.
- Fehlerquellen § 3, 45 ff.
- Zweidrittelmehrheit § 1 28

- Festlegung Größe Aufsichtsrat § 1 43

Beteiligungsverfahren § 1 1, 10, 11, 27, 51

COASE-Theorem § 2 10 ff.

Corporate Governance § 1 42, § 2 19, § 4 19, 43

Drittelbeteiligung § 2 42, § 3 8, 13, 105, 136, 147, 159

Einwilligungslösung § 1 48

Europäische Genossenschaft § 1 62, § 2 1, § 3 11

Europäischer Betriebsrat § 3 5 ff.

Fresenius § 1 1, 44

Funktionsträger § 1 40 f., 56, § 2 43

Gesamtbetriebsrat § 3 2, 40, 92 f.

- Porsche Holding SE § 1 5

GmbH § 1 3

Grundsätze § 1 23 ff., § 4 14 ff.

- Arbeitnehmerlose SE § 1 10 ff., § 3 52 ff.

- Hinzuerwerb anderer Unternehmen § 1 16, 18, 23, 24, 52, § 3 45, 64, 106

- Holding § 1 26 f., § 3 120, 145

- konzernleitende SE § 1 19

- mitbestimmungsfreie SE § 1 10 ff.

- Porsche § 1 5 ff.

- Umwandlung § 1 18, 52, § 3 8, 12 ff., 28, 30, 32 ff., 35 f., 47, 61 f., 72, 100, 105, 108, 117, 119, 123, 126 f., 129 f., 133, 135 ff., 145, § 4 2 ff.
- Vorab-SE § 1 10 ff., 26 f., 51, 62, § 3 53
- Gründung SE
 - BASF § 4 1 ff., 5 ff.
 - Formwechsel § 1 21, 28, 31
- Holz Müller-Doktrin § 1 16**
- Konzernbetriebsrat § 1 5, § 3 39 ff., 92 f., § 4 42, 51, 60**
- Konzernspitze § 1 21, 22, 25, 53
- Konzernzurechnungsregel § 1 2, 9, 19 ff.
- Leitende Angestellte § 3 41, 159 f., § 4 40, 54 f.**
- Mediation § 3 73**
- Mehrheitsbeteiligung § 1 7
- Mitbestimmungsautonomie § 1 32 ff., 60
- Mitbestimmungsfrei § 1 9, 11, 15, 17 f., 22, 26 f., 51 ff., § 3 69, 107, 128, 135 f., 145
- Mitbestimmungsmodell § 1 45, 47, 59, § 2 10, § 3 5, 119
- Mitbestimmungsvereinbarung § 1 28 ff.
 - Inhaltskontrolle § 3 95 ff.
 - Nachwirkung § 3 25
 - normative Wirkung § 1 34, § 3 20 ff.
 - Porsche AG § 1 5
- Rechtsschutz § 3 101 ff.
- Regelungsgegenstand § 1 29
- sub specie § 1 29
- Verfahren § 3 27 ff.
- Verhältnis zur Satzungsautonomie § 1 32 ff.
- Verhandlung § 3 72
- Nachwirkung § 3 25**
- Neuverhandlungspflicht (§ 13 Abs. 3 SE-VO)
 - Porsche Holding SE § 1 62 ff.
 - strukturelle Änderungen § 1 13, 30
 - Umwandlungsfälle § 1 17
- Nichteinigungsalternative § 2 8 f., 40
- Normative Wirkung
 - Mitbestimmungsvereinbarung § 1 34, § 3 16, 20, 23, 26
 - Unternehmensmitbestimmung § 3 21, 128
- Organisationsverfassung § 1 4, 18, 31, 38, 52**
- Organisches Wachstum § 1 17 f., 52, 60
- Paritätische Mitbestimmung § 1 2, 23, 29, § 2 9, 40, § 3 105, 128, § 4 25 ff., 57 f.**
 - Anwendung MitbestG § 1 22, 53
 - Bindung an Art. 21 SE-VO, § 5 SEAG, § 4 Abs. 2 S. 1 SEBG § 1 45 ff., § 5
- Porsche § 1 1, 5 ff., 24, 44, 59, 62 ff., § 3 98 ff.

- Prinzip der Bestandssicherung
§ 1 21
- Abhängigkeitsverhältnis **§ 1 23**
 - Anteilswerb **§ 1 23, § 3 45, 106**
 - Anteilstausch **§ 1 27**
- Prinzip Mitbestimmung **§ 1 9, § 3 126**
- Privatautonomie **§ 1 28, 38, § 3 16**
- Registerrichter § 3 62, 68, 153**
- Satzungsautonomie § 1 32 ff., 59 f., 64, § 2 27, 42, § 3 94**
- Schlichtung **§ 3 73**
- SE-Betriebsrat
- Gemeinsamkeit EBR **§ 3 10**
 - Hilfszuständigkeit **§ 1 29**
 - Mitbestimmungsvereinbarung **§ 1 29, 38**
 - Sonderform EBR **§ 3 5 ff.**
 - Unterschiede EBR **§ 3 11 ff.**
- Statusverfahren **§ 1 11, 51, 62, § 3 128 ff., 135 ff.**
- Strukturänderung **§ 1 9, 15 f, 30, 36, § 4 49**
- Teilkonzern § 1 7, 22, 53, 62, § 3 98**
- Teilkonzernregelungen **§ 1 19, 21**
- Übersetzung § 3 34, § 4 34 f., 47, 51**
- Verhandlungsmodell SE**
- Einschränkungen durch Europarecht **§ 2 27 ff.**
 - Einschränkungen durch nationales Recht **§ 2 30 ff.**
 - SE-Richtlinie **§ 2 14**
 - Theorien **§ 2 3 ff.**
 - Voraussetzungen **§ 2 18 ff.**
- Verhandlungstheorie **§ 2 3 ff.**
- Verschmelzung **§ 1 15, 18, 46, 52, § 3 45, 120**
- anwachsende **§ 1 27**
 - grenzüberschreitende **§ 1 3, 26, § 2 9, 40, § 3 11, 27, 117**
- Volkswagen **§ 1 5 ff., 62, 64; § 2 98, 101 f.**
- Vorher-Nachher-Prinzip **§ 1 9, § 2 1, 9 42, § 3 117**
- Vorschlagsrecht **§ 1 29, § 3 41, 55, 102, 159, § 4 38, 58**
- VW-Gesetz **§ 3 94, 159**
- Wahlanfechtung § 3 47, 59 ff., 86, 157 ff.**
- Welt-Betriebsrat **§ 3 91**
- Wesentlichkeitstheorie **§ 3 83**
- Wirtschaftliche Neugründung **§ 1 10, 12, 26, 62**
- Zustimmungsvorbehalt § 1 40 ff., 59, § 2 43, § 3 30, 94, 106, 159**
- Zweidrittelmehrheit **§ 1 28, § 3 159**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble und Abbo Junker

ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4

Robert Lubitz

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

Band 7

Till Brocker

Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8
Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 978-3-9809380-9-9

Band 9
Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 978-3-9809380-00-8

Band 10
Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-9809380-02-2

Band 11
Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9