



§ 3 SE-Mitbestimmungsvereinbarung: Verfahren, Fehlerquellen und Rechtsschutz

Rn.

A. Referat Volker Rieble	1
I. Mitbestimmungs-Vereinbarungslösung	1
1. Beschränkte Vereinbarungsmacht im deutschen System	1
2. Die Europäische Mitbestimmungsvereinbarungslösung	5
II. Rechtsnatur: Betriebsverfassungsrechtliche normative Mitbestimmungsstrukturvereinbarung	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 Arbeitnehmerbegriff	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 Nationen	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 kompliziert 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 punktueller Vereinbarungsbefugnisse vor, etwa zur Mitgliederzahl des Gesamtbetriebsrats 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 Modifikationen der Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft; arbeitsrechtlich fehlt es an einem kompetenten Verhandlungspartner auf Arbeitnehmerseite: Die Unternehmensverfassung ist nach h.M. tarifvertraglich nicht regelbar, weil dem Tarifvertrag nur der Zugriff auf die Betriebsverfassung eröffnet ist. Die Belegschaft als solche ist in der Unternehmensmitbestimmung nicht handlungsfähig. Die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat ist unselbständig; der Betriebsrat kann keine Vereinbarung über die Unternehmensmitbestimmung treffen. Die Praxis behilft sich mitunter mit schuldrechtlichen Stimmbindungsverträgen, die den Arbeitnehmern mitbestimmungserweiternd Anteilseignersitze verschaffen können.

Die Gestaltungsmöglichkeiten im deutschen System sind gering: Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen ist zwingende Mindestarbeitsbe- ⁴

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

¹ Dazu nur *Kraft/Franzen*, in: *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (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 Unternehmensmitbestimmung* (2003); *Rieble*, *Das Verhältnis von Unternehmensmitbestimmung und Tarifautonomie*, in: *Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik* (Hg.), *Bitburger Gespräche*, 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 satzungähnliche 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 Mitbestimmungsvereinbarung nicht gefällt. Das setzt freilich voraus, daß die Mitbestimmungsverhandlungen vor dem Beschluß abgeschlossen sind. Stimmt die Hauptversammlung der Umwandlung vorher zu, erteilt sie letztlich der Unternehmensleitung eine *carte blanche*. 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 Regelungspusch 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 SEBG, 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 teilnichtig.

- 83 ● Für diese Vereinbarungspflicht 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. Zweckmäßigkeitsfragen

- 85 Hier nicht zu behandeln sind die Zweckmäßigkeitsfragen. 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 dem derzeitigen 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 Satzungsautonomie der SE – vor allem mit Blick auf die Größe des Aufsichtsrats und Zustimmungsvorbehalte. *Habersack* will die Vereinbarung auf den bloßen Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (oder Verwaltungsrat) beschränken und hält jede Regelung der Größe für unzulässig.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 Mißbrauchskontrolle 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 Besitzstandwahrungsvorgabe 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