



*Prof. Dr. Volker Rieble, München**

Tendenz-SE

Am 2.12.2013 hat das AG Charlottenburg die Umwandlung der Axel Springer Aktiengesellschaft in die Axel Springer SE in das Handelsregister eingetragen. Damit ist – soweit ersichtlich – das erste deutsche Tendenzunternehmen in die Rechtsform der Societas Europaea über-

führt. Das konserviert und garantiert die Mitbestimmungsfreiheit und wirft Fragen für das deutsche Tendenzprivileg auf.

I. Umwandlungsmotive

Das Verhältnis von SE und Mitbestimmung ist mit Blick auf den 2.000er-Schwellenwert des MitbestG gut durchdacht¹, inzwischen meiden Unternehmen schon die Drit-

* Verfasser hat eines der vorbereitenden Gutachten erstellt und an den Beteiligungsvereinbarungen mit dem besonderen Verhandlungsgremium für die Leitung gewirkt. Dank für weiterführende Informationen gilt Dr. Alexander Schmid-Lossberg und Ulrich Eretier, Axel Springer SE.

¹ Statt vieler: *Henssler*, Bewegung in der deutschen Unternehmens-

telbeteiligung und den 500er-Schwellenwert – indem sie durch die Umwandlung die bisherige Mitbestimmungsfreiheit einfrieren. Insoweit stellt sich derzeit nur die Frage, ob die ordentlichen Gerichte die merkwürdig-willkürliche Rechtsprechungswende des BAG zur Mitzählung der Leiharbeitnehmer nachvollziehen.² Demgegenüber ist der Wechsel eines Tendenzunternehmens zur Rechtsform und Verfassung der SE unter Mitbestimmungsgesichtspunkten bislang nicht diskutiert. Angesehene Tages- und Wirtschaftszeitungen (FAZ, Handelsblatt) haben jene Umwandlung berichtet, aber nicht zu deuten gewusst.

Welche Motivation Unternehmen (wirklich) bewegt, die SE als Form zu wählen, ist wenig bekannt.³ Zumal die entscheidende Hauptversammlung andere Gründe haben kann als die treibenden Kräfte. Fest steht nur: Erstens gibt es bei allen SE-Umwandlungen mitbestimmungsfremde Argumente für einen „europäischen Auftritt“ von Unternehmen und Marke. Dass solche Positionen die „storyline“ in der Regel dominieren, ist nicht verwunderlich. Zweitens aber gibt es kaum Unternehmen, die Mitbestimmungsfolgen der Umwandlung nicht positiv einrechnen. Selbst solche Unternehmen, die die Parität in die SE transportieren, können so den Aufsichtsrat verkleinern, den Leitenden-Vertreter loswerden oder die kostspielige Wahl durch ein Entsendungsverfahren aus dem SE-Betriebsrat ersetzen. All das wird öffentlich totgeschwiegen, weil das Streben nach Freiheit vor Mitbestimmung politisch nicht opportun gilt. Symptomatisch ist die (zynische?) Aussage eines Düsseldorfer Rechtsanwalts in der Wirtschaftswoche: „Die Änderung der Mitbestimmung ist aber sicherlich für viele Unternehmen kein treibender Faktor, da sich das deutsche Mitbestimmungsrecht im Alltag bewährt und Unternehmenslenker mit dessen Hilfe viele Maßnahmen auch schneller umsetzen können, weil sie die Belegschaft auf dem Weg der Mitbestimmung besser überzeugen kann.“⁴ Die Wahrnehmung des Verfassers ist eine andere.

Der Vorstand der der Axel Springer AG berichtet hingegen offen über die Umwandlungsgründe:⁵

- „Die Umwandlung in eine SE unterstreicht und erleichtert die europäische und internationale Ausrichtung der Gesellschaft.“ [Das ist das stets notwendige Europa-Argument.]
- „Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, auf europäischer Ebene einen SE-Betriebsrat zu schaffen.“ [Hier wird die europäische Mitbestimmung gelobt.]

mitbestimmung, RdA 2005, 330; *Jacobs* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2012, § 34 SEBG Rz. 8.

2 BAG v. 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, BB 2013, 2045.

3 Eine erste, wenig repräsentative Studie mit 27 Teilnehmern liefert *Breit*, *Societas Europaea* (SE) und *Societas Cooperative Europaea* (SCE), 2010, S. 281 ff. und speziell S. 330 ff. zur Mitbestimmung. Allgemein zur Empirie, aber ohne Bestimmungsgründe *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, Die *Societas Europaea*: Empirische Bestandsaufnahme und Entwicklungslinien einer neuen Rechtsform, AG 2008, 721.

4 www.wiwo.de/erfolg/management/europaeische-ag-fuer-welche-firmen-die-rechtsform-se-passt/7617440.html [6.2.2014].

5 www.axelspringer.de/dl/14843813/4_Bericht_des_Vorstands_der_Axel_Springer_AG_u_776_ber_die_Umwandlung.pdf [6.2.2014], dort S. 29 ff. zu den offiziellen Umwandlungsgründen.

- „Die Rechtsform der SE eröffnet dem Unternehmen Axel Springer größere Spielräume für die Ausgestaltung der Organverfassung als die Aktiengesellschaft.“ [Das ist das gesellschaftsrechtliche Argument.]

Und dann, kaum verklausuliert:

- „Ferner ermöglicht die SE, dass die sehr effiziente und bewährte Struktur des Aufsichtsrats, der sich aus neun Vertretern der Anteilseigner zusammensetzt, dauerhaft beibehalten werden kann. Dies gilt unabhängig davon, ob die Gesellschaft auch zukünftig unmittelbar und überwiegend eine tendenzgeschützte Tätigkeit ausüben und wie viele Mitarbeiter sie beschäftigen wird. Auf Unternehmen in der Rechtsform der SE sind die deutschen Gesetze zur Regelung der Unternehmerischen Mitbestimmung nicht anwendbar.“

Bei den Umwandlungsfolgen für die Arbeitnehmer wird explicite festgehalten: „Die Axel Springer SE unterliegt wegen ihrer Rechtsform nicht den deutschen Gesetzen zur Regelung der Unternehmerischen Mitbestimmung. Das SEBG schließt jedoch aus, dass es durch die Umwandlung zu einer Minderung von erworbenen Beteiligungsrechten kommt.“⁶ Genau: Infolge des bisherigen Tendenzschutzes galt keine Unternehmensmitbestimmung. Dieser Besitzstand von Null darf (und kann ohnehin) nicht gemindert werden.

Diese erste Tendenz-SE gibt Anlass, die Mitbestimmungsrelevanz der Umwandlung eines tendenzgeschützten und also mitbestimmungsfreien Unternehmens (§ 1 Abs. 4 MitbestG, § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 DrittelbG, § 118 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BetrVG) in eine SE zu erörtern. Das auf positive Besitzstandswahrung beschränkte Mitbestimmungskonzept der SE wird vielfach spiegelbildlich zur (negativen) Besitzstandswahrung einer Mitbestimmungsbeschränkung genutzt. Ein doch erheblicher Anteil an SE-Umwandlungen betrifft Unternehmen mit 1.700 bis 1.980 Mitarbeitern (und Wachstumsplänen). Auch gibt es Unternehmen, die kurz vor Erreichen der Drittelbeteiligung mit knapp 500 Arbeitnehmern in die SE wechseln. Nicht zu vergessen die (nahezu) arbeitnehmerlose „Vorrats-SE“⁷, die dauerhaft als mitbestimmungsfreie Holding fungieren kann.

Für Tendenzunternehmen spielt dieser Mitbestimmungsaspekt an sich keine Rolle: Sie sind doch mitbestimmungsfrei. Hier wirkt die Umwandlung als Vorsorge: Indem die Mitbestimmungsfreiheit des Tendenzunternehmens festgeschrieben und eingefroren, das Tendenzunternehmen dauerhaft dem deutschen Mitbestimmungsrecht entzogen wird, kann das Unternehmen effektiv der Gefährdung der Mitbestimmungsfreiheit vorbeugen. Dadurch gewinnt es Handlungsfreiheit: Normalerweise meiden Unternehmen, die infolge fehlender Gewöhnung (noch) nicht von den Segnungen der Mitbestimmung überzeugt sind, jene mit erheblichem Sicherheitsabstand.

6 Bericht des Vorstandes (Fn. 5), S. 42.

7 Zu ihr *Schreiner*, Zulässigkeit und wirtschaftliche Neugründung einer Vorrats-SE, 2009.



Sei es, dass sie im Unternehmen/Konzern den Arbeitnehmerschwellenwert von 2.000 meiden, mit Entherrschung oder anderen Vermeidungsstrategien.⁸

Mithin ist Tendenzunternehmen apriorisch anzuraten, die eigene Mitbestimmungsfreiheit überwachend in den Blick zu nehmen – und sich bei einer Freiheitsgefährdung (rechtzeitig) zu entscheiden:

- Für den Gang in die Mitbestimmung durch Verlust des Tendenzprivilegs.
- Für einen immunisierenden Schutz durch die Rechtsform der *Societas Europaea*.
- Oder für den Verzicht auf jene Handlung oder Maßnahme, die das Tendenzprivileg beseitigt oder gefährdet.

II. Mitbestimmungsfreiheit kraft Tendenzschutz – und ihre Gefährdung

Der Tendenzschutz nach § 1 Abs. 4 MitbestG, § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 DrittelbG aber auch § 118 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BetrVG reagiert auf eine bestimmte unternehmerische Tätigkeit oder Zwecksetzung. Hier soll nun nicht den tendenzgeschützten – und bis auf die Caritas verfassungsgeschützten – Unternehmenszwecken (hier: Berichterstattung oder Meinungsäußerung) nachgegangen werden. Kirchen und kirchliche Einrichtungen bleiben als Sonderfälle ausgeklammert. Vielmehr geht es um zwei für den Tendenzschutz auf der Metaebene maßgebende Fragen: Wie viel tendenzfremde Tätigkeit verträgt der Tendenzschutz? Und: Wie ist der Tendenzschutz im Konzern verteilt?

Dabei wird die rechtliche Beurteilung durch eine Zweiteilung des Rechtsweges belastet: Für die Freiheit von der Unternehmensmitbestimmung sind die ordentlichen Gerichte zuständig, die hierüber im Statusverfahren des § 98 AktG urteilen. Dass die Arbeitsgerichte nach § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG zuständig für das „Wie“ der Besetzungsfragen (Wahl der Arbeitnehmervertreter und Abberufung) sind, verschafft ihnen keine Entscheidungsbefugnis über die Festlegung des maßgeblichen Mitbestimmungsstatuts. Insofern greift ein Vorbehalt der Statusentscheidung durch die ordentlichen Gerichte, der jede arbeitsgerichtliche Wahlentscheidung sperrt.⁹

Hingegen wird der Tendenzschutz nach dem nahezu wortgleichen § 118 BetrVG von den Arbeitsgerichten beschieden, allerdings mit der Besonderheit, dass als tendenzgeschützte Einheit nicht nur das Unternehmen, sondern auch der Betrieb in Frage kommt – für die betriebsbezogene Mitbestimmung. Nur am Rande zu erwähnen ist ein Sonderfall: Über die Mitbestimmung in kirchlichen Einrichtungen öffentlicher Rechtsform entscheidet mit Blick auf § 130 BetrVG¹⁰ die Verwaltungsgerichtsbarkeit über den Personalrat. So musste der bayerische VGH klären, dass

der Verlag mit Druckerei eines kirchlichen Ordens (Körperschaft des öffentlichen Rechts) als erzieherische Einrichtung für „Erwachsenenbildung und Medienarbeit“ nach Art. 92 BayPVG mitbestimmungsfrei ist,¹¹ wohingegen die Klosterbrauerei Andechs wegen ihrer primär wirtschaftlichen Zwecksetzung als unselbständiger kirchlicher Wirtschaftsbetrieb (unbeschadet „leiblicher Wallfahrerbetreuung“) einen Personalrat verdient.¹²

1. „Unmittelbare und überwiegende“ Tendenzverfolgung im Unternehmen

Der Tendenzschutz nimmt *Unternehmen* von der Mitbestimmung aus, wenn es „unmittelbar und überwiegend“ der geschützten Tendenz „dient“.

a) Unmittelbarkeit

Das Unternehmen muss die Tendenz als geistig-ideelle Zwecksetzung *selbst und unmittelbar* verwirklichen. Das Unternehmen darf sich mit seiner Tätigkeit nicht auf eine dienende Funktion für ein anderes, dem Tendenzprivileg unterfallendes Unternehmen beschränken.¹³ Das bringt Probleme zuerst für Töchter im „Tendenz“-Konzern (zur Konzernmutter unter 2.): Verfolgen selbständige Tochterunternehmen untergeordnete Hilfsfunktionen ohne eigene Tendenz, genießen sie kein Tendenzprivileg – weil dort keine die Tendenz ausfüllende „programmatische Entscheidungen“ getroffen werden.¹⁴ Das gilt etwa für den Vertrieb von Presseprodukten oder für bloße Auftragsdruckereien, ganz unabhängig davon, ob sie am Markt tätig sind oder nur für Konzernauftraggeber arbeiten. Auch die beliebte Ausgliederung von Hilfsfunktionen wie Lagerhaltung, Gebäudebewirtschaftung, Maschinenwartung, Küchendienst, Krankenhauswäschereien etc. führt für die ausgegliederte Einheit zum Tendenzverlust. So hat die verselbständigte DRK-Blutspendedienst-GmbH gerade erfahren müssen, dass sie selbst keinen Dienst am leidenden Menschen verrichtet und also nicht karitativ tätig ist.¹⁵

Dies hat das BVerfG für eine Zeitungszustell-Tochtergesellschaft einer Verlagsgesellschaft gebilligt: Verfassungsrechtliche Gründe gebieten es nicht, den einem Tendenzunternehmen im Konzern gewährten Tendenzschutz auf ein nicht tendenzgeschütztes abhängiges Unterneh-

11 BayVGh v. 16.6.1999 – 17 P 98.1241, ZTR 2000, 43.

12 BayVGh v. 13.9.1989 – 17 P 89.00759, NVwZ-RR 1990, 494.

13 BAG v. 21.6.1989 – 7 ABR 58/87, NZA 1990, 402 (404 f.); OLG Dresden v. 15.4.2010 – 2 W 1174/09, NZG 2011, 462 (463) = AG 2011, 88; *Oetker* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, § 1 MitbestG (Stand 1999) Rz. 34; a.A. *Kania* in ErfK, 14. Aufl. 2014, § 118 BetrVG Rz. 6.

14 BAG v. 30.6.1981 – 1 ABR 30/79, AP Nr. 20 zu § 118 BetrVG 1972; *Weber* in GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 118 BetrVG Rz. 59 m.w.N.; *Bauer/Mengel*, Tendenzschutz für Neue Medienunternehmen, NZA 2001, 307 (308 f.); a.A. *Löffler*, Die Bedeutung des Tendenzschutzes für die Presse – Tendenzschutz ein überholtes Privileg?, AFP 1978, 165 ff.; *Mayer-Maly*, Grundsätzliches und Aktuelles zum Tendenzbetrieb, BB 1973, 761 ff.

15 LG Düsseldorf v. 30.4.2013 – 33 O 126/12 – juris. Nicht rechtskräftig: OLG Düsseldorf, I-26 W 8/13. Das LG Düsseldorf folgt damit der Entscheidung des BAG v. 22.5.2012 – 1 ABR 7/11, NZA-RR 2013, 78 das dem DRK-Blutspendedienst so den betriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutz (richtigerweise) abgesprochen hat.

8 Zu ihnen: *Rieble* in Bork/Schäfer, 2. Aufl. 2012, § 52 GmbHG Rz. 76 ff. m.w.N.

9 BAG v. 16.4.2008 – 7 ABR 6/07, ZIP 2008, 1630.

10 BAG v. 30.7.1987 – 6 ABR 78/85, NJW 1988, 933: Klosterbrauerei Andechs der Benediktinerabtei Sankt Bonifaz.

men zu erstrecken, das die Tendenzverwirklichung seinerseits selbst nicht beeinflusst.¹⁶

b) Überwiegen: qualitatives Gepräge oder quantitatives Arbeitsvolumen?

Kein Unternehmen verfolgt seine Zwecke „lupenrein“: Zur primären Ausrichtung können weitere (tendenzfreie) Hauptzwecke kommen, etwa wenn ein Verlag mit eigener Druckerei dort auch Fremddruckaufträge abwickelt¹⁷ oder wenn ein Zoo tendenzfrei Tiere ausstellt und tendenzbezogenen Forschung betreibt¹⁸ oder wenn ein kirchliches Krankenhaus eine gemischte karitativ-religiöse und weltliche Zwecksetzung verfolgt¹⁹. Hinzu kommen untergeordnete Hilfstätigkeiten, also Nebenzwecke: von der Verwaltung und Lohnbuchhaltung über die Kantine bis zu Wartung, Reinigung und Hausmeisterei.

Wie der Begriff „überwiegend“ zu verstehen ist, an welchem Kriterium also die Zuordnungsentscheidung auszurichten ist, das ist in Rechtsprechung und Literatur inzwischen stark umstritten: OLG Hamburg, überwiegendes gesellschaftsrechtliches Schrifttum und ein großer Teil der Arbeitsrechtsliteratur beurteilen die Frage der überwiegenden Tendenzverwirklichung nach einem *qualitativen Aspekt* – sog. *Geprägetheorie*. Das Gesamtgepräge des Unternehmens müsse auf Tendenzverwirklichung gerichtet sein. Größen wie Umsatzzahlen für tendenzbestimmte Tätigkeiten, Anzahl der tendenzverwirklichenden Arbeitnehmer etc. sollen allenfalls indiziellen Charakter haben, wenn ein Gesamtgepräge im übrigen nicht feststellbar ist.²⁰

Das BAG folgte ursprünglich und für seine damalige mitbestimmungsrechtliche Zuständigkeit (Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat nach § 76 BetrVG 1952) ebenfalls der Geprägetheorie. Allerdings kannte jener Tendenzschutzbestand des § 81 BetrVG 1952 kein Überwiegen, sondern sprach nur von Dienen. Für das BAG kam es damals auf das Erscheinungsbild „gegenüber einem verständigen Außenstehenden und allen, die an seinem betriebsverfassungsrechtlichen Leben teilnehmen“ an.²¹

Für das betriebsverfassungsrechtliche Tendenzprivileg des § 118 BetrVG 1972 geht das BAG durchweg von *quantitativen Aspekten* aus. Der Begriff „überwiegend“ habe nach seinem Wortsinn einen numerischen Inhalt.

Entscheidend ist für das BAG, in welcher Größenordnung das Unternehmen seine personellen und sonstigen Mittel zur Verwirklichung seiner tendenzgeschützten und seiner nicht tendenzgeschützten Ziele regelmäßig einsetzt. Bei personalintensiven Unternehmen kommt es darauf an, ob *mehr als die Hälfte der regelmäßigen Gesamtarbeitszeit für die Tendenzverwirklichung eingesetzt* wird. Früher wurde in „Manntagen“ gerechnet, was sich aber weder mit zunehmender Teilzeitbeschäftigung noch mit den variabler gewordenen Arbeitszeiten verträgt. Keine Berücksichtigung finden in der Regel Umsatzzahlen.²² Diese quantitative, an den Arbeitsvolumina ausgerichtete Sicht entspricht der tarifrechtlichen Zuordnung von branchengemischten Mischbetrieben zu einem fachlichen Geltungsbereich.²³

Allerdings begrenzt das BAG in seiner Leitentscheidung „Zoologischer Garten“ diese Aussage explizit auf „*Mischunternehmen*“, die mehrere Zwecksetzungen verfolgen, von denen nur ein Teil tendenzgeschützt ist.²⁴ Dagegen werden untergeordnete Nebentätigkeiten entweder einer Haupttätigkeit zugeschlagen oder bleiben als allen Unternehmenszwecken dienende Stabsfunktionen (Lohnbuchhaltung) ganz außer Betracht. Werden in einer unternehmenseigenen Druckerei überwiegend Produkte gedruckt, die der Tendenzverwirklichung des Verlags dienen, so sind die Arbeitszeiten des Druckereipersonals für die verlegerische Tendenz einzurechnen. Insofern also ist die Rechtsprechung des BAG nicht so numerisch, wie es scheint: Mit der Zuordnung dienender Einheiten wird ein qualitatives Element geschaffen, das aber auf einer konkreten arbeitstechnischen Zuordnung fußt. Auch das entspricht wiederum der tariftypischen Branchenzuordnung: Hilfsbetriebe werden der Hauptbranche zugeschlagen.²⁵

Für die Unternehmensmitbestimmung lassen die seltenen Entscheidungen im Beschlussverfahren des § 98 AktG typischerweise offen, welcher Ansicht gefolgt werden soll.²⁶ Auf den theoretischen Unterschied kommt es selten an – und in aller Regel werden Tendenzunternehmen hinreichenden Sicherheitsabstand vor der Mitbestimmung wahren. Allerdings ist anzunehmen, dass die Zivilgerichte sich aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung eher der quantitativ-numerischen Sichtweise des BAG anschlie-

16 BVerfG (Kammer) v. 29.4.2003 – 1 BvR 62/99, NZA 2003, 864.

17 So der Fall BAG v. 9.12.1975 – 1 ABR 37/74, AP Nr. 7 zu § 118 BetrVG 1972 mit Anm. Löwisch.

18 BAG v. 21.6.1989 – 7 ABR 58/87, AP Nr. 43 zu § 118 BetrVG 1972.

19 Dazu instruktiv Thüsing, Mitbestimmung und Tarifrecht im kirchlichen Konzern, ZTR 2002, 56.

20 OLG Hamburg v. 22.1.1980 – 11 W 38/79, NJW 1980, 1803 = AG 1980, 313; Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Hensler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 1 MitbestG Rz. 60; Gach in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 1 MitbestG Rz. 33; Raiser/Veil, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. Aufl. (2009), § 1 MitbestG Rz. 43, § 5 MitbestG Rz. 19; Thüsing in Richardi, 14. Aufl. 2014, § 118 BetrVG Rz. 36; Weber in GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 118 BetrVG Rz. 64 ff.; Kaiser in Löwisch/Kaiser, 6. Aufl. 2010, § 118 BetrVG Rz. 24, alle m.w.N.

21 BAG v. 29.5.1970 – 1 ABR 17/69, AP Nr. 13 zu § 81 BetrVG.

22 BAG v. 21.6.1989 – 7 ABR 58/87, NZA 1990, 402 und seither ständig, etwa BAG v. 3.7.1990 – 1 ABR 36/89, NZA 1990, 903 (905); BAG v. 15.3.2006 – 7 ABR 24/05, NZA 2006, 1422; zustimmend Bauer/Lingemann, Stilllegung von Tendenzbetrieben am Beispiel von Pressebetrieben, NZA 1995, 813; Fitting, 26. Aufl. 2012, § 118 BetrVG Rz. 14; Oetker in Grobkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, § 1 MitbestG (Stand 1999) Rz. 36 f.; weitere Nachweise bei Weber in GK-BetrVG, 10. Aufl. (2014), § 118 BetrVG Rz. 65 f.

23 Dazu nur Löwisch/Rieble, 3. Aufl. 2012, § 4 TVG Rz. 204a m.w.N.

24 BAG v. 21.6.1989 – 7 ABR 58/87, AP Nr. 43 zu § 118 BetrVG 1972.

25 Etwa BAG v. 25.2.1987 – 4 AZR 240/86, AP Nr. 81 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau für Abbrucharbeiten und Materialtransport als Teil baugewerblicher Tätigkeit.

26 LG Hamburg v. 24.6.1999 – 321 T 86/98, NZA-RR 2000, 209 = AG 2001, 98; LG Hamburg 24.6.1999 – 321 O 86/98, AfP 2000, 99 (Parallelentscheidung); OLG Dresden v. 15.4.2010 – 2 W 1174/09, NZG 2011, 462 (463 f.) = AG 2011, 88.

ben werden.²⁷ Es wäre schwer erträglich, wenn die Tendenz Eigenschaft in der Unternehmensmitbestimmung anders beurteilt würde, als in der Betriebsverfassung, zumal Wirtschaftsausschuss und Interessenausgleich, die nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG im Tendenzunternehmen entfallen, nicht anders als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten dienen. Mithin bleiben nur zwei Wege: Entweder kooperieren die Gerichtsbarkeiten oder der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes wird irgendwann befragt. Da die branchenspezifische Zuordnung von Mischunternehmen – wie im Tarifrecht – eine eher arbeitsrechtliche Frage ist, lohnt sich meines Erachtens der Streit nicht.

In der Sache haben beide Ansätze ihre Berechtigung: Für die Geprägetheorie spricht, dass sie „materialisierend“ den Verfassungsschutz der Tendenzbetätigung (Ausnahme: Caritas) durchsetzt. Ebenso der Umstand, dass jedenfalls die Einrichtungen der Kirchen von Verfassung wegen auch dann tendenzgeschützt sind, wenn sie sich überwiegend wirtschaftlich betätigen; erst wenn die religiöse Zielsetzung als bloßer Vorwand dient, ist die Grenze überschritten.²⁸ Auch schützt die Verfassung einen bestimmten Unternehmenszweck und seinen Vollzug und nicht einen besonderen Mitbestimmungseinsatz. Warum kommt es auf den Tätigkeitsumfang an? Warum soll ein besonders arbeitsaufwendiger tendenzloser Zweck einen Tendenzzweck, der effektiv mit weniger Arbeitnehmern verrichtet wird, dominieren können?

Für die quantitative Theorie spricht der Schutzzweck der Mitbestimmung, der der Belegschaft Teilhaberechte verschaffen soll und mit den Schwellenwerten bereits numerisch orientiert ist. Im Kern will das BAG doch „nur“ verhindern, dass die Belegschaft eines an sich mitbestimmten Unternehmens deshalb ihre Teilhaberechte einbüßt, weil im Unternehmen mit einer Minderheitsbelegschaft ein Tendenzzweck verfolgt wird, von dem das Unternehmen kraft autonomer Widmung sagen kann, diese geistig-ideelle Bestimmung sei der „Hauptzweck“. Verfassungsrechtliche Argumente wiegen dabei nicht so schwer: Den Unternehmensträgern steht es frei, unterschiedliche Tätigkeiten in rechtlich selbständigen Unternehmen getrennt voneinander zu organisieren – und so den Tendenzschutz für verfassungsgeschützten Tätigkeiten durchzusetzen. Anders gewendet: In der Sicht des BAG dient das „überwiegend“ weniger dem Schutz des Tendenzunternehmers, sondern dem der Belegschaft im tendenzfreien Unternehmensteil.

Den Ausschlag sollte die Rechtssicherheit geben: Das Gepräge kann jeder Betrachter anders sehen; nur den Kirchen ist hier verfassungsrechtlich eine Selbsteinschätzungs- oder Selbstverständnisprärogative eingeräumt. Richter mit mitbestimmungsfreundlicher Gesinnung wer-

den andere Gepräge sehen und empfinden als solche mit freiheitlicher Denkweise. Das „Gepräge“ ist eine General Klausel, die kaum rational zu handhaben ist und letztlich zu Kryptorationalität einlädt. Arbeitszeitvolumina indes lassen sich einigermaßen zuverlässig erfassen – wodurch das Tendenzurteil im Mischunternehmen einigermaßen vorhersagbar wird.

2. Tendenzschutz im Konzern?

a) Kein Tendenzkonzern

Allen Tendenzschutznormen ist gemein, dass die Tendenz auf Unternehmensebene (in der Betriebsverfassung auch auf der Betriebsebene) festzustellen ist. Einen *Tendenzkonzern* gibt es nicht. Das ist für die Unternehmensmitbestimmung ein erhebliches Problem, weil diese nach § 5 MitbestG auf den Konzern ausgerichtet ist.²⁹ Genauer: Während die Konzernbetriebsverfassung mit § 54 BetrVG die Obergesellschaft als echten (betriebsverfassungsrechtlich einheitlichen) Konzernarbeitgeber wertet, ordnen § 5 MitbestG und (schwächer) § 2 DrittelbG die Zurechnung der Konzernbelegschaft zur Obergesellschaft an. Wiewohl also der Obergesellschaft die Arbeitnehmer der Töchter mitbestimmungsrechtlich zugerechnet werden, kommt es auf deren etwaige Tendenzbetätigung bei den Töchtern nicht an. Maßgebend ist nach heute nahezu allgemeiner Meinung allein die Zwecksetzung der Obergesellschaft.³⁰ Deswegen kann eine Konzernobergesellschaft (im Krankenhauskonzern) sich nicht auf die karitative Zwecksetzung von Töchtern berufen, wenn sie selbst nach ihrer Satzung die Gewinnerzielung bezweckt und die Gewinnverwendung regelt.³¹

Unproblematisch ist deshalb diejenige Obergesellschaft, die mit eigenen Arbeitnehmern einen tendenzgeschützten Zweck verfolgt – und tendenzfreie Tätigkeiten auf Tochtergesellschaften ausgelagert hat. Die Töchter können selbst mitbestimmt sein – aber die von der Obergesellschaft ausgeübte Leitungsmacht bleibt frei von Arbeitnehmereinfluss. Praktikabel ist das insbesondere dann, wenn die Töchter als GmbH verfasst sind, weil die Mutter mit mitbestimmungsfreien Gesellschafterweisungen ungeachtet des GmbH-Aufsichtsrats mitbestimmungsfrei durchregieren kann. Sonderfall der Mitbestimmungsfreiheit ist die GmbH & Co., bei der die Tendenz von der GmbH und die tendenzfreien Tätigkeiten in der KG organisiert sind: Hier läuft § 4 MitbestG ins Leere.

Mitbestimmungsfreunde wollen in diesem Fall helfen: mit einer analogen Anwendung des § 5 Abs. 3 MitbestG,

27 So LG Frankfurt/O. v. 25.3.2010 – 31 O 21/10, AE 2010, 197.

28 Vgl. BVerwG v. 27.3.1992 – 7 C 21/90, BVerwGE 90, 112 für einen Meditationsverein; hierauf rekurriert BayVGH v. 16.6.1999 – 17 P 98.1241, ZTR 2000, 43 für die überwiegend mit Fremdaufträgen ausgelastete Verlagsdruckerei eines Ordens.

29 Instrukтив *Habersack*, Die Konzernmitbestimmung nach § 5 MitbestG und § 2 DrittelbG, AG 2007, 641; *Habersack*, Konzernrechtliche Aspekte der Mitbestimmung in der Societas Europaea, Der Konzern 2006, 105.

30 Statt vieler BAG v. 30.6.1981 – 1 ABR 30/79, AP Nr. 20 zu § 118 BetrVG 1972 und *Thülsing*, Mitbestimmung und Tarifrecht im kirchlichen Konzern, ZTR 2002, 56 (59 ff.) m.w.N. Die Gegenmeinung vertrat etwa *Mayer-Maly*, Der Tendenzkonzern, in FS Möhring, 1975, S. 251.

31 BayObLG v. 10.8.1995 – 3Z BR 149/93, NZA-RR 1996, 10 = AG 1996, 33; ebenso OLG Brandenburg v. 5.2.2013 – 6 Wx 5/12, ZIP 2013, 1623 = AG 2013, 686.

also einen Teilkonzern-Aufsichtsrat bilden.³² Das ist methodisch abzulehnen, weil es an der planwidrigen Regelungslücke fehlt. Der Gesetzgeber des MitbestG hat in § 5 Abs. 3 doch keine allgemeine Auffang-Generalklausel geschaffen, die immer dann greift, wenn sich irgendwo eine Mitbestimmungslücke offenbart. Gerade für den Tendenzschutz des § 1 Abs. 4 MitbestG sind Konzerne mit tendenzgeschützter Mutter keine Überraschung, sondern im Gesetz angelegt.

b) Tendenzgeschützte Holding?

Ob eine Holding-Gesellschaft, die sich auf das Halten und Verwalten von Gesellschaftsanteilen beschränkt, selbst und unmittelbar überhaupt einen Tendenzzweck verfolgen kann, ist umstritten. Ein Teil der Literatur spricht ihr jeden eigenen und unmittelbaren geistig-ideellen Zweck ab. Dass die Mitbestimmung über die Konzernleitungsmacht mittelbar abhängige Tendenzunternehmen erfassen könne, sei lediglich die Kehrseite der wirtschaftlichen Vorteile im Konzernverbund.³³

Richtig ist nur der Ausgangspunkt: Es kommt auf die Tendenz unmittelbar im herrschenden Unternehmen an. Irrig ist der daraus gezogene Schluss, eine herrschende Holding könne unmittelbar keinen Tendenzzweck verfolgen. Vielmehr kann die *Ausübung von Leitungsmacht unmittelbare Tendenzverfolgung* sein. Dies hat das OLG Hamburg zutreffend erkannt: Unternehmensleitung ist selbst keine tendenzneutrale Tätigkeit. Die organisatorische Verselbständigung der Leitungsmacht in einer eigenständigen Obergesellschaft ändert daran nichts.³⁴ Es kommt entscheidend darauf an, ob die *Steuerungstätigkeit der Holding selbst Tendenzcharakter* hat, also durch inhaltliche Vorgaben oder Personalentscheidungen für zentrale

Tendenzträger die Tendenz der Töchter lenkt. Dann ist die Konzernleitung selbst und unmittelbar vom einschlägigen Grundrechtsschutz erfasst und muss insofern vor dem Fremdeinfluss durch Arbeitnehmervertreter im eigenen Aufsichtsrat geschützt werden. Dadurch erübrigt sich jede Analogie des § 1 Abs. 4 MitbestG auf die Obergesellschaft eines Tendenzkonzerns.³⁵

Das BAG hat für den umgekehrten Fall eines tendenzfreien Druckereiunternehmens innerhalb des Tendenzkonzerns den Tendenzschutz – richtig – verneint.³⁶ BAG wie BVerfG stellen entscheidend darauf ab, dass das abhängige Tochterunternehmen keinen Einfluss auf die Tendenzverwirklichung des herrschenden Unternehmens nehmen könne. Die geistig-ideelle Beeinflussung wirke grundsätzlich nur vom herrschenden Unternehmen auf das abhängige hin. In einem obiter dictum meint das BAG unter Bezug auf das OLG Hamburg: „Die Tendenz des Konzerns werde durch alle Konzernunternehmen gemeinsam gekennzeichnet. Diese Betrachtungsweise rechtfertigt zwar, das herrschende Unternehmen im Tendenzkonzern auch dann als Tendenzunternehmen zu behandeln, wenn es selbst nicht unmittelbar geistig-ideellen Zielsetzungen dient“.³⁷

Tendenzschutz kraft Leitungsmacht ist keine Automatik. Es genügt nicht, dass im Konzern Tendenzunternehmen vorhanden sind. Die Holdingtendenz verlangt:

- Der Gesellschaftszweck des herrschenden Unternehmens muss auf eine tendenzgeschützte Tätigkeit gerichtet sein. Dafür genügt eine tendenzbezogene Leitungsmacht. Insofern fallen allenfalls bloße Beteiligungsgesellschaften heraus, wenn, soweit und solange sie keinen Einfluss auf die geistig-ideellen Zwecke ihrer Töchter nehmen wollen.

- Das herrschende Unternehmen muss konkreten Einfluss auf die Tendenzverwirklichung nehmen. Dazu ist es erforderlich und ausreichend, tendenzbezogene Richtlinien vorzugeben und Zustimmungsvorbehalte für wesentliche Tendenzentscheidungen, insbesondere für Personalentscheidungen über Tendenzträger zu vereinbaren, vom Chefredakteur bis zum ärztlichen Direktor.

Die eigentliche *Gefahr* einer solchen Konzernstruktur besteht darin, dass die Obergesellschaft ihren Tendenz Einfluss *in der praktischen Handhabung* über längere Zeit

32 Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 5 MitbestG Rz. 60, 73 m.w.N.

33 So insbesondere Sieling-Wendeling, Zum Tendenzschutz im Konzern nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, AuR 1977, 240 ff.; deren Argumentation erkennbar folgend: LG Hamburg 24.9.1979 – 71 T 31/1978, DB 1979, 2279 f.; ähnlich Martens, Die Tendenzunternehmen im Konzern, AG 1980, 289 ff.; Wiedemann, Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer, BB 1978, 5 (10); Birk, „Tendenzbetrieb“ und Wirtschaftsausschuß, JZ 1973, 753 (757).

34 OLG Hamburg v. 22.1.1980 – 11 W 38/79, NJW 1980, 1803 = AG 1980, 313. Dem folgt die weitere Rechtsprechung und die überwiegende Literatur vgl. OLG Dresden v. 15.4.2010 – 2 W 1174/09, NZG 2011, 462 = AG 2011, 88; LG Frankfurt/O. v. 25.3.2010 – 31 O 21/10, AE 2010, 197; LG Hamburg v. 24.6.1999 – 321 T 86/98, NZA-RR 2000, 209 = AG 2001, 98; LG Hamburg v. 24.6.1999 – 321 O 86/98, AfP 2000, 99 (Parallelentscheidung); in einem obiter dictum auch BAG v. 30.6.1981 – 1 ABR 30/79, AP Nr. 20 zu § 118 BetrVG 1972; Gach in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 1 MitbestG Rz. 38; Raiser/Veil, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. Aufl. 2009, § 5 MitbestG Rz. 19; Thüsing in Richardi, 14. Aufl. 2014, § 118 BetrVG Rz. 109; Weber in GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 118 BetrVG Rz. 53; Wichert in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2011, § 5 MitbestG Rz. 22; Koberski in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, § 1 MitbestG Rz. 55, alle m.w.N. Die gelegentlich hiergegen zitierte Entscheidung OLG Stuttgart v. 3.5.1989 – 8 W 38/89, NJW-RR 1989, 936 = AG 1990, 168 ist themenfremd. Dort ging es um eine Zwischenholding im gewerblichen Metallkonzern, der jede Tendenz fehlte und die lediglich ihrer Anteilseignerin, einer gemeinnützigen Stiftung GmbH, die Gewinne für deren karitative Zwecke überließ.

35 Dafür Loritz, Mitbestimmung und Tendenzschutz im Konzern, ZfA 1985, 497 ff.; Mayer-Maly/Löwisch, Bemerkungen zur neueren Rechtsprechung zum Tendenzschutz, BB 1983, 913; Oetker in ErfK, 14. Aufl. 2014, § 5 MitbestG Rz. 16; Ulmer/Habersack in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 5 MitbestG Rz. 60.

36 BAG v. 30.6.1981 – 1 ABR 30/79, AP Nr. 20 zu § 118 BetrVG 1972; aus verfassungsrechtlicher Sicht BVerfG 29.4.2003 – 1 BvR 62/99, AP Nr. 75 zu § 118 BetrVG; Gach in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 1 MitbestG Rz. 36; Oetker in ErfK, 14. Aufl. 2014, § 5 MitbestG Rz. 16; Raiser/Veil, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. Aufl. 2009, § 5 MitbestG Rz. 17; a.A. Birk, „Tendenzbetrieb“ und Wirtschaftsausschuß, JZ 1973, 753 (757).

37 BAG v. 30.6.1981 – 1 ABR 30/79, AP Nr. 20 zu § 118 BetrVG 1972.

nicht ausübt – etwa weil sie mit der Selbststeuerung ihrer Töchter zufrieden ist. Für das Tendenzprivileg kann eine *nur potentielle Ausübung der tendenzbezogenen Leitungsmacht* nicht ausreichen. Sonst könnte die Unternehmensmitbestimmung durch bloße Vertragsgestaltung ausgeschaltet werden. Entscheidend ist also die praktische Handhabung über einen längeren Zeitraum.

c) Gemischte Leitungsmacht als Problem (Konzerngepräge)

Gefahr für die Mitbestimmungsfreiheit einer konzernleitenden Holding droht aus dem Kontrollerwerb über tendenzfreie Töchter. Die Holding kann nach dem eben Gesagten zwar unmittelbar tendenzverwirklichende Tätigkeiten auch durch Ausübung von Leitungsmacht entfalten, *sie muss dies jedoch wie jedes Tendenzunternehmen auch „überwiegend“ tun*.³⁸ Dementsprechend kommt es auch hier zuerst auf die Entscheidung zwischen qualitativer Gepräge Theorie oder quantitativer Arbeitsvolumenbeurteilung an (oben I.b).

Da die Holding selbst vielfach arbeitnehmerlos ist und nur Leitungsaufgaben wahrnimmt, will eine starke Meinung den Tendenzschutz in der Holding anhand der in den abhängigen Unternehmen ausgeübten Tätigkeiten, also der dortigen Arbeitnehmer beurteilen: Wenn dort überwiegend tendenzgeschützte Tätigkeiten ausgeübt würden, diene die Ausübung von Leitungsmacht im herrschenden Unternehmen überwiegend der Tendenzverwirklichung.³⁹

Das indes ist ein logischer Bruch: Hier nun soll es also erstmals und ausnahmsweise auf das „Konzerngepräge“ im Tendenzkonzern ankommen oder auf das Arbeitsvolumen in der Konzernbelegschaft. Das OLG Hamburg sieht – dogmatisch sehr klar – diesen Bruch und versucht sich zu „retten“, indem es darin nur eine mittelbare Anknüpfung sieht, einen Rückschluss von den angeleiteten Töchtern auf die Unternehmenstätigkeit der Mutter: „Denn wie bereits dargestellt, kommt es auf den Tendenzcharakter des einzelnen Unternehmens an; die Bewertung des Unternehmensverbundes, in das es eingegliedert ist, hat dafür nur insoweit Bedeutung, als diese sich auf die Bewertung des Konzernunternehmens als solchem auswirken kann. Bei dieser Sicht handelte es sich daher auch nicht etwa nur um eine analoge Anwendung der für Unternehmen geltenden Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes auf den Tatbestand eines Konzerns.“⁴⁰ Das OLG Dresden wertet ähnlich: Das herrschende Unternehmen sei selbst

tendenzgeschützt, „wenn der von ihm ausgeübten Leitungsmacht überwiegend tendenzgeschützte Rechtsträger unterworfen sind“ und will die Obergesellschaft dann an Mitarbeiterzahl und Umsätzen der jeweils tendenzgeschützten oder tendenzfreien Tochterunternehmen messen.⁴¹

Mit diesem Rückschlussargument kann zwar der notwendigen Unternehmensbezogenheit Rechnung getragen werden – doch wird das Merkmal „unmittelbar“ verfehlt. Wenn es nämlich auf die Tendenzqualität der angeleiteten Töchter ankommen soll, dann wird die Tendenz der Mutter nur mittelbar bestimmt. Außerdem kommt es zu erheblichen Friktionen: Wenn man – mittelbar – auf die Konzernbelegschaft abstellt, wird man zuerst korrigierend Hilfsunternehmen, die für sich genommen tendenzfrei agieren, aber doch im Dienst anderer Tendenzunternehmen der Gruppe agieren (Druckerei für konzerneigenen Verlag; Wäscherei für eigenes Krankenhaus; Reinigungsunternehmen für konzerneigene Schule oder Universität) diesen zuordnen müssen. Innerhalb eines Unternehmens werden solche untergeordneten Nebenzwecke einem Hauptzweck (mit oder ohne Tendenz) zugerechnet (oben I.a). Wer für die Obergesellschaft eine konzernweite Gesamtschau will, darf solch funktionale Zuordnung dann nicht außer Betracht lassen. Mithin wird eine *komplexe Analyse der konzerneigenen Wertschöpfungskette* mit beachtlichen Hauptzwecken und untergeordneten Nebenzwecken erforderlich. Zweitens ist zu beachten: Tendenzunternehmen sind mitunter international tätig. Wenn die Tendenzholding auch Auslandsgesellschaften der Gruppe steuert, muss deren Tendenz (Presse in Frankreich, Zusammenarbeit mit ausländischer Universität, transnationaler Klinikverbund) mitberücksichtigt werden. Denn für die in Deutschland befindliche Obergesellschaft ist diese Steuerung inländische Tendenz und – bis auf die Caritas – auch verfassungsgeschützt.

Demgegenüber ist es mit Blick auf Wortlaut und Funktion der Tendenzschutztatbestände konsequent, allein auf die Obergesellschaft abzustellen und dort (mit Arbeitszeitvolumina) zu analysieren, inwieweit die tendenzbezogene Leitung die tendenzfreie überwiegt. Arbeitnehmerzahlen oder Umsätze von Tochtergesellschaften sind dafür irrelevant – nicht bloß, weil das mittelbare Faktoren sind, sondern vor allem, weil die Leitungsmacht nicht deswegen intensiver ausfällt, weil sie viele Arbeitnehmer betrifft. Eine Presseholding wird ihren Presseunternehmen mehr Aufmerksamkeit widmen, als tendenzfreien und neutralen Töchtern.

III. „Rettung“ durch SE mit eingefrorener Null-Mitbestimmung

Man sieht: Zahlreiche Unwägbarkeiten belasten Tendenzunternehmen und besonders Tendenzkonzerne. Eine „lu-

38 So ausdrücklich OLG Hamburg v. 22.1.1980 – 11 W 38/79, NJW 1980, 1803 (1804) = AG 1980, 313; zustimmend OLG Dresden v. 15.4.2010 – 2 W 1174/09, NZG 2011, 462 = AG 2011, 88; *Raiserl Veil*, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 5. Aufl. 2009, § 5 MitbestG Rz. 19.

39 OLG Hamburg v. 22.1.1980 – 11 W 38/79, NJW 1980, 1803 (1804) = AG 1980, 313 (mit Gepräge Theorie); explizit OLG Dresden v. 15.4.2010 – 2 W 1174/09, NZG 2011, 462 = AG 2011, 88; LG Hamburg v. 24.6.1999 – 321 T 86/98, NZA-RR 2000, 209 (210) = AG 2001, 98; *Behrens/Grager*, Mit Tendenz zur Mitbestimmungsfreiheit?, AfP 2000, 34 (36); *Oetker* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, § 5 MitbestG (Stand 1999) Rz. 38; *Thüsing* in Richardi, 14. Aufl. 2014, § 118 BetrVG Rz. 109: „Gesamtbeurteilung des Konzerns“.

40 OLG Hamburg v. 22.1.1980 – 11 W 38/79, NJW 1980, 1803 = AG 1980, 313.

41 OLG Dresden v. 15.4.2010 – 2 W 1174/09, NZG 2011, 462, unter I.2.a und c)bb) = AG 2011, 88.

penreine“ Tendenz verfolgt kaum ein Unternehmen und keine Holding. So gesehen steht jedes Tendenzunternehmen und erst recht die Obergesellschaft in einem Tendenzkonzern in der Gefahr, dass Betriebsrat oder Gewerkschaft Mitbestimmungsrechte im Statusverfahren nach § 98 AktG geltend machen. Darauf reagieren die dem Autor bekannten Tendenzunternehmen mit entsprechendem „Sicherheitsabstandsdenken“: Sie vermeiden alles, was das Tendenzprivileg gefährdet. Sie sehen vom Zukauf neutraler Unternehmen ab oder schaffen durch Entkonzernierung den Sicherheitsabstand. Mitunter werden Tendenzelemente behalten, obwohl betriebswirtschaftlich mehr für eine Veräußerung spricht. Kurz: *Die Mitbestimmungsvermeidung wird handlungsleitend*. Insofern verhält es sich nicht anders als bei mittelständischen Unternehmen, die so auf die 2.000er-Schwelle des MitbestG fixiert sind, dass sinnvolles (inländisches) Wachstum unterbleibt.

Gegenüber solchen Gefahren immunisiert die Umwandlung in eine Tendenz-SE: Die Obergesellschaft muss nur sicher sein, dass im relevanten Umwandlungszeitpunkt (wobei gestritten wird: Beginn oder Ende der Beteiligungsverhandlungen oder Registereintragung⁴²) Tendenzschutz besteht. Dann geht die Gesellschaft mit einem Mitbestimmungsbesitzstand „Null“ (keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat) in die Beteiligungsverhandlungen, weswegen die gesetzliche Mitbestimmungs-Auffanglösung nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG ebenfalls „Null“ beträgt. Das flankierende Mitbestimmungsminderungsverbot in § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG läuft leer. In den Beteiligungsverhandlungen mit dem besonderen Verhandlungsgremium hat das Tendenzunternehmen eine starke Stellung und wird sich schwerlich auf eine freiwillige Unternehmensmitbestimmung einlassen. Erstaunlich nur, dass dieser Aspekt in der Literatur (soweit ersichtlich) nur von *Habersack* bemerkt⁴³ – und sonst nur die Erhöhung der Beschäftigtenzahl über den einschlägigen Schwellenwert gesehen wird. Riskant ist das nur, wenn die Mitbestimmungsfreiheit rechtlich nicht hinreichend eindeutig besteht. Dem lässt sich durch ein vorsorgliches und umwandlungsnahes Statusverfahren nach § 98 AktG begegnen⁴⁴: Dessen Rechtskraft verhindert dann jegliche spätere „Umwertung“ der Tendenzfrage. Was nach der SE-Errichtung geschieht, ist für die Mitbestimmung in der SE bekanntermaßen irrelevant: § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG entzieht die SE dem nationalen Mitbestimmungsregime und ist insoweit auf Art. 13 Abs. 2 SE-RL verpflichtet.

42 Dazu *Jacobs* in *MünchKomm/AktG*, 3. Aufl. 2012, § 34 SEBG Rz. 11 und § 15 SEBG Rz. 8 m.w.N.; *Krause*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), BB 2005, 1221 (1224); *Jannott/Frodermann/Kienast*, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea, 2005, Kapitel 13 Mitbestimmung Rz. 112–121; *Rieble*, SE-Mitbestimmungsvereinbarung: Verfahren, Fehlerquellen und Rechtsschutz, ZAAR Schriftenreihe 12 (2008), S. 73, Rz. 110–127.

43 *Habersack* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 34 SEBG Rz. 13 am Ende.

44 Vgl. den Fall LG Nürnberg-Fürth v. 31.1.2013 – 1 HK O 2708/12 – für Arbeitnehmerzahlfragen eines Metallunternehmens, das seine Belegschaft bei ca. 1.900 gesehen hat.

§ 39 SEBG spricht den Tendenzschutz in der SE besonders an. Er ist deklaratorisch, soweit in der Sekunde der Umwandlung Tendenzschutz bestanden hat.⁴⁵ Denn dann geht die deutsche Aktiengesellschaft mitbestimmungsfrei in die Umwandlung, weswegen dann auch die SE nach dem grundlegenden Vorher-Nachher-Prinzip der Besitzstandswahrung notwendig mitbestimmungsfrei ist. Eigenständige rechtliche Bedeutung kann § 39 SEBG mithin nur haben, wenn eine einmal mitbestimmt errichtete SE nachträglich Tendenzunternehmen wird und dann nachträgliche Mitbestimmungsfreiheit genießen soll.⁴⁶

Für die einmal mitbestimmungsfrei errichtete Tendenz-SE gilt: Sie bleibt *dauerhaft mitbestimmungsfrei* – und zwar auch dann, wenn das Unternehmen seinen *Tendenzschutz verliert*. Denn die nachträgliche Mitbestimmung könnte sich nur aus der Anwendung entweder des DrittelbG oder des MitbestG ergeben – beide sind aber auf die SE (also ab Eintragung) gerade nicht anwendbar. Dass dasselbe Unternehmen in der Rechtsform einer deutschen AG in ein schärferes Mitbestimmungsstatut hineinwanderte, ist für die SE schlechthin bedeutungslos.

Diese „ewige“ Mitbestimmungsfreiheit (wenn nicht der europäische Gesetzgeber eine europäische Unternehmensmitbestimmung einführt) hat für das Unternehmen vier Vorteile:

- Eher theoretisch ist die Möglichkeit, die Mitbestimmungsfreiheit für einen Branchenwechsel zu nutzen. So könnte die Axel Springer SE mitbestimmungsfrei in den Maschinenbau einsteigen oder Gummistiefel produzieren.
- Praktisch aber wird der Vorstand von dem deutschrechtlichen Risiko entlastet, bei jeder Struktur- und Geschäftsfeldänderung auf die Anforderungen des deutschen Tendenzprivilegs zu achten. Er kann eine Holding anstreben und braucht sich um die Tendenzvoraussetzungen nicht (mehr) zu kümmern. Er kann seine Wertschöpfungskette restrukturieren, ohne auf hinreichend viele Tendenzarbeitnehmer im steuernden Unternehmen zu achten. Er kann Geschäftsfelder anstreben, in denen über die Tendenz noch gestritten wird und er kann sorgenfrei tendenzfreie Beteiligungen erwerben (etwa e-commerce). Kurz: Die Tendenz-SE *erweitert den Möglichkeitsraum*, gewinnt strategische und operative Freiheit ohne deutschen Mitbestimmungsklotz am Bein. Insofern verhält es sich nicht anders als beim klassischen Mitbestimmungsflüchtling, der durch die SE die unbeschwertere Freiheit zum Wachstum im Inland erwirbt.
- Die Tendenz-SE kann (nachträglich) ein monistisches Board-System (§§ 20 ff. SEAG) wählen, ohne befürchten zu müssen, dass Arbeitnehmervertreter in den Verwaltungsrat als Aufsichtspersonen (weitere Direktoren)

45 *Jacobs* in *MünchKomm/AktG*, 3. Aufl. 2012, § 39 SEBG Rz. 10: „entbehrlich“. *Von der Heyde*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Societas Europaea (2006), S. 270: „überflüssig“

46 Von der Literatur bislang nicht gesehen.



ren) einziehen, § 40 SEAG. Das ermöglicht intensivere Zusammenarbeit zwischen Anteilseignern und Vorstand.

- Schließlich gewinnt die SE besondere Restrukturierungsfreiheit. Eine bestehende SE kann jederzeit eine Tochter-SE gründen, Art. 3 Abs. 2 SE-VO, für die zwar Mitbestimmungsverhandlungen durchzuführen sind, die aber in die Mitbestimmung „Null“ der Mutter als Auffanglösung führen. So kann auch die Mitbestimmung in Tochtergesellschaften vermieden werden – ganz unabhängig davon, ob dort Tendenzen verfolgt werden. Die Lohndruckerei als Tochter-SE bleibt mitbestimmungsfrei.

Dies alles gilt selbstredend nur für die Unternehmensmitbestimmung. Die deutsche betriebliche Mitbestimmung reagiert auf den Verlust des Tendenzschutzes – durch Errichtung eines Wirtschaftsausschusses auf Unternehmensebene und durch das volle Mitbestimmungsprogramm des BetrVG. Insofern wird das deutsche Arbeitsrecht auf die Flucht aus der Unternehmensmitbestimmung mit einer Intensivierung der betrieblichen reagieren. Das läuft auf die vom *Berliner Netzwerk Corporate Governance* geforderte Mitbestimmung über einen Konsultationsrat hinaus.⁴⁷ Der Wirtschaftsausschuss des BetrVG

⁴⁷ Dazu *Kirchner*, Grundstruktur eines neuen institutionellen Designs

ist eben dieser Konsultationsrat. Indes ist er auf die Unternehmensebene beschränkt. Einen Konzernwirtschaftsausschuss gibt es nicht, dessen Funktion kann nur der Konzernbetriebsrat wahrnehmen. Ob der SE-Betriebsrat im Falle nachträglicher Tendenzfreiheit zusätzliche Informations- oder Konsultationsrechte erlangt, hängt in erster Linie von der Beteiligungsvereinbarung ab, die solch bedingte Rechte vorsehen kann.

Unternehmensmitbestimmungsfreiheit bedeutet auch: Jeder organschaftliche Einfluss, insbesondere auf Vorstandsbestellung und -vergütung, ist ausgeschlossen. Und die governance-widrige Konstruktion der Unternehmensmitbestimmung, bei der betriebliche Arbeitnehmervertreter denjenigen Vorstand kontrollieren, mit dem sie selbst als Betriebsräte Geschäfte machen⁴⁸, scheidet ebenfalls aus. Die Tendenz-SE hat die bessere Unternehmensführung.

für die Arbeitnehmermitbestimmung auf der Unternehmensebene, AG 2004, 197 (200). Die Thesen des Berliner Netzwerks finden sich ebenda, S. 200.

⁴⁸ Grundlegend *Brockner*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance (2006) [im Netz: www.zaar.uni-muenchen.de/download/verlag/schriftenreihe/zsr_7.pdf [6.2.2014]; vertieft durch *Gietzen*, Unternehmensmitbestimmung, Corporate Governance und der Deutsche Corporate Governance Kodex, 2013.