



Professor Dr. Volker Rieble, München\*

## Schutz vor paritätischer Unternehmensmitbestimmung

Wachsende Unternehmen in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft oder der GmbH & Co haben vielfach Sorge vor dem Überschreiten einer Beschäftigtenzahl von 2000, weil sie dann der paritätischen Mitbestimmung unterfallen. Mitbestimmungsvermeidungsstrategien sind ein erquickliches Beratergeschäft. Zumeist aber wird eine elegante Lösung ausgeblendet: die Europäische Aktiengesellschaft (SE), mit der das Mitbestimmungsstatut dergestalt eingefroren werden kann, dass späteres Wachstum nicht mehr zur Intensivierung der Mitbestimmung führt.

### I. Wachsende Unternehmen – Angst vor paritätischer Mitbestimmung

#### 1. Einige Gesichtspunkte zur „Vorteilhaftigkeit“ und Praxis des in Deutschland normierten Modells der paritätischen Unternehmensmitbestimmung

Wachsende Unternehmen schauen kritisch auf ihre Beschäftigtenzahl. Überschreiten sie die „magische“ Grenze von in der Regel 2000 Beschäftigten (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG), müssen sie mit einem Statusverfahren nach §§ 97f. AktG rechnen, das sie dem paritätischen Mitbestimmungsstatut zuordnet. Das betrifft viele Unternehmen: In Deutschland unterfallen nur rund 750 Unternehmen der paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG<sup>1</sup>, wohingegen für die Drittelbeteiligung einmal 2300<sup>2</sup> und ein anderes Mal 3500<sup>3</sup> Unternehmen genannt werden. Exakte Zahlen für die Drittelbeteiligung fehlen, weil dort keine Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat sitzen (weswegen die Mitbestimmungsabteilung der Böcklerstiftung keine Angaben über abgeführte Tantiemen hat) und weil die Unternehmensstatistik die Mitbestimmungsschwellenwerte nicht aufnimmt, sondern der EU-Größenklassifizierung folgt, die „große Unternehmen“ bei 250 Arbeitnehmern beginnen lässt.

Hinzu kommt: Der Mitbestimmung nach dem DrittelbG lässt sich – auch bei Überschreiten der 500-Arbeitnehmer-Grenze – elegant ausweichen. Das DrittelbG enthält keine dem § 4 MitBestG entsprechende Sonderregelung für die GmbH & Co. KG, weswegen diese Rechtsform für Unternehmen zwischen 501 und 2000 Arbeitnehmern mitbestimmungsfrei bleibt<sup>4</sup>. Die Konzernklausel des § 2 Abs. 2<sup>5</sup> DrittelbG bleibt hinter der des § 5 MitBestG deutlich zurück, weil nur die Konzernierung durch Beherrschungsvertrag und Eingliederung nach §§ 319ff. AktG berücksichtigt wird. Die faktische Beherrschung durch bloße Anteilseignerschaft insbesondere gegenüber GmbHs, auf die § 319 AktG nicht anwendbar ist, führt nicht zur statusbezogenen Zurechnung<sup>6</sup>. Deswegen kann eine Unternehmensgruppe durch Verteilung der Belegschaften auf Vertragsarbeitgeber mit jeweils weniger als 500 Unternehmen dem DrittelbG ausweichen. Übersteigt aber die Gesamtzahl der Beschäftigten der Unternehmensgruppe die Grenze der 2000, wird der Konzern unmittelbar von der paritätischen Mitbestimmung erfasst – weil sie in den Geltungsbereich der schärferen Zurechnungsklausel des § 5 MitBestG wandert.

Mantraartige Beteuerungen der Vorteile der Mitbestimmung finden bei Unternehmen wenig Gehör. Dass ein Unternehmen dem

Überschreiten der 2000-Arbeitnehmer-Grenze freudig entgegenfiebert, um endlich richtig mitbestimmt zu werden, ist eine abseitige Vorstellung. Das liegt auch daran, dass die Geschäftsführerbestellung in der drittel-mitbestimmten GmbH bei der Gesellschafterversammlung bleibt, wohingegen in der paritätisch mitbestimmten GmbH der Aufsichtsrat zuständig ist – und im ersten Wahlgang wegen § 27 Abs. 1 MitBestG die Zustimmung der Arbeitnehmerbank erforderlich ist. Manche Unternehmen wenden sich gegen die zwangsweise Arbeitnehmerrepräsentation durch externe Gewerkschaftsvertreter, die es im DrittelbG nicht gibt. Sie lehnen den Fremdeinfluss ab, der sich nicht am Interesse von Unternehmen und Belegschaft orientiert, sondern organisationspolitische Interessen der Gewerkschaft in die Mitbestimmungsaueinandersetzung trägt, und befürchten einen Informationsfluss an ihre Konkurrenten. Ausländischen Anteilseignern ist der Bruch der Mitbestimmung mit Corporate-Governance-Prinzipien nur schwer begreiflich zu machen.

Die freiwillige Aufstockung der Drittelbeteiligung zur Parität (durch Zuwahl von Arbeitnehmervertretern auf Anteilseignersitze), die die behauptete Vorteilhaftigkeit der Mitbestimmung belegt, findet sich nur bei privatisierten Unternehmen (Energieversorger und Krankenhäuser) – weil der Staat als (politisch und nicht unternehmerisch denkender) Anteilseigner dem Wunsche der Gewerkschaften nachgibt und die Mitbestimmungserweiterung zur Privatisierungsbedingung erhebt<sup>7</sup>. Mitbestimmungsbeibehaltungsregeln wie § 325 Abs. 1 UmwG belegen, dass das Interesse der Unternehmen an der Mitbestimmung nicht so groß ist – sonst bräuchte man sie nicht zu zwingen. Ob die Unternehmensmitbestimmung für das Unternehmen letztlich vorteilhaft ist oder nicht, ist schwer zu entscheiden. Positive Bekundungen aus der Unternehmenspraxis werden gelegentlich von den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat eingefordert und auch im Rahmen von Koppelungsgeschäften eingetauscht – und gleichwohl in der Literatur unkritisch zitiert<sup>8</sup>. Auf der anderen Seite sind Missmutsäußerungen nicht immer rational. Indes kommt es darauf auch gar nicht an: Unternehmen entscheiden selbst, was für sie gut ist. Zwangsbeglückende Staatsintervention trägt den Mitbestim-

\* Der Autor ist Wissenschaftlicher Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) in München und Lehrstuhlinhaber für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwigs-Maximilians-Universität, München. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. XII.

1 Aufgeschlüsselte Zahlen zur paritätischen Mitbestimmung von der Hans-Böckler-Stiftung: [www.boeckler.de/cps/rde/xchg/SID-3D0AB75D-63E74A8D/hbs/hbs.xml/256\\_36217.html](http://www.boeckler.de/cps/rde/xchg/SID-3D0AB75D-63E74A8D/hbs/hbs.xml/256_36217.html) (oder: [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) Menü Themen „Mitbestimmung“ Zahlen und Grafiken, abgerufen am 5. 7. 2006).

2 *Freis/Kleinfeld/Kleinsorge/Voigt*, Drittelbeteiligungsgesetz, 2004, Rn. 7 (für den Stand 2002 nach dem BetrVG 1952).

3 *Funk*, Unternehmensmitbestimmung in der EU, Fakten und aktuelle Entwicklungen, Unternehmen und Gesellschaft, 4/2004, 31, 32.

4 Nur *Ulmer/Habersack/Henssler* Mitbestimmungsrecht, 2. Auflage 2006, Einl. DrittelbG Rn. 3.

5 Und nicht des Abs. 1, der nur das Wahlrecht betrifft!

6 Hierzu *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 4), § 2 DrittelbG Rn. 1, 12.

7 Näher *Rieble*, Tarifautonomie und Unternehmensmitbestimmung, in: Stiftung für Rechtspolitik (Hg.), Bitburger Gespräche – Jahrbuch 2006, erscheint demnächst.

8 *Etwas Raiser*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten zum 66. DJT, 2006, B 57.

mungsgedanken nicht. Deswegen ist auch die Abkehr von der staatlich en detail vorgegebenen Mitbestimmung – die dem konkreten Unternehmen gelegentlich passt wie eine Zwangsjacke – hin zu einer Verhandlungslösung nach europäischem Vorbild richtig und wird nahezu einhellig gefordert<sup>9</sup>. Verhandlungslösungen intensivieren den Wettbewerb: Unternehmen mit einer vorteilhaften Mitbestimmungsregelung können diese Vorteile – schnellere Reaktion auf Marktanforderungen, Befriedung der Belegschaft – gegenüber Unternehmen mit schlechteren Regeln nutzen. Das wiederum wird den Druck auf die versteinerte Mitbestimmung in Deutschland erhöhen. Wir dürfen gespannt sein, zu welchem Zeitpunkt das erste deutsche Unternehmen eine Mitbestimmungsforderung in Standortverhandlungen einbringt, aber auch ob Gewerkschaften und Betriebsräte durch Kampfmaßnahmen Mitbestimmung erzwingen wollen.

## 2. Mögliche Fluchtstrategien aus der paritätischen Mitbestimmung

Unternehmen, denen die paritätische Mitbestimmung droht – in Folge ihres Wachstums oder im Falle eines Unternehmenszusammenschlusses – fragen, wie sie sich vor Mitbestimmungsausweitung schützen können. Das betrifft jene Unternehmen, die zwischen 501 und 2000 Beschäftigte haben und die 2000er-Schwelle demnächst überschreiten werden – und zwar gleichgültig, ob sie dem DrittelbG unterfallen oder dessen skizzierte Schlupflöcher genutzt haben.

Fluchtstrategien konzentrieren sich bislang:

- auf die Stiftung als Unternehmensträger (auch als Stiftung & Co.), weil diese Rechtsform in Ermangelung von Anteilseignern nicht der gesetzlichen Unternehmensmitbestimmung unterfallen kann;
- auf die Verlagerung des Unternehmenswachstums ins Ausland, weil für das Mitbestimmungsstatut nach deutschem Recht nur die inländische Belegschaft zählt<sup>10</sup>;
- das Ausweichen auf eine ausländische Konzernspitze (Holding), weil die Konzernzurechnung sowohl nach § 5 MitbestG als auch nach § 2 Abs. 2 DrittelbG eine inländische Konzernspitze voraussetzt<sup>11</sup> (was überdies den deutschen Konzernbetriebsrat entfallen lässt);
- auf die Nutzung ausländischer Gesellschaftsrechtsformen im Inland, nachdem der EuGH hierfür den Weg frei gemacht hat<sup>12</sup> – auch als Mischform der ausländischen Rechtsperson & Co. KG;
- künftig womöglich auf die deutsche juristische Person, die ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt (was nach der EuGH-Rechtsprechung mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit als Wegzugsfreiheit<sup>13</sup> möglich sein muss) und wegen des Territorialitätsprinzips dann nicht mehr deutschem Mitbestimmungsstatut unterfällt;
- wenigstens zeitweise auf das Ausweichen auf Leiharbeiter, die – wenn sie nicht von einer Konzerngesellschaft stammen – nicht als Arbeitnehmer des mitbestimmten Unternehmens zählen. Für die Betriebsverfassung hat das BAG klargestellt, dass Leiharbeiter zwar wählen, aber nicht zählen – weil ihnen das für die Betriebszugehörigkeit erforderliche Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber fehlt<sup>14</sup>. Für die Unternehmensmitbestimmung gilt: Leiharbeiter wählen nicht und zählen nicht – weil sie nicht Arbeitnehmer des Unternehmens sind<sup>15</sup>. Mithin kann man mit Leiharbeitern eine strategische „Randbelegschaft“ aufbauen, die nicht nur beim Personalabbau keine Kündigungsschutzrechtlichen Probleme macht, sondern auch einen mitbestimmungsrechtlichen „Sicherheitsabstand“ zu Schwellenwerten liefert.

## II. Europäische AG als Mitbestimmungsschutz

### 1. Ausgangspunkt

Zu Unrecht wird von der Praxis vielfach ignoriert, dass die Europäische AG (Societas Europaea, SE) in ihrer deutschen Ausgestaltung nach der europäischen SE-Verordnung (SE-VO), dem diese konkretisierenden deutschen SE-Ausführungsgesetz (SEAG) und

dem zur Umsetzung der europäischen SE-Richtlinie erlassenen SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) *eleganten Schutz vor Mitbestimmung* bietet. So schreiben *Weiß/Wöhlert*<sup>16</sup> skeptisch, dass die SE nur begrenzt als Ausweg aus der Mitbestimmung taue. Daran ist (nur) richtig, dass gegen den Willen des Verhandlungsgremiums der Arbeitnehmer grundsätzlich keine prinzipielle Verschlechterung des Mitbestimmungsstatuts möglich ist, so dass eine Flucht aus der bestehenden Mitbestimmung schwierig ist. Der lange Streit um die Mitbestimmung in der SE setzt auf Besitzstandswahrung: Gegen den Willen der Arbeitnehmer soll grundsätzlich keine Verschlechterung der Mitbestimmungslage eintreten. Insofern geht es einmal mehr um Art. „0 GG“ („Der soziale Besitzstand ist unantastbar“) – hier etwas bläss als „Vorher-Nachher-Prinzip“<sup>17</sup> bezeichnet. Aber der Reihe nach:

Die SE kann auf fünf Wegen errichtet werden (Art. 2 Abs. 1 bis 4 und Art. 3 Abs. 2 SE-VO), wobei hier der Raum für eine gesellschaftsrechtliche Darstellung fehlt<sup>18</sup> und auch auf die Sonderfragen der Mitbestimmung im Verwaltungsrat einer monistischen SE nicht eingegangen werden kann<sup>19</sup>:

- Verschmelzung von zwei oder mehr Aktiengesellschaften aus mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten (bei anderen Gesellschaftsformen ist die vorherige Überführung in eine AG erforderlich);
- Errichtung einer Holding-SE von Aktiengesellschaften und GmbHs verschiedener Mitgliedstaaten oder mit Töchtern in verschiedenen EU-Staaten (seit mindestens zwei Jahren);
- Errichtung einer Tochter-SE durch Gesellschaften (auch Personengesellschaften und Genossenschaften) aus mindestens zwei Mitgliedstaaten;
- Identitätswahrende Umwandlung einer nationalen AG, die seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft in einem anderen EU-Staat hat;
- Gründung einer Tochter-SE durch eine bestehende SE (hier nicht praktisch).

## 2. Verhandlungslösung zur Mitbestimmung

### a) Gang des Verfahrens

Das Mitbestimmungskonzept der SE setzt auf Verhandlungen. Dabei werden betriebliche und Unternehmensmitbestimmung zu Recht als Einheit gesehen, § 21 Abs. 3 SEBG. Einen generellen Mindeststandard formuliert § 21 Abs. 1 SEBG nur für die betriebliche Mitbestimmung auf europäischer Ebene; der SE-Betriebsrat ist ein Sonderfall des Europäischen Betriebsrats nach dem EBRG<sup>20</sup>. Die Unternehmensmitbestimmung ist dispositiv – wie

<sup>9</sup> Statt vieler *Raiser* (Fn. 8), B 57 ff.

<sup>10</sup> *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 4), § 3 MitbestG Rn. 36 m. w. N.

<sup>11</sup> *Henssler*, RdA 2005, 330, 332 m. w. N. zum Streitstand.

<sup>12</sup> Hierzu *Thüsing* Europäische Perspektiven der deutschen Mitbestimmung, 2004, S. 96 ff. Zur Mitbestimmungsvermeidungsstrategie *Henssler*, RdA 2005, 330, 332; ihm ist anzufügen, dass eine ausländische Stiftung in Deutschland Komplementär sein kann.

<sup>13</sup> EuGH vom 13. 12. 2005 – C-411/03 „SEVIC“ – NJW 2006, 425 = BB 2006, 11 zum Wegzug durch grenzüberschreitende Verschmelzung sowie EuGH vom 11. 3. 2004 – C-9/02 „De Lasteyrie du Saillant“ – EuGHE I 2004, 2409 = RIW 2004, 392 = EWS 2004, 180 = NJW 2004, 2439 für die Wegzugsbesteuerung. Dazu *Teichmann*, ZIP 2006, 355.

<sup>14</sup> BAG vom 16. 4. 2003 – 7 ABR 53/02, BB 2003, 2178 = EzA § 9 BetrVG 2001 Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 2002 = NZA 2003, 1345.

<sup>15</sup> § 3 MitBestG sowie § 3 DrittelbG; dazu *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 4), § 3 MitbestG Rn. 31.

<sup>16</sup> NZG 2006, 121, 126.

<sup>17</sup> Vor allem *Wissmann*, „Deutsche“ Europäische Aktiengesellschaft und Mitbestimmung, in: FS Wiedemann, 2002, S. 685, 692 ff.

<sup>18</sup> Dazu *MünchKommAktG/Oechsler* 2. Auflage 2006, Art. 2 SE-VO Rn. 1 ff., auch zu Typenkombinationen und „Umgehungs“-Taktiken.

<sup>19</sup> Dazu *MünchKommAktG/Jacobs* (Fn. 18), § 35 SEBG Rn. 16 ff.; *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 4), § 35 SEBG Rn. 4.

<sup>20</sup> Unberührt bleibt für deutsche Betriebsstätten die betriebliche Mitbestimmung nach dem BetrVG, die nicht dispositiv ist.

§ 21 Abs. 3 SEBG („für den Fall“) zeigt. Mithin kann auch ein bestehendes Mitbestimmungsstatut „rückstandsfrei“ entsorgt werden – aber eben nur, wenn das besondere Verhandlungsgremium der europäischen Belegschaft zustimmt. Eine punktuelle Ausnahme bildet nur die identitätswahrende Umwandlung in eine SE: Hier muss nach § 21 Abs. 6 die Mitbestimmung insgesamt und damit auch die Unternehmensmitbestimmung für „alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden“, wie es zuvor in den umzuwandelnden Gesellschaft bestanden hat<sup>21</sup>. Indes kann ein paritätisch mitbestimmtes Unternehmen auf andere Errichtungswege ausweichen. Dem drittelbeteiligten Unternehmen macht der Erhalt der Unternehmensmitbestimmung wenig aus.

Die Verhandlungen müssen vor der Gründung der SE stattfinden: Sobald die Gründung geplant ist, haben die Leitungsorgane der beteiligten Gesellschaften nach § 4 Abs. 2 SEBG die Arbeitnehmervertretungen, hilfsweise die Belegschaften in dem oder den betroffenen Unternehmen hierüber zu informieren. Sodann wird ein für die gesamte europäische Belegschaft der künftigen SE agierendes „besonderes Verhandlungsgremium“ gewählt – und zwar zweistufig durch Wahl eines Wahlgremiums, das seinerseits das Verhandlungsgremium wählt, das kompliziert zusammengesetzt ist (Repräsentation der nationalen Belegschaften, Gewerkschaftsvertreter, Leitende Angestellte), §§ 5ff. SEBG. Einfacher wird es, wenn aus Deutschland nur ein Unternehmen oder Konzern beteiligt ist. Dann ist der Gesamtbetriebsrat oder der Konzernbetriebsrat das Wahlgremium, hilfsweise auch der einzige Betriebsrat, § 8 Abs. 2 bis 4 SEBG. Die Belegschaften aus anderen EU-Staaten wählen nach den dortigen Vorschriften. Diese Wahl soll innerhalb von zehn Wochen nach der Unterrichtung der Arbeitnehmervertretungen über die Gründungsplanung erfolgen. Nach Ablauf der zehn Wochen können die Unternehmensleitungen zur konstituierenden Sitzung des Verhandlungsgremiums einladen – auch wenn dieses nicht rechtzeitig gebildet ist, § 12 Abs. 1 Satz 1 SEBG. Mit dieser Ladung wird die Verhandlungsfrist von sechs Monaten ausgelöst, § 20 Abs. 1 Satz 2 SEBG.

### b) Kein Einigungszwang im Verfahren

Die aus Sicht des Unternehmens zentrale Eigenart dieser Verhandlungen über ein Mitbestimmungsstatut liegt darin, dass es keinen Einigungszwang gibt: Weder dürfen die Arbeitnehmer streiken (auch nicht in Form von „Protestveranstaltungen“), um den Abschluss einer Mitbestimmungsvereinbarung zu erzwingen, noch ist ein Schlichtungsorgan wie die betriebliche Einigungsstelle zuständig.

Die Verhandlungen sind frei – wenn auch die Verhandlungsrechte ungleich verteilt sind: Das Arbeitnehmerverhandlungsgremium kann jederzeit beschließen, keine Verhandlungen aufzunehmen oder dieselben abzubrechen, und verzichtet dadurch auf die Mitbestimmung kraft Gesetzes als Auffanglösung (§ 16 Abs. 2 SEBG; Ausnahme: identitätswahrende Umwandlung, § 16 Abs. 3 SEBG). Eine mitbestimmungsmindernde Einigung mit der Unternehmenseite bedarf besonderer Mehrheiten innerhalb des Verhandlungsgremiums, § 15 Abs. 3 SEBG. Die Arbeitgeberseite kann die Verhandlungen nicht vorzeitig abbrechen, ist aber dadurch geschützt, dass deren Dauer auf sechs Monate begrenzt ist (§ 20 Abs. 1 SEBG), nur einvernehmlich auf ein Jahr verlängert werden kann (§ 20 Abs. 2 SEBG) und kein echter Verhandlungsanspruch besteht<sup>22</sup>. Das „Spiel auf Zeit“ kann damit zehn Wochen Wahlfrist, maximal zwei Wochen Ladungsfrist und sechs Monate Verhandlungsfrist dauern, ist also spätestens nach *neun Monaten* beendet.

Ist die Verhandlungsfrist abgelaufen, ohne dass es zum Abschluss einer Mitbestimmungsvereinbarung gekommen ist, also auch bei

einem schlichten „Nein“ der Unternehmenseite, so greift automatisch die gesetzliche Auffanglösung der §§ 34ff. SEBG. Mit ihr ist der Weg zur Errichtung der SE frei, § 12 Abs. 2 SE-VO. Vor der Beendigung der Verhandlungen durch Vereinbarung, Abbruch durch die Arbeitnehmerseite oder ergebnisloses Verstreichen der Verhandlungsfrist darf die SE nicht eingetragen werden.

## 3. Statischer Besitzstand als Auffanglösung

### a) Sitzanteils-gewährleistung

Die Auffanglösung, also die Mitbestimmung kraft Gesetzes, kennt keinen europäischen Standard der Unternehmensmitbestimmung: § 34 SEBG verweist vielmehr auf die Besitzstandswahrung: Dasjenige Mitbestimmungsstatut, das zuvor gegolten hat, wird „eingefroren“ oder „zementiert“ und auf die SE übertragen.

Dabei gilt eine besonders strenge Besitzstandswahrung für die Mitbestimmung bei *identitätswahrender Umwandlung* (§§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG), die unverzichtbar ausgestaltet ist (§§ 15 Abs. 5, 16 Abs. 3, 21 Abs. 6, 35 Abs. 1 SEBG).

Sind mehrere mitbestimmte Unternehmen beteiligt (Verschmelzung, Holding-SE, Tochter-SE), so regelt § 34 Abs. 1 Nr. 2 und 3 etwas umständlich, unter welchen Voraussetzungen eine Mitbestimmungsbesitzstandswahrung stattfindet. Wird ein spezifisches Arbeitnehmerquorum von 50% bzw. 25% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer in den für die Bildung der SE vorgehenden Gesellschaften und deren Töchtern bislang von einem Mitbestimmungsstatut erfasst, greift die Besitzstandswahrung unmittelbar; andernfalls muss sich im Verhandlungsgremium hierfür eine Mehrheit finden. Eine kleine Gesellschaft darf ihre Mitbestimmung nicht der (qualifizierten) Mehrheit der übrigen Arbeitnehmer der SE aufzwingen. Die Auswahl zwischen unterschiedlichen Mitbestimmungsformen i. S. v. § 2 Abs. 12 SEBG (positives Wahlrecht einerseits und Vorschlags- sowie Vetorechte andererseits<sup>23</sup>) in den beteiligten Gesellschaften überlässt § 34 Abs. 1 Nr. 2 SEBG in erster Linie einem einseitigen Beschluss des Arbeitnehmer-Verhandlungsgremiums. Die Mitbestimmungsintensität folgt nach § 35 Abs. 2 SEBG dem höchsten Anteil in einer der beteiligten Gesellschaften. Das deutsche Unternehmen muss in diesen Fällen nur darauf achten, nicht mit einer Auslandsgesellschaft zur Gründung der SE zu schreiten, die über ein intensiveres Mitbestimmungsstatut verfügt<sup>24</sup>. Da die paritätische Mitbestimmung ein deutscher Sonderweg ist und überall sonst höchstens Drittelparität herrscht, besteht für das deutsche drittelbeteiligte Unternehmen keine Gefahr.

Ein Unternehmen, das bislang geschickt die Fähigkeiten des DrittelbG umschiffet hat, sollte sich einen mitbestimmungsfreien EU-Partner für die Gründung suchen – oder die identitätswahrende Umwandlung wählen. Dabei ist freilich zu beachten, dass nur eine deutsche AG in eine SE umgewandelt werden kann, weswegen andere Rechtsformen eine „Zwischenumwandlung“ in die Aktiengesellschaft betreiben müssen. Das wiederum gefährdet das Ziel der Mitbestimmungsfreiheit, soweit das Unternehmen als GmbH & Co. mit mehr als 500 Arbeitnehmern vom DrittelbG nicht erfasst wurde. Für solche GmbH & Co. scheidet damit die Umwandlung in die SE zunächst aus, soweit es um den Erhalt der Mitbestimmungsfreiheit geht. Alternativ zur Verschmelzung mit einem EU-Partner kommt freilich in Betracht, mit Blick auf den

21 Dazu MünchKommAktG/Jacobs (Fn. 18), § 21 SEBG Rn. 20f.

22 MünchKommAktG/Jacobs (Fn. 18), § 20 SEBG Rn. 4.

23 Das Letztere bezieht sich vor allem auf das niederländische Kooptationsmodell.

24 Übersicht zu den unterschiedlichen nationalen Mitbestimmungsregeln *Rebhahn*, Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, in Rieble (Hg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, 2004, S. 42ff.; auch *Juncker*, ZfA 2005, 211, sowie *Baunus/Ulmer*, (Hg.) Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, ZfR Beihft 72, 2004.

schwachen Konzernzurechnungstatbestand des § 2 Abs. 2 DrittelbG die Belegschaften so auf die umzuwandelnde AG als Mutter und verschiedene Töchter im Konzern zu verteilen, dass in jedem Einzelnen Unternehmen die Schwelle des DrittelbG nicht erreicht wird. Dann geht die Unternehmensgruppe mit einem „Besitzstand Null“ in die Umwandlung.

## b) Größe des Aufsichtsrats

Selbst wenn die Auffanglösung greift, garantiert sie stets nur den Arbeitnehmeranteil an Aufsichtsratsvertretern (§ 35 Abs. 2 Satz 2 SEBG) und nicht die absolute Zahl der Sitze. Über die Größe des Aufsichtsrats entscheidet das satzunggebende Gesellschaftsorgan, also Haupt- oder Gesellschafterversammlung, notwendig frei, diese kann nicht in einer Mitbestimmungsvereinbarung geregelt werden<sup>25</sup>. Das folgt auch daraus, dass § 15 Abs. 4 Nr. 1 SEBG nur die Minderung des Sitzanteils und nicht schon die Verkleinerung der Sitzanzahl der Arbeitnehmervertreter als Mitbestimmungs-minderung wertet.

§ 17 Abs. 1 SEAG gibt nur die allgemeine Mindestzahl von drei vor und bestimmt, dass die Zahl der Sitze durch 3 teilbar sein muss und legt Höchstzahlen von 9, 15 und 21 in Abhängigkeit vom Grundkapital fest. Weil die Auffanglösung nur den Anteil, nicht aber die absolute Zahl garantiert, führt die paritätische Mitbestimmung zu 6, 12 oder 18 Aufsichtsratsitzen, damit Parität und Teilbarkeit durch drei gewährleistet sind<sup>26</sup>.

Sitzplatzreservierungen im Gesamtgremium nach dem MitbestG für Gewerkschaftsvertreter und Leitende Angestellte entfallen schlechthin<sup>27</sup>. Das SEBG regelt für das Gesamtgremium in § 36 Abs. 1 nur die Sitzplatzverteilung auf die nationalen Teilbelegschaften. Dafür aber greift eine Sitzplatzreservierung für den inländischen Sitzanteil der Arbeitnehmer, also den „deutschen Arbeitnehmerbankanteil“: jeder dritte Sitz für Gewerkschaftsvertreter, jeder siebte für einen Leitenden, § 36 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 6 Abs. 3 und 4 SEBG. Zwar greift diese Sitzverteilung auch für die bislang nach dem DrittelbG mitbestimmten Unternehmen, obgleich jenes keine Sitzreservierung kennt. Sie wird aber kaum praktisch: Selbst wenn der überwiegende Teil der Belegschaft der SE in Deutschland sitzt, braucht das Unternehmen lediglich die Gesamtzahl der Aufsichtsratsitze auf sechs zu beschränken, um jedes „reservierte Ticket“ zu vermeiden. Allerdings sind (externe) Gewerkschaftsvertreter nach § 36 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 6 Abs. 2 SEBG frei wählbar. Auch in einem sechsköpfigen Aufsichtsrat hat das bislang drittelbeteiligte Unternehmen also keine Sicherheit, dass kein Gewerkschaftsvertreter auf die zwei Arbeitnehmersitze gewählt wird.

An die Stelle der Ur- oder Delegiertenwahl nach den deutschen Mitbestimmungsgesetzen tritt die Wahl durch ein kompliziert geregeltes, aber praktisch einfaches Wahlgremium aus den vorhandenen Arbeitnehmervertretungen. In aller Regel wählt der Konzernbetriebsrat oder der Gesamtbetriebsrat die Repräsentanten der deutschen SE-Belegschaft. Die für ausländische Belegschaften reservierten Sitze werden nach den jeweiligen Vorschriften des zuständigen Mitgliedstaates gewählt, hilfsweise durch den SE-Betriebsrat, § 36 Abs. 2 SEBG. Der Verzicht auf eine Ur- oder Delegiertenwahl macht die Wahl billiger. Urwahl kommt nur in Betracht, wenn in keinem inländischen Betrieb ein Betriebsrat besteht, § 36 Abs. 3 i.V.m. § 8 Abs. 7 SEBG.

## 4. Begrenzte Dynamik bei Unternehmensveränderungen

### a) Keine Schwellenwerte, keine Konzernzurechnung

Die für Unternehmen eigentlich spannende Frage lautet: Was geschieht, wenn die SE in der Arbeitnehmerzahl wächst und deshalb nach dem hypothetischen deutschen Mitbestimmungsstatut

einen anderen Schwellenwert erreicht, also aus der Mitbestimmungsfreiheit in das DrittelbG oder das MitbestG wanderte oder von der Drittelbeteiligung in die Parität? Die Antwort verblüfft: in aller Regel nichts!

Das Mitbestimmungsstatut der SE kennt kein originäres Mitbestimmungsstatut (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG), also weder gesetzliche Schwellenwerte noch eine Konzernzurechnung von Arbeitnehmern<sup>28</sup>. Gegenüber dem Zugriff deutscher Mitbestimmungsver-schärfung ist die SE nach ihrer Errichtung immun<sup>29</sup>. Die Besitzstandswahrung der Auffanglösung nach §§ 34 ff. SEBG ist ausgerichtet auf dasjenige Mitbestimmungsstatut, das in der Sekunde der Errichtung der SE erreicht war, also Mitbestimmungsfreiheit, Drittelbeteiligung oder Parität nach dem MitbestG<sup>30</sup>. Die Auffanglösung inkorporiert nicht die deutschen Mitbestimmungsge-setze und ihre auf Unternehmensgrößen abstellende Dynamik; sie erfasst ausschließlich das konkrete Mitbestimmungsergebnis zum SE-Errichtungszeitpunkt – und dies ohne zeitliche Grenze. Das heißt dann konsequent, dass ein Unternehmenswachstum nach der Errichtung bedeutungslos ist – und nicht in eine intensivere Mitbestimmung führen kann<sup>31</sup>. Umgekehrt fällt eine schrumpfende SE auch nicht aus der zementierten Mitbestimmung heraus, wenn sie Schwellenwerte unterschreitet<sup>32</sup>. Das Einfrieren des Mitbestimmungsbesitzstandes greift also in beide Richtungen. Besonders deutlich zeigt sich das an der Vorschrift des § 5 Abs. 4 SEBG, der Veränderungen in der Arbeitnehmerzahl nur hier, also für die Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums, maßgebend sein lässt – wohingegen das SEBG keine weitere Vorschrift über veränderte Arbeitnehmerzahlen kennt.

„Interessant“ ist das Einfrieren deswegen nur in eine Richtung: für Unternehmen ohne Mitbestimmung und solche mit Drittelbeteiligung. Die eingefrorene Mitbestimmung ist ein effektiver Schutz gegen Mitbestimmungsausweitung.

### b) Vertragsvorsorge in der Mitbestimmungsvereinbarung

Auf spätere Änderungen in der SE kann die Mitbestimmungsver- einbarung vorsorglich reagieren. § 21 Abs. 4 SEBG enthält für Strukturänderungen eine Sollvorschrift – beschränkt auf struktu- relle Änderungen – und ergänzt insofern § 18 Abs. 3 SEBG (dazu sogleich). Die Vorschrift ist deklaratorisch, weil die Nichteinigung nicht sanktioniert ist. So wie sich beide Seiten der Mitbestim- mungsvereinbarung verweigern können, so können sie auch die Anpassungsvorschrift verweigern. Im Übrigen bestehen Bedenken gegen eine Anpassungsregelung, die auf die Senkung der Arbeit- nehmerzahlen mit einer Mitbestimmungsminderung reagiert. Angesichts der Mitbestimmungszementierung handelt es sich um eine mitbestimmungsmindernde Vereinbarung, die in der aus ei- ner Umwandlung hervorgehenden SE gar nicht (§§ 21 Abs. 6, 15

25 § 40 Abs. 3 Satz 1 SE-VO. Dazu *Habersack*, AG 2006, 345, 347, 352 f.; *MünchKommAktG/Jacobs* (Fn. 18), § 35 SEBG Rn. 9; *MünchKommAktG/Reichert/Brandes* (Fn. 18), Art. 40 SE-VO Rn. 70; *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 197.

26 Eingehend *Habersack*, AG 2006, 345, 346 f.

27 *MünchKommAktG/Jacobs* (Fn. 18), § 35 SEBG Rn. 9; *Oetker*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Lutter/Hommelhoff* (Hg), Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 277, 306 ff.

28 Eingehend *Habersack*, Konzern 2006, 105.

29 *Rehberg*, ZGR 2005, 859, 864.

30 Dazu, dass eine Aufrechterhaltung der Montanmitbestimmung nicht mit Art. 42, 50 Abs. 2 SE-VO vereinbar ist, weswegen § 38 Abs. 3 SEBG leer läuft; *Henssler*, RdA 2005, 330, 336; auch *Oetker* (Fn. 27), S. 307.

31 Wohlthuend klar: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 4), Einl. SEBG Rn. 193 ff., 200 ff.; *Henssler*, RdA 2005, 330, 334; *MünchKommAktG/Jacobs* (Fn. 18), § 18 SEBG Rn. 18; *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 197.

32 *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 197, 198; *MünchKommAktG/Jacobs* (Fn. 18), § 18 SEBG Rn. 18; für problematisch hält das nur *Oetker* (Fn. 27), S. 308.

## Rieble | Schutz vor paritätischer Unternehmensmitbestimmung

Abs. 5 SEBG) und im Übrigen nur mit qualifizierten Mehrheiten (§ 15 Abs. 3 SEBG) getroffen werden kann. Eine Anpassungsregelung einseitig nach oben kann nur der getriebene Unternehmenssinn akzeptieren.

**c) Neuverhandlungspflicht nur bei Strukturänderungen**

Das SEBG sieht eine Anpassung des Mitbestimmungsstatuts – und zwar des vereinbarten wie der gesetzlichen Auffanglösung in § 18 Abs. 3 SEBG – nur punktuell vor: dann nämlich, wenn durch eine „strukturelle Änderung der SE“ eine Minderung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer eintreten kann. In diesem Falle ordnet das Gesetz Neuverhandlungen über die Unternehmensmitbestimmung an; deren Scheitern führt zur gesetzlichen Auffanglösung. Die Vorschrift ist eng auszulegen<sup>33</sup>.

Vorab lässt sich – unabhängig von dem Begriff Strukturänderung, der richtigerweise nur korporative Akte umfasst, die in der Intensität an die Neugründung heranreichen<sup>34</sup> – Folgendes feststellen: Änderungen in der SE können schon wegen des Besitzstandes nicht zu einer Minderung der Beteiligungsrechte führen – eben weil das Mitbestimmungsstatut festgeschrieben ist. Es fehlt also in Ansehung der Mitarbeiter der SE stets am zweiten Tatbestandsmerkmal:

Unternehmenswachstum – sei es „organisch“ durch Einstellungen, sei es durch Erwerb von Betrieben und Betriebsteilen<sup>35</sup> – kann von vornherein keine Neuverhandlungspflicht auslösen. Die Mitbestimmung wird nicht gemindert; sie bleibt, wie sie ist<sup>36</sup>. Dass die Arbeitnehmer womöglich nach deutschem Recht nunmehr unter eine intensivere Mitbestimmung fielen – etwa Parität statt Drittelbeteiligung –, ist unmaßgeblich. Seit der Gründung der SE ist das MitbestG auf diese nicht mehr anwendbar, § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG. Das Ausbleiben eines hypothetischen Mitbestimmungszuwachses nach einem gar nicht anwendbaren Gesetz ist keine Minderung der Mitbestimmung. Umgekehrt ist auch das Ausscheiden von Betrieben, die Veräußerung von Tochtergesellschaften aus der SE oder das „Gesundshrumpfen“ kein einschlägiger Fall, selbst wenn die Arbeitnehmerzahlen unter einen Schwellenwert rutschen – weil sich dadurch an der Mitbestimmung nichts ändert<sup>37</sup>.

Weil das SEBG keine Konzernzurechnungsvorschriften kennt, scheidet auch der Anteilserwerb, also der Zukauf einer Tochtergesellschaft durch die SE als mitbestimmungsmindernder Vorgang von vornherein aus. Auch insoweit wird den Arbeitnehmern in der SE allenfalls ein hypothetischer Zugewinn nach einem nicht anwendbaren Gesetz versagt. Für die Arbeitnehmer der Tochter – etwa einer paritätisch mitbestimmten deutschen AG – ändert sich ebenfalls nichts an der Unternehmensmitbestimmung; nur der faktische Einfluss der beherrschenden SE nimmt zu<sup>38</sup>.

Als Strukturänderungen kommen vor allem *Verschmelzungen auf die SE* (und die Spaltung zur Aufnahme in eine SE) in Betracht<sup>39</sup>. Sie können zu einer Mitbestimmungsminderung nur führen, wenn eine Gesellschaft mit intensiverem Mitbestimmungsstatut auf eine mitbestimmungsfreie oder drittelbeteiligte SE verschmolzen wird. Geschützt wird dann aber nicht die Mitbestimmung in der SE – deren Arbeitnehmer erfahren gerade keine Änderung –, sondern die Mitbestimmung in dem aufzunehmenden Rechtsträger<sup>40</sup>. Nicht geschützt ist in diesem Zusammenhang aber die Einbindung in die (bisherige) Konzernmitbestimmung: Wird eine fremde Konzerntochter auf die SE verschmolzen, kommt es nur auf das Mitbestimmungsstatut in der Gesellschaft selbst an. Die Mitbestimmungsintensität bei der bisherigen Konzernmutter (etwa nach § 5 Abs. 1 MitbestG) kann der aufgenommenen Tochter nicht besitzstandswahrend zugerechnet werden<sup>41</sup>. Insofern handelt es sich um kein eigenes Mitbestimmungsrecht, sondern um einen Reflex aus der Konzernzugehörigkeit, der von vornherein mit der auflösenden Bedingung der Entkonzernierung belastet ist.

Erst recht kein Fall der Mitbestimmungsminderung liegt vor, wenn die SE von einer mitbestimmungsfreien Obergesellschaft erworben wird: Das Mitbestimmungsstatut bleibt erhalten. Lediglich faktisch kann der neue Eigner als beherrschendes Unternehmen seine – dort mitbestimmungsfreien – Entscheidungen in der SE-Tochter durchsetzen<sup>42</sup>.

Flankiert wird die dunkle Vorschrift des § 18 Abs. 3 SEBG von dem noch dunkleren Missbrauchsverbot des § 43 SEBG. Jene Norm hat kaum einen Anwendungsbereich<sup>43</sup>: Die Nutzung gesetzlich eröffneter Gestaltungsmöglichkeiten ist kein Missbrauch, sondern ein Gebrauch von Rechtsnormen. Im Übrigen sorgt die Mitbestimmungsbesitzstandswahrung bereits dafür, dass den Arbeitnehmern keine Beteiligungsrechte entzogen werden; den hypothetischen Zugewinn der Mitbestimmung nach deutschem und nicht anwendbaren Mitbestimmungsgesetzen kann auch der Missbrauchstatbestand nicht herbeizwingen. Deswegen ist die „rechtzeitige“ Errichtung der SE kurz vor Erreichen des Schwellenwertes von 500 oder 2000 Arbeitnehmern in Deutschland mit dem Ziel, das Hineinwachsen in ein intensiveres Mitbestimmungsstatut zu vermeiden, kein Rechtsmissbrauch<sup>44</sup>. Ein derart weites Verständnis widmete § 18 Abs. 3 SEBG um – in eine Vorschrift zur Sicherung nationaler Mitbestimmungsregeln. Auf die Beibehaltung eines nationalen Mitbestimmungsstatuts mit Blick auf künftige Zuwächse kann es keinen missbrauchsgesicherten Anspruch geben – zumal die sonstigen Mitbestimmungsvermeidungsstrategien (oben I) nicht als Missbrauch aufgegriffen werden können. Anders gewendet: Ob ein wachsendes Unternehmen ohne die SE-Errichtung bereitwillig den Schwellenwert überschritten haben würde, lässt sich nicht feststellen. Ein Unternehmenswachstum, zu dem sich das Unternehmen gerade nur unter den Mitbestimmungsbedingungen der SE bereit gefunden hat, kann die SE-Errichtung nicht als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Im Übrigen lassen sich für die Errichtung einer SE stets Sachgründe finden, die über die Vermeidung einer Mitbestimmungsver Verschärfung hinausreichen<sup>45</sup>. Ein Risiko bedeutet § 18 Abs. 3 SEBG mithin nur für mitbestimmungsfreie Vorrats-SEs – deren Zweck darin besteht, die Mitbestimmungssicherung schlechthin zu unterlaufen.

Man sieht: Das statische Besitzstandskonzept der SE setzt sich weithin durch. Auf die Verschmelzung mitbestimmungsintensiverer Gesellschaften auf die SE kann man getrost verzichten; diese als Tochter zu erwerben oder ihre Betriebe zu übernehmen, löst keine nachteiligen Mitbestimmungsfolgen aus.

33 MünchKommAktG/Jacobs (Fn. 18), § 18 SEBG Rn. 12 m. w. N.

34 Braun, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005, S. 105; Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 4), Einl. SEBG Rn. 209; Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 278.

35 MünchKommAktG/Jacobs (Fn. 18), § 18 SEBG Rn. 17; Braun (Fn. 34), S. 105; Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 278, 281 f.

36 Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 4), Einl. SEBG Rn. 214.

37 Falsch MünchKommAktG/Jacobs (Fn. 18), § 18 SEBG Rn. 16 in Widerspruch zu Rn. 18. Richtig Rehberg, ZGR 2005, 859, 874; Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 278, 282 f.; Müller-Bonanni/Melot de Beauregard, GmbH 2005, 197, 198.

38 MünchKommAktG/Jacobs (Fn. 18), § 18 SEBG Rn. 17; Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 4), Einl. SEBG Rn. 213.

39 MünchKommAktG/Jacobs (Fn. 18), § 18 SEBG Rn. 16; Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 278, 282.

40 Sehr klar: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 4), Einl. SEBG Rn. 212.

41 Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 4), Einl. SEBG Rn. 213; Braun (Fn. 34), S. 106.

42 Vgl. Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 4), Einl. SEBG Rn. 213.

43 Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 4), Einl. SEBG Rn. 216; MünchKommAktG/Jacobs (Fn. 18), § 43 SEBG Rn. 2; eingehend Rehberg, ZGR 2005, 859.

44 Vorsichtiger aber Rehberg, ZGR 2005, 859, 880 mit Blick darauf, dass Art. 11 der SE-Richtlinie über § 18 Abs. 3 SEBG hinaus auch die Vorenthaltung von Beteiligungsrechten nennt. Das aber übersteigt die Regelungsmacht des Richtliniengebers – weil es keine Sicherung künftiger Besitzstände geben kann.

45 Dazu Rehberg, ZGR 2005, 859, 871.

### III. Fazit

Die SE ist erfüllt vom Besitzstandsdenken in der betrieblichen Mitbestimmung. Das macht es einem Unternehmen, das der (beinahe-)paritätischen Mitbestimmung des MitbestG schon unterfällt, schwer, diese abzuschütteln. Für deutsche Unternehmen, die diesen hohen Mitbestimmungsstand nicht erreicht haben, sondern entweder keiner Unternehmensmitbestimmung unterfallen oder aber „nur“ dem DrittelG, ist die Errichtung der SE eine effektive Möglichkeit, diesen „Besitzstand“ einzufrieren und sich vor einer Verschärfung der Mitbestimmung zu schützen: Weder bloßes Unternehmenswachstum über einen Mitbestimmungs-

schwelle hinaus noch der Erwerb von Betrieben oder Betriebsteilen oder von Gesellschaftsanteilen ist eine Strukturänderung, die eine Neuverhandlungspflicht auslösen kann. So wenig eine SE durch Schrumpfung auf unter 2000 Arbeitnehmer die eingefrorene Mitbestimmung loswerden kann, so wenig kann eine festgeschriebene Mitbestimmungsfreiheit oder Drittelbeteiligung durch Wachstum in die Parität führen. Von einem „Siegesszug des deutschen Mitbestimmungsrechts“<sup>46</sup> kann nicht die Rede sein. Sein schleichender Niedergang ist eingeläutet.

46 Weiß/Wöhlert, NZG 2004, 121.

Rechtsanwalt Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart, Rechtsanwalt Dr. Steffen Krieger, Stuttgart, und Rechtsanwalt Dr. Arnim Powietzka, Heidelberg\*

## Geklärte und ungeklärte Probleme der Massenentlassung

### Anmerkungen zum Urteil des BAG vom 23. 3. 2006, BB 2006, 1971

Mit Urteil vom 23. 3. 2006 hat das BAG (BB 2006, 1971) erstmals zu den Folgen der „Junk“-Entscheidung des EuGH (vom 27. 1. 2005, BB 2005, 331) für das deutsche Recht der Massenentlassung (§§ 17 ff. KSchG) Stellung genommen. Das BAG hat einige wichtige und bislang umstrittene Rechtsfragen für die Praxis geklärt. Insoweit hat die quälende Rechtsunsicherheit ein Ende. Zahlreiche Folgeprobleme, die sich aus dem vom BAG vertretenen Standpunkt ergeben, sind jedoch nach wie vor ungelöst. Das Recht der Massenentlassung bleibt somit – wie nicht zuletzt ein erneuter Vorlagebeschluss des ArbG Berlin (vom 21. 2. 2006, BB 2006, 724) zeigt – weiterhin spannend und wird den damit befassten Praktikern noch manches Kopfzerbrechen bereiten.

#### I. Einleitung: die „Junk“-Entscheidung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht der Massenentlassung

Am 27. 1. 2005 hat der EuGH<sup>1</sup> („Junk“) entschieden, dass unter „Entlassung“ i. S. d. Richtlinie 98/59/EG die Kündigungserklärung des Arbeitgebers zu verstehen sei. Die Anzeige der Massenentlassung müsse deshalb bereits vor Ausspruch der Kündigungen erstattet werden. Diese Rechtsprechung des EuGH stand im Widerspruch zur seit Jahrzehnten praktisch einhelligen Meinung und Rechtspraxis in Deutschland, die als „Entlassung“ i. S. d. §§ 17 und 18 KSchG stets die Beendigung des Arbeitsverhältnisses (in der Regel also den Ablauf der Kündigungsfrist) aufgefasst hatte. Auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung des BAG<sup>2</sup> war die Anzeige im Regelfall ein bis zwei Monate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses – und damit meist erst nach Ausspruch der Kündigung – zu erstatten<sup>3</sup>. Seit der „Junk“-Entscheidung des EuGH war umstritten, welche Auswirkungen sie auf das deutsche Recht der Massenentlassungen (§§ 17 ff. KSchG) hat<sup>4</sup>. Streitig war insbesondere, ob die §§ 17 ff. KSchG einer richtlinienkonformen Auslegung im Sinne der neuen EuGH-Rechtsprechung zugänglich sind oder ob bis zu einer Änderung dieser Vorschriften durch den deutschen Gesetzgeber die bisherige Rechtsprechung des BAG maßgebend bleibt<sup>5</sup>. Da Arbeitgeber aufgrund der unterschiedlichen dazu in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten nicht wissen konnten, ob die für sie zuständigen Arbeitsgerichte der Rechtsprechung des EuGH oder der bisherigen Rechtsprechung des BAG folgen würden, mussten Mas-

senentlassungen vorsorglich häufig zweimal bei der Agentur für Arbeit angezeigt, teilweise Kündigungen auch mehrfach ausgesprochen werden<sup>6</sup>. Die Folge war ein bürokratischer Irrsinn, der weder den betroffenen Arbeitnehmern noch den Agenturen für Arbeit irgendeinen Nutzen brachte.

Das BAG hat nun mit Urteil vom 23. 3. 2006 erstmals seit der „Junk“-Entscheidung des EuGH zu deren Folgen für das deutsche Recht Stellung genommen<sup>7</sup>. Der folgende Beitrag zeigt, inwieweit damit die umstrittenen Fragen für die Praxis geklärt sind, welche Probleme weiterhin auf eine Lösung warten und was zukünftig bei Massenentlassungen zu beachten ist.

#### II. Richtlinienkonforme Auslegung des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG: Anzeige vor Kündigung

Das BAG hat entschieden, dass § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG gemäß der „Junk“-Entscheidung des EuGH richtlinienkonform auszulegen ist. Unter dem Begriff „Entlassung“ im Sinne dieser Bestimmung ist der Ausspruch der Kündigungen der Arbeitsverhältnisse zu verstehen. Die Anzeige der Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit muss demnach vor Ausspruch der Kündigungen erstattet werden. Damit hat das BAG die wohl brennendste Frage im

\* Dr. Bauer ist Partner, Dr. Krieger ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Gleiss Lutz in Stuttgart; Dr. Powietzka ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Reiserer Biesinger, Heidelberg. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII.

1 EuGH vom 27. 1. 2005, C-188/03, BB 2005, 331.

2 Siehe z. B. BAG vom 13. 4. 2000 – 2 AZR 215/99, AP Nr. 13 zu § 17 KSchG 1969 = BB 2000, 2264 Ls.; BAG vom 18. 9. 2003 – 2 AZR 79/02, AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969 = BB 2004, 1223.

3 Vgl. dazu Bauer/Powietzka, DB 2000, 1073, 1075 mit Beispielen.

4 Siehe dazu Bauer/Krieger/Powietzka, DB 2005, 445 und 1006 m. w. N.

5 Nachweise zum Meinungsstand bei Bauer/Krieger/Powietzka, DB 2005, 1570, Fn. 2 und 3; gegen eine richtlinienkonforme Auslegung zuletzt auch LAG Köln vom 10. 5. 2005 – 1 Sa 1510/04, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 50 = BB 2005, 1860 Ls.; LAG Hamm vom 8. 7. 2005 – 7 Sa 512/05, NZA-RR 2005, 578; LAG Baden-Württemberg vom 1. 9. 2005 – 11 Sa 42/05; LAG Berlin vom 20. 12. 2005 – 12 Sa 1463/05, BB 2006, 724.

6 Empfehlungen zum praktischen Vorgehen bei Bauer/Krieger/Powietzka, DB 2005, 445, 448; Ferme/Lipinski, ZIP 2005, 593, 599.

7 BAG vom 23. 3. 2006 – 2 AZR 343/05, BB 2006, 1971. In zwei früheren Entscheidungen hatte das BAG diese Fragen noch offen lassen können; vgl. BAG vom 24. 2. 2005 – 2 AZR 207/04, DB 2005, 1576 m. Anm. Bauer/Krieger/Powietzka, DB 2005, 1570; BAG vom 16. 6. 2005 – 6 AZR 451/04, NZA 2005, 1109.