



9. ZAAR-Tagung

Bewegliche Mitbestimmung

Freitag, 29. September 2017
Wiesbaden, HessenChemie Campus



ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	2
<hr/>	
Programm	3
<hr/>	
Referate	
Nichtarbeitnehmer in der Betriebsverfassung	
<u>Professor Dr. Holger Sutschet</u> Hochschule Osnabrück	5
<hr/>	
Funktion und Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat	
<u>Dr. Günter Schmitt-Rolfes</u> Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes Faltermeier	7
<hr/>	
Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Tatbestand der zuständigkeits- ändernden Unternehmerentscheidung	
<u>Professor Dr. Sebastian Kolbe</u> Universität Bremen	23
<hr/>	
Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Rechtsfolgen für laufende Mitbestimmungsverfahren, Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden	
<u>Professor Dr. Volker Rieble</u> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	25
<hr/>	
Teilnehmerliste	26
<hr/>	

Bewegliche Mitbestimmung

Das Betriebsverfassungsrecht und das Unternehmensmitbestimmungsrecht sehen im Betrieb, im Unternehmen und im Unternehmensverbund grundsätzlich statische Größen. Arbeitnehmervertreter sollen über lange Zeit amtieren und langfristige Entscheidungen für die repräsentierte Belegschaftsbasis treffen. Doch die Wirklichkeit sieht oft anders aus. Aufgaben werden kurzfristig aus- und eingegliedert, Organisationseinheiten, Gesellschaften und Konzerne vergehen und entstehen immer schneller. Mithilfe digitalisierter Personalverwaltung lassen sich Leitungsstrukturen auf allen Ebenen zügig neu ordnen. Dadurch kommt es zu vertikalen Zuständigkeitsverschiebungen, und am Ende stehen oft Ungewissheiten über Bestand und Reichweite bisheriger Kollektivregelungen. Gleichzeitig ändert sich das Bild der Belegschaften. Während der leitende Angestellte im bisherigen System der Unternehmensmitbestimmung eine feste Rolle spielte, lassen ihn die europarechtlichen Regeln unbeachtet. Außerdem sind immer mehr Menschen als Selbständige für den Betrieb tätig, und werden dennoch – notfalls als Heimarbeiter – teilweise unter die Fittiche des kollektiven Systems genommen. Die vielfältigen Gestaltungen machen es lohnenswert, die Stellschrauben des beweglichen Mitbestimmungssystems in den Blick zu nehmen. Wir möchten Sie einladen, das mit uns zusammen zu tun.

**Richard Giesen
Abbo Junker
Volker Rieble**

Programm

10.00 Uhr	Begrüßung
10.20 Uhr	Nichtarbeitnehmer in der Betriebsverfassung <i>Professor Dr. Holger Sutschet</i> Hochschule Osnabrück
	Diskussion
11.30 Uhr	Funktion und Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat <i>Dr. Günter Schmitt-Rolfes</i> Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes Faltermeier
	Diskussion
12.40 Uhr	<u>Mittagspause</u>
13.40 Uhr	Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Tatbestand der zuständigkeitsändernden Unternehmerentscheidung <i>Professor Dr. Sebastian Kolbe</i> Universität Bremen
	Diskussion
14.50 Uhr	<u>Kaffeepause</u>
15.20 Uhr	Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Rechtsfolgen für laufende Mitbestimmungsverfahren, Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden <i>Professor Dr. Volker Rieble</i> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
	Diskussion
16.30 Uhr	Verabschiedung

Professor Dr. Holger Sutschet

Hochschule Osnabrück

Nichtarbeitnehmer in der Betriebsverfassung

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Gesetzliche Regelung der Rechte in Ansehung von Nichtarbeitnehmern
- III. Zwei Gruppen von Nichtarbeitnehmern
- IV. Fehlende Arbeitnehmereigenschaft
 1. Arbeitnehmerähnliche Personen
 2. Heimarbeit
 3. Telearbeit
 4. Crowdworker
 5. Sondergruppen
- V. Aufgespaltene Arbeitgeberstellung
 1. Beteiligungsrechte im Falle von Leiharbeitnehmern
 - a) Gesetzliche Regelung
 - b) Weitere Beteiligungsrechte
 2. Beteiligungsrechte im Falle von Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmern
 - a) Fremdfirmeneinsatz als „Einstellung“ i.S.d. § 99 BetrVG
 - b) Sonstige Beteiligungsrechte
- VI. Nichtarbeitnehmer und Betriebsvereinbarung
- VII. Von der Betriebszugehörigkeit zur Normzwecklehre?
- VIII. Fazit

Thesen

- Nichtarbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne sind – neben den in § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG genannten Personen – Beschäftigte, denen die Arbeitnehmereigenschaft fehlt und Beschäftigte, die zwar Arbeitnehmer sind, aber kein Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsinhaber haben.
- Das Betriebsverfassungsrecht nimmt in vielfältiger Weise auf Nichtarbeitnehmer Bezug und gewährt dem Betriebsrat Beteiligungsrechte im Hinblick auf diese Personen.
- Arbeitnehmerähnliche Personen können betriebsverfassungsrechtlich insbesondere im Hinblick auf §§ 80 I, 80 II und 99 BetrVG relevant sein.
- Heimarbeiter sind, wenn sie in der Hauptsache für den Betrieb tätig sind, Arbeitnehmer gem. § 5 I 2 BetrVG. Sonstige Heimarbeiter sind betriebsverfassungsrechtlich nur sehr eingeschränkt zu beachten.
- Telearbeiter, denen die persönliche Abhängigkeit fehlt, sind regelmäßig Heimarbeiter und daher betriebsverfassungsrechtlich nach § 5 I 2 BetrVG zu beachten, sofern sie in der Hauptsache für den Betrieb tätig sind. Das gilt auch für im Ausland arbeitende Telearbeiter.
- Externe Crowdworker sind regelmäßig Selbständige und unterliegen nicht dem Betriebsverfassungsrecht. Sie sind zwar regelmäßig Heimarbeiter, aber nicht in der Hauptsache für einen Betrieb tätig.
- Sondergruppen (Ein-Euro-Jobber, Strafgefangene etc.) werden nur sehr eingeschränkt vom Betriebsverfassungsrecht erfasst.
- In den Fällen der Leiharbeit bestehen über die gesetzliche Regelung in §§ 14 AÜG, 7 S. 2 BetrVG hinaus vielfältige weitere Beteiligungsrechte des Betriebsrats, insbesondere nach § 87 BetrVG.
- In den Fällen der Beschäftigung von Fremdpersonal im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags kommt eine Eingliederung dieser Beschäftigten in den Auftragnehmerbetrieb in Betracht, was das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG auslösen kann.
- Die Eingliederung von Fremdpersonal führt nicht automatisch zum Bestehen weiterer Beteiligungsrechte. Inwieweit solche bestehen, ist durch eine normzweckorientierte Auslegung des jeweiligen Beteiligungsrechts zu entscheiden.
- Soweit Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in Ansehung von Nichtarbeitnehmern bestehen, unterfallen diese dem personellen Geltungsbereich von Betriebsvereinbarungen.
- Die Betriebszugehörigkeit ist durch die Aufgabe der Zwei-Komponenten-Theorie nicht obsolet geworden.

Dr. Günter Schmitt-Rolfes

Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes Faltermeier

Funktion und Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat

A. Der leitende Angestellte im deutschen Mitbestimmungssystem

I. Montanmitbestimmungsgesetz

Die erste paritätische Mitbestimmungsregelung für Arbeitnehmer befindet sich nach wie vor im Montanmitbestimmungsgesetz vom 21. Mai 1951.

Beschränkt ist das Gesetz allerdings auf die Aufsichtsräte und Vorstände der Unternehmen des Bergbaus und der eisen- und stahlerzeugenden Industrie.

Ab einer Unternehmensgröße von 1.000 Beschäftigten, die dem Montanbereich zugehören und in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder GmbH betrieben werden, ist ein Aufsichtsrat zu bilden, der paritätisch besetzt ist und zwar aus

- 4 Vertretern der Anteilseigner und einem weiteren Mitglied;
- 4 Vertretern der Arbeitnehmer und einem weiteren Mitglied;
- einem weiteren Mitglied.

Somit handelt es sich um die erste deutschrechtlich verfügte paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat von Unternehmen, allerdings abgemildert durch die jeweils weiteren Mitglieder.

Unter den Arbeitnehmervertretern des Aufsichtsrats müssen sich zwei Arbeitnehmer befinden, die in einem Betrieb des Unternehmens beschäftigt sind.

Da der Begriff des Arbeitnehmers in diesem Gesetz nicht definiert ist, sind nach dem Wortlaut grundsätzlich alle Arbeitnehmer gemeint, die an der Vertretung beteiligt werden können, also auch die leitenden Angestellten, die zweifellos grundsätzlich den Arbeitnehmerbegriff erfüllen.

Allerdings gibt es in diesem Gesetz keine Sitzgarantie, also keine Quotenregelung zugunsten der leitenden Angestellten, so dass die leitenden Angestellten zu behandeln sind, wie alle anderen Arbeitnehmer auch.

Es hat sich allerdings eine herrschende Lehre entwickelt, die aus der Tatsache, dass die Arbeitnehmervertreter durch die Betriebsräte der Betriebe des Unternehmens in geheimer Wahl gewählt und dem Wahlorgan nach Beratung mit dem in den Betrieben des Unternehmens vertretenen Gewerkschaften und Spitzenorganisationen vorgeschlagen werden schließt, dass der Arbeitnehmerbegriff im Sinne dieses

Gesetzes dahin eingeschränkt ist, dass leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes nicht als Arbeitnehmer dieses Gesetzes gelten und deshalb nicht in den Aufsichtsrat gewählt werden können.

Diese Rechtsauffassung ist weder vom Wortlaut des Gesetzes, noch von der sonstigen Systematik – im Verhältnis zum Betriebsverfassungsgesetz – zu begründen, da auch das Betriebsverfassungsgesetz nicht den Arbeitnehmerbegriff allgemein verändert, sondern lediglich regelt, dass leitende Angestellte, nach der dortigen Definition, nicht als Arbeitnehmer im Sinn des Betriebsverfassungsgesetzes gelten.

Da sich eine solche Abgrenzung im Montanmitbestimmungsgesetz nicht befindet, können also auch grundsätzlich leitende Angestellte für den Aufsichtsrat vorgeschlagen und gewählt werden, obwohl nach den ganzen Wahl- und Vorschlagsmodalitäten unwahrscheinlich ist, dass die dazu berechtigten Institutionen leitende Angestellte nominieren und wählen werden.

Immerhin ist bedeutsam, dass das Montanmitbestimmungsgesetz den Arbeitnehmerbegriff nicht in normale Angestellte und leitende Angestellte aufsplittet.

II. Das Drittelbeteiligungssystem

1. Bereits das Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.2052 hatte in seinen §§ 76 ff. die Arbeitnehmermitbestimmung in Form der Drittelbeteiligung in bestimmten Unternehmen eingeführt, und zwar für alle Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, ohne Rücksicht auf die Beschäftigtenzahl und für alle Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit mehr als 500 Arbeitnehmern (Gleiches galt für die sog. Bergrechtliche Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit).

Lediglich bei Aktiengesellschaften, die Familiengesellschaften sind, wurde die Schwelle der Mitbestimmungspflichtigkeit wie bei der GmbH auf mehr als 500 Arbeitnehmer angehoben.

Die Gruppe der Leitenden Angestellten wurde allerdings schon durch die Arbeitnehmerdefinition in § 4 Abs. 2 c BetrVG 1952 ausgesperrt, da sie nicht als Arbeitnehmer i.S. des Gesetzes galten.

Die Definition des Leitenden Angestellten war ähnlich ausgestaltet, wie im heutigen Betriebsverfassungsrecht.

Allerdings beschränkte sich diese Aussperrung nur auf das aktive Wahlrecht, während in größeren Aufsichtsräten ab neun Gesamtmitgliedern auch Leitende Angestellte in den Aufsichtsrat gewählt werden konnten.

§ 76 Abs. 2 S. 3 bestimmte nämlich, dass lediglich zwei der insgesamt zu wählenden Arbeitnehmervertreter Arbeitnehmer aus den Betrieben des Unternehmens sein mussten. Dies bedeutet, dass ab einer Aufsichtsratsgröße von neun Mitgliedern ein oder mehrere Personen, die nicht Arbeitnehmer i.S. des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs waren, in den Aufsichtsrat gewählt werden konnten.

Dies galt sowohl für das passive Wahlrecht von Leitenden Angestellten, als auch

für die Wahl von Gewerkschaftsvertretern und anderen externen Personen.

Wie alle Aufsichtsratsmitglieder unterlagen sie selbstverständlich den gesellschaftsrechtlichen Einschränkungen gem. §§ 100 Abs. 2, 105 Abs. 1 Aktiengesetz.

Die praktische Relevanz, dass auf diesem Weg Leitende Angestellte als Arbeitnehmervertreter in den mitbestimmten Aufsichtsrat gelangen konnten, war allerdings gering und zwar aus zwei Gründen.

Einmal war die Aufstellung von Wahlvorschlägen den Betriebsräten vorbehalten und den aktivwahlberechtigten Arbeitnehmern, also nicht den Leitenden Angestellten.

Zum Zweiten waren alle Arbeitnehmervertreter lediglich von den aktivwahlberechtigten Arbeitnehmern zu wählen, so dass insofern die Leitenden Angestellten ebenfalls keinen Einfluss auf die Wahl hatten.

2. Mit der großen betriebsverfassungsrechtlichen Reform durch das Betriebsverfassungsgesetz vom 15.01.1972 wurde das oben beschriebene Drittelbeteiligungssystem der Arbeitnehmerbeteiligung von 1952 nicht geändert, sondern gem. § 129 Abs. 1 BetrVG 1972 fortgeschrieben mit einer im Prinzip gleichen Ausgrenzung der Leitenden Angestellten gem. § 5 Abs. 3 BetrVG 1972, die gegenüber der Formulierung von 1952 geringfügig geändert wurde.
3. Das Drittelbeteiligungsgesetz vom 18.05.2004 übernahm wiederum die obigen Regelungen unverändert, jedenfalls soweit die Leitenden Angestellten betroffen sind (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 2 S. 2 DrittelbG).
4. Somit kann festgestellt werden, dass die Gruppe der Leitenden Angestellten bis zum Mitbestimmungsgesetz von 1976 im Ergebnis keinerlei Funktion in den Aufsichtsräten der mitbestimmten Gesellschaften ausfüllen und ausüben konnten.

III. Die Prozessschlacht der Jahre 1972 ff

Die Begriffsdefinition des Leitenden Angestellten im BetrVG 1972 löste eine Prozessschlacht um die Abgrenzung aus, allerdings nicht im Hinblick auf eine mögliche Mitbestimmung im Aufsichtsrat, sondern bezüglich der Zuständigkeit des Betriebsrats für diese Personengruppe.

Angeführt von den Gewerkschaften bestritten Betriebsräte insbesondere in großen Unternehmen die Abgrenzung, die durch die Unternehmensleitungen vorgenommen wurde, mit der Behauptung, dass durch die Erweiterung des Kreises der Leitenden Angestellten den Betriebsräten Kompetenzen entzogen würden.

Die Betriebsräte – vertreten durch die Gewerkschaft oder deren Anwälte – lösten in einzelnen Unternehmen mehrere Tausend Beschlussverfahren aus, da für jeden einzelnen umstrittenen Leitenden Angestellten ein solches Beschlussverfahren durchgeführt werden musste.

Nachdem das BAG einige Kontouren gezogen hatte, einigte man sich letztlich pragmatisch in diesen Unternehmen, entweder auf Prozentzahlen (ein bis drei

Prozent Leitende Angestellte) oder auf Hierarchieebenen (erste und zweite Ebene unterhalb der organschaftlichen Unternehmensleitung).

Da die umstrittenen Leitenden Angestellten als Prozessbeteiligte auf Seiten der Unternehmen standen, führte zu dies zu einem Solidarisierungseffekt auf der Seite der Leitenden Angestellten, den zahlreiche Unternehmensleitungen aufgriffen um die nicht unter die Zuständigkeit der Betriebsräte fallenden Leitenden Angestellten ohne kollektive Vertretung zu lassen.

IV. Sprecherausschüsse der Leitenden Angestellten

1. Angeregt durch von der Union der Leitenden Angestellten und der BDA entwickelten Modellen, die dem Modell des Arbeitsrings Chemie nachempfunden waren, schlossen die Unternehmensleitungen mit den Leitenden Angestellten auf privatrechtlicher Grundlage Regelungen für Sprecherausschüsse der Leitenden Angestellten im Unternehmen ab.

1976 gab es bereits 200 Unternehmen mit solchen Ausschüssen, die sich bis auf 400 Unternehmen vermehrten, vor allem in der Metall- und Elektroindustrie, in der Chemischen Industrie und in der Versicherungswirtschaft.

Die Gewerkschaften versuchten durch die jeweiligen Betriebsräte diese Entwicklung zu stoppen bzw. zu verbieten mit der Begründung, Sprecherausschüsse für Leitende Angestellte würden gegen die Exklusivität des betriebsrätlichen Mitbestimmungsmodell in der Betriebsverfassung verstoßen.

Die entsprechenden von Betriebsräten eingeleiteten Unterlassungsverfahren führten schließlich zu einer Grundsatzentscheidung des BAG vom 19.02.1975, indem das BAG die freiwillige Bildung von Sprecherausschüssen, die auf den Personenkreis des § 5 Abs. 3 BetrVG beschränkt sind, ausdrücklich und grundsätzlich für zulässig.

Mit der nun unangefochtenen freiwilligen Bildung von Sprecherausschüssen wurde eine wesentliche organisationspolitische Grundlage für die spätere Beteiligung der Leitenden Angestellten im Aufsichtsrat mitbestimmter Unternehmen geschaffen.

2. Demgegenüber wurde das Sprecherausschusssystem erst durch das Sprecherausschussgesetz vom 20.12.1988 auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.

V. Das Mitbestimmungsgesetz vom 01.07.1976

Der Durchbruch für die Beteiligung der Leitenden Angestellten im Aufsichtsrat kam erst durch das Mitbestimmungsgesetz vom 01.07.1976, da die Leitenden Angestellten bis dahin – wie oben ausgeführt – entweder faktisch oder rechtlich von jeder aufsichtsrätlichen Mitbestimmung ausgeschlossen waren.

1. Wahlrecht und Sitzgarantie

Das genannte Gesetz von 1976 schloss die Leitenden Angestellten in den Arbeitnehmerbegriff ein, gab Ihnen das aktive und passive Wahlrecht, für das Wahlverfahren einen gesonderten Gruppenschutz und darüber hinaus eine Sitzgarantie der zufolge dem mitbestimmten Aufsichtsrat mindestens ein Leitender Angestellter angehören musste (§ 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG).

Die Sitzgarantie verbietet nicht, dass mehr als ein Leitender in den Aufsichtsrat gewählt wird, was jedoch aufgrund des gesetzlichen Proportsystems (Mehrheitswahl, Verhältniswahl nach den Besetzungsregelungen des d'Hondt'sche Höchstzahlverfahrens) niemals zu einer höheren Beteiligung führen konnte und kann.

2. Einschränkung der Wählbarkeit

Häufig stehen Leitende Angestellte in einem Arbeitsverhältnis zur Muttergesellschaft und übernehmen organschaftliche Positionen in Tochtergesellschaften als Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer. Dies beseitigt die Wählbarkeit ebenso wie die Organstellung in einer anderen nicht abhängigen Kapitalgesellschaft, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied des Vertragsarbeitgebers des Leitenden angehört (§ 100 Abs. 2 Ziff. 2 u. 3 AktG).

Bei Verstoß wird die Wahl zwar nicht sofort nichtig, die die Wählbarkeit erst bei Amtsantritt im Aufsichtsrat vorliegen muss, der Leitende muss jedoch die organschaftlichen Positionen spätestens bis zu diesem Zeitpunkt räumen.

Des Weiteren darf der Leitende nicht Prokurist oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigter Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft sein, was allerdings die Wählbarkeit eines Prokuristen nur dann ausschließt, wenn dieser dem Vorstand unmittelbar unterstellt ist und die Prokura den gesamten Geschäftsbereich erfasst (§ 6 Abs. 2 S. 1 MitbestG).

3. Abstimmungsverhalten

Nach Inkrafttreten des Gesetzes wurde ausführlich diskutiert, ob dem Leitenden Angestellten ein Abstimmungsverbot auferlegt ist wegen Besorgnis der Befangenheit, z.B. wenn der Aufsichtsrat über die Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds beschließt, dem der Leitende Angestellte unmittelbar unterstellt ist.

Nach langer Diskussion war klar, dass es ein solches Abstimmungsverbot nicht geben kann, da Befangenheitsfragen nicht individuell, sondern nur generell über die Einschränkung der Wählbarkeit – wie oben ausgeführt – geregelt werden können.

Ein Abstimmungsverbot würde das Paritätsgebot sprengen und wäre schon deshalb unzulässig.

4. Verschwiegenheit und Informationsbeschaffung

Die allgemeine und uneingeschränkte Verschwiegenheitspflicht, die für alle Aufsichtsratsmitglieder gilt, trifft den Leitenden Angestellten auch gegenüber seiner

Wählergruppe, während eine Informationsbeschaffung aus dieser Wählergruppe heraus nicht verboten ist.

5. Gruppenwechsel und Wählbarkeit

Der Gruppenwechsel führt nicht zum Erlöschen des Amtes (§ 24 Abs. 2 MitbestG). Verliert also ein Leitender die Leitungseigenschaft, behält er sein Amt, ebenso ein Arbeitnehmervertreter, der zum Leitenden befördert wird.

Lag allerdings die Voraussetzung für den Leitenden Angestellten schon zum Zeitpunkt der Wahl nicht vor, ist ungeklärt bzw. umstritten, ob in entsprechender Anwendung von § 24 Abs. 1 MitbestG die Wahl nichtig ist oder nur gemäß § 22 MitbestG anfechtbar.

6. Schutz vor Behinderung

Das allgemeine Behinderungs- und Benachteiligungsverbot für den Amtsträger (§ 26 MitbestG) führt nicht zu einem besonderen Kündigungsschutz.

VI. Die faktische Funktion des Leitenden Angestellten im Aufsichtsrat

Durch seine Stimme kann der Leitende Angestellte eine Pattsituation im Aufsichtsrat hervorrufen, indem er mit der Arbeitnehmerbank stimmt oder eine Mehrheit der Aktionärsvertreter, indem er sein Abstimmungsverhalten dieser Bank zuschlägt.

Somit führt allein schon die Existenz des Leitenden Angestellten im Aufsichtsrat dazu, dass die beiden Bänke (Aktionärsvertreter und Arbeitnehmervertreter) sich einigen, ohne den Leitenden Angestellten zu dieser Entscheidung zu zwingen.

B. Der leitende Angestellte im europäischen Mitbestimmungssystem

Herr Prof. Dr. Rieble sagte auf dem 5. ZAAR-Kongress mit dem Thema „Vereinbarte Mitbestimmung in der SE“ in einer Wortmeldung wörtlich:

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

Die vorsichtige Formulierung von Rieble „womöglich“ lädt zu einer systematischen Betrachtung dahin ein, was bzgl. der Beteiligung der leitenden Angestellten im europäischen Mitbestimmungssystem möglich ist oder was nicht.

Diesbezüglich sind zwei Bereiche zu untersuchen, nämlich

- die Societas Europaea (SE) sowie
- der Bereich der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten

Dabei sind beide Bereiche europarechtlich durch drei Strukturelemente gekennzeichnet, nämlich:

- die Regelung der jeweiligen Grundstrukturen sowie
- die Regelung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in freiwilligen Vereinbarungen zwischen der jeweiligen Unternehmensleitung und einem besonderen Verhandlungsgremium (BVG) der jeweiligen Arbeitnehmerschaft sowie
- einer gesetzlichen Auffangregelung für den Fall, dass eine Mitbestimmungsvereinbarung nicht zustande kommt.

Im Einzelnen:

I. Die Societas Europaea (SE)

1. Die gesetzlichen Rechtsgrundlagen sind:

- die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 vom 08.10.2001 über das Statut der europäischen Gesellschaft (SE)
- die Richtlinie 2001/86 EG vom 08.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer
- das deutsche Gesetz zur Einführung der europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22.12.2004 bestehend aus
 - dem SE-Ausführungsgesetz (SEAG) sowie
 - dem SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)

2. Dualistisches und monistisches System

Neu und wichtig für die mitbestimmungsrechtliche Beteiligung der leitenden Angestellten in der SE ist zunächst, dass europa- und deutschrechtlich der SE – die nur als Aktiengesellschaft möglich ist – neben dem dualistischen System (Aufsichtsrat/Vorstand) ein monistisches System zur Verfügung gestellt wird mit der Folge, dass neben der Hauptversammlung nur ein Leitungsorgan, nämlich der Verwaltungsrat gebildet werden kann.

Hierbei haben die Gründer einer SE durch souveräne Satzungsentscheidung die Möglichkeit der Wahl zwischen dem dualistischen und dem monistischen System.

Dass die Übertragung der aufsichtsrätlichen Mitbestimmung auf den Verwaltungsrat ganz neue Probleme aufwirft, ist auf den ersten Blick ersichtlich.

3. Die europarechtlichen Gründungsmodalitäten

Das Schicksal der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat (Verwaltungsrat) und damit Funktion und Zukunft des leitenden Angestellten in diesem Gremium bei einer neugegründeten SE mit Sitz in Deutschland - und nur von diesem Fall kann in diesem Vortrag aus Zeitgründen ausgegangen werden – hängt im Wesentlichen von den verschiedenen europarechtlichen Gründungsmodalitäten ab.

In mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht ist vorzuschicken, dass die europarechtliche SE immer nur als Aktiengesellschaft nach den europarechtlichen Regeln gegründet werden kann und immer eine Struktur entweder nach dem dualistischen oder monistischen System haben muss.

Während nach deutschem Aktienrecht „jedermann“, also jede natürliche oder juristische Person bis hin zur Personenhandelsgesellschaft eine Aktiengesellschaft gründen kann, sind die Gründungsmodalitäten der SE enumerativ-kasuistisch

beschränkt.

Generell ausgeschlossen ist die Gründung einer SE durch eine natürliche Person.

Im Übrigen muss Ausgangspunkt für die Gründung – von einer Ausnahme abgesehen – immer ausschließlich eine deutsche Aktiengesellschaft sein oder eine Aktiengesellschaft und wahlweise eine GmbH. Notfalls müssen andere gründungswillige deutsche juristische Personen zunächst in eine solche deutsch-rechtliche Gesellschaft nach deutschem Umwandlungsrecht (Formwechsel) umgewandelt werden.

Die exklusiven Gründungsmodalitäten nach § 2 VO – verkürzt wiedergegeben – sind:

- Gründung durch grenzüberschreitende Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften
- Gründung einer Holding – SE durch mindestens zwei Aktiengesellschaften oder GmbHs von denen mindestens zwei entweder verschiedenen EU-Ländern angehören oder seit mindestens zwei Jahren in einem anderen EU-Staat eine Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung haben

Welche Rechtsform in den außerdeutschen EU-Ländern unter „Aktiengesellschaft“ oder „GmbH“ zu verstehen ist, ist jeweils in den Anhängen I und II der VO für jedes einzelne Land aufgeführt (Bsp. Frankreich: Aktengesellschaft = Société Anonyme, GmbH = Société à Responsabilité Limitée).

- Gründung einer SE als Tochtergesellschaft in einem anderen EU-Land, möglich durch alle juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts
- Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine SE, die seit mindestens zwei Jahren in einem anderen EU-Land eine Tochtergesellschaft haben muss

II. Die Zukunft des leitenden Angestellten in Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat der SE

1. Die Einbeziehung des leitenden Angestellten in das Europäische System

- a) Verordnung und Richtlinie erwähnen den leitenden Angestellten als besonderen Arbeitnehmer an keiner Stelle.

Da sie vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff ausgehen, ist jedenfalls für deutsche Gründungen davon auszugehen, dass Verordnung und Richtlinie den leitenden Angestellten nicht aussperren wollen, wie zum Beispiel im Deutschen Drittelbeteiligungsgesetz.

- b) Dem gegenüber bezieht das SEBG die Gruppe der leitenden Angestellten ausdrücklich in den Geltungsbereich der gesetzlichen Regelung ein. § 2 Abs. 1 SEBG bestimmt: „Arbeitnehmer eines inländischen Unternehmens oder Betriebs sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsbildung beschäftigten und der in § 5 Abs. 3 S. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes genannten leitenden Angestellten.“

Durch die ausdrückliche Einbeziehung sollen Missverständnisse wie im deutschen Montanmitbestimmungsgesetz, oder Analogien aus dem deutschen Drittelbeteiligungsgesetz vermieden werden.

Die leitenden Angestellten haben somit zunächst die Gleichstellung mit allen anderen Arbeitnehmern – jedoch als gesonderte Gruppe – erreicht und damit das aktive und passive Wahlrecht, soweit es auf die mitbestimmungsrechtliche Beteiligung ankommt.

2. Die Sitzgarantie

Wegen des naturgegebenen nachteiligen Proporz in der Arbeitnehmerschaft zu Lasten der Leitenden, hat der deutsche Gesetzgeber die Sitzgarantie in § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG verfügt.

Eine solche explizite Sitzgarantie gibt es weder im europäischen Primärrecht, noch im SEEG, insbesondere im SEBG.

Da sich, zumindest bei deutschen SE-Gründungen, dieser Proporz nicht ändern wird, stellt sich die Frage, ob, und wenn ja auf welchem Weg, leitende Angestellte über ein Mehrheits- oder Verhältniswahlssystem einrücken können.

3. Die mitbestimmungsrechtliche Vereinbarung

Ziel des SEBG ist, in einer SE die erworbenen Rechte der Arbeitnehmer auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen zu sichern. Maßgeblich für die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in der SE sind die bestehenden Beteiligungsrechte in den Gesellschaften, die die SE gründen (§ 1 Abs. 1 SEBG).

Entsprechend der europarechtlichen Vorgaben soll diese Aufgabe vorrangig durch eine schriftliche Vereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmensleitungen und einem „Besonderen Verhandlungsgremium (BVG)“ erfüllt werden.

Da diese „Aufgabenerfüllung“ zunächst den Mindeststandard der Mitbestimmung sichern soll („maßgeblich sind die bestehenden Beteiligungsrechte“) steht einer Sitzgarantie für die leitenden Angestellten in Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat durch eine solche Vereinbarung nichts entgegen. Dies gilt nicht nur für eine Mindestregelung im Sinn von § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG, sondern erst recht für eine Verbesserung, indem den leitenden Angestellten ein größerer Anteil an Sitzen in diesen Gremien garantiert wird.

Dieses Wunschdenken wird jedoch konterkariert durch die Fragestellung, wie sich das BVG zusammensetzt, da eine solche Sitzgarantie für die Leitenden nur zustande kommt, wenn auch das BVG zustimmt. Da das BVG von der Mehrheit der „Arbeitnehmer“ gebildet wird, schlägt natürlich der vorgegebene Proporz auch in diesem Gremium zu Lasten der Leitenden durch.

Deshalb hat der Gesetzgeber in § 6 Abs. 4 SEBG den Leitenden wenigstens im BVG eine abgeschwächte Sitzgarantie gegeben, wonach mindestens jedes 7. Mitglied ein leitender Angestellter sein muss, der auf Vorschlag der Sprecherausschüsse zu wählen

ist (§ 8 Abs. 1 SEBG).

Sofern für die Gesamtzusammensetzung des BVG ausschließlich die Grundregel des § 5 Abs. 1 SEBG zu Anwendung gelangt, müssen allerdings mehr als 60 % der Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigt sein, um die Sitzgröße von 7 Mitgliedern im BVG zu erreichen.

Aber auch wenn der leitende Angestellte im BVG Sitz nimmt, hat er nur eine Stimme, so dass die Vereinbarung einer Sitzgarantie für die Leitenden – selbst wenn die Unternehmensleitungen zustimmen – durch Mehrheitsentscheidung im BVG kaum zu erreichen ist.

Deshalb kann eine zwingende Beteiligung der leitenden Angestellten in den Aufsichtsgremien einer SE nur erfolgen, wenn andere Rechtsgrundlagen die Übertragung der Regelung in § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG verfügen.

Dies ist nicht ausgeschlossen, hängt jedoch von den unterschiedlichen Gründungsmodalitäten ab.

4. Die SE-Gründung durch Umwandlung

- a) Sowohl Richtlinie als auch SEBG, behandeln die SE-Gründung durch Umwandlung bezüglich der Mitbestimmungsweitergeltung grundsätzlich anders als die SE aufgrund der anderen Gründungsmodalitäten.

Dies hat einen einfachen Grund. Der Grundsatz der Mitbestimmungserhaltung gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 SEBG („Maßgeblich für die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in der SE sind die bestehenden Beteiligungsrechte in den Gesellschaften, die die SE gründen.“), erfordert einen „Vorher/Nachher“-Vergleich, der naturgegeben einfacher ausfällt, wenn das „Vorher“ nur durch eine Gesellschaft repräsentiert wird, als wenn das „Vorher“ – wie bei den anderen Gründungsmodalitäten – von mehreren Gesellschaften, möglicherweise mit unterschiedlicher Mitbestimmungsregelung, repräsentiert wird.

Da gemäß Art. 37 Abs. 2 VO die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine SE weder die Auflösung der Gesellschaft noch die Gründung einer neuen juristischen Person zur Folge hat (vergleichbar § 202 Ziff. 1 UmwG) bleibt die Struktur der umgewandelten Gesellschaft auch bezüglich der Mitbestimmung bestehen, sodass nicht einzusehen ist, weshalb die diesbezügliche Mitbestimmungsregelung keine weitere Anwendung finden soll.

- b) Der Vorrang, die Mitbestimmung durch freie Vereinbarung zu regeln, gilt grundsätzlich auch bei der Gründung durch Umwandlung, wird allerdings inhaltlich und bezüglich des Verfahrens durch die Richtlinie und das SEBG erheblich eingeschränkt.

So bestimmt Art. 4 Abs. 4 RL exemplarisch, dass in der Vereinbarung im Falle einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden muss, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll.

Das SEBG übernimmt diesen Befehl inhaltsgleich in § 21 Abs. 6, wonach in der Vereinbarung im Fall einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden muss, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll. Dies gilt auch bei einem Wechsel der Gesellschaft von einer dualistischen zu einer monastischen Organisationsstruktur.

In Konsequenz dieser Maxime verbietet die Richtlinie dem BVG in Art. 3 Abs. 6 S. 3 zu beschließen, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abubrechen, da dies zur Mitbestimmungsfreiheit der SE führen würde, weil auch die gesetzliche Auffangregelung nicht eingreift.

Das SEBG übernimmt dieses Verbot in § 16 Abs. 3 für den Fall der Gründung einer SE durch Umwandlung.

Des Weiteren schließt die Richtlinie indirekt eine Minderung der Mitbestimmungsrechte durch Vereinbarung für den Fall der Umwandlungsgründung aus (Art. 3 Abs. 4 S. 4 RL), was das SEBG in § 15 Abs. 6 ausdrücklich bestätigt.

- c) Kommt innerhalb der sechsmonatigen bzw. einjährigen Verhandlungsfrist eine Vereinbarung mit der oben dargestellten Mitbestimmungssicherung nicht zustande, greift die gesetzliche Auffangregelung ein (Art. 7 Abs. 2a RL, § 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG), wenn im Fall der Umwandlung Bestimmungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan galten.

§ 35 Abs. 1 SEBG garantiert dann die absolute Mitbestimmungsweitergeltung, wonach bei Gründung einer SE durch Umwandlung die Regelung zur Mitbestimmung erhalten bleibt, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat. Die Regelung geht zurück auf Teil 3a der Auffangregelung für die Mitbestimmung gemäß Anhang zur Richtlinie.

- d) Die Sicherung der Beteiligung der leitenden Angestellten im Aufsichtsorgan ist gemäß den obigen Ausführungen nur gesichert, wenn sowohl die Regelung über die Vereinbarung als auch die Auffangregelung bzgl. der Mitbestimmung die Übernahme der Regelung gemäß § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG gebietet. Da sich ein besonderer Schutz der leitenden Angestellten mitbestimmungsrechtlich aus dem Europarecht nicht ergibt, wäre dies nur dann der Fall, wenn die Mitbestimmungsregelung nach dem MitbestG zu übernehmen ist, was selbstverständlich die Umwandlung einer mitbestimmten Aktiengesellschaft voraussetzt.

Ob sich dieser Zwang aus den obigen Regelungen ergibt, ist in der Literatur heftig umstritten.

Die einen beschränken die Mitbestimmungssicherung auf den reinen Anteil (Prozentsatz) der Ausgangsregelung, andere erweitern dies durch die konkrete Zahl der Arbeitnehmervertreter und Dritte erweitern weiter auch bzgl. der konkreten Zusammensetzung (Arbeitnehmer, Gewerkschaftsvertreter, leitender Angestellter).

Welche Auffassung sich bei einer arbeitsgerichtlichen oder europarechtlichen Überprüfung durchsetzen wird, ist ungewiss.

Sieht man jedoch die Mitbestimmungssicherung als das übergeordnete Ziel, was sich auch aus Nr. 10 der Erwägungsgründe der RL ergibt, so ist unter dem Begriff „alle Komponenten“, der sowohl in der RL als auch im SEBG erscheint, zu verstehen, dass damit nicht nur der Anteil oder die Zahl, sondern auch die gesamte Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank gemeint ist.

Nicht zuletzt bestimmt § 35 Abs. 1 SEBG, dass bei Umwandlung die Regelung der Mitbestimmung erhalten bleibt, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestand. Unter Regelung ist unzweifelhaft die gesamte Regelung zu verstehen, so dass der Begriff „alle Komponenten“ identisch ist mit dem Begriff der Regelung.

Somit ist bei der SE-Gründung durch Umwandlung bei einer mitbestimmten Ausgangsgesellschaft die Sitzgarantie des leitenden Angestellten gewährleistet.

- e) Das Gleiche gilt für die anderen in § 1 Abs. 1 MitbestG der qualifizierten Mitbestimmung unterworfenen Gesellschaften, die jedoch vorher durch deutsches Umwandlungsrecht (Formwechsel § 190 ff. UmwG) in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden müssen, wobei durch diese Umwandlung selbstverständlich nicht nur die Mitbestimmungsregelung, sondern auch die Wahlzeit der Aufsichtsratsmitglieder gesichert sind (§ 203 UmwG).

5. SE-Gründung durch Verschmelzung, Holding oder Tochtergesellschaft

- a) Bei den anderen Gründungsformen kann eine Sitzgarantie für die leitenden Angestellten nur in der freien Vereinbarung zwischen Unternehmensleitung und BVG bzw. durch Übernahme der deutschen qualifizierten Mitbestimmungsregelung gewährleistet werden.

Auch die Minderung von Mitbestimmungsrechten durch Vereinbarung gegenüber der Mitbestimmung in den Ausgangsgesellschaften wird nicht generell verhindert, sondern nur durch ein höheres Quorum im BVG erschwert und betrifft darüber hinaus nur den höchsten Anteil in den beteiligten Gesellschaften bzw. das Recht überhaupt, Arbeitsnehmervertreter zu bestellen (§ 15 Abs. 3 u. 4 SEBG).

- b) Auch die gesetzliche Auffangregelung in § 35 Abs. 2 SEBG schützt nur den höchsten Anteil an Arbeitsnehmervertretern, der in den Organen der beteiligten Gesellschaft vor der Eintragung der SE bestanden hat.
- c) Selbst wenn also eine inländische Aktiengesellschaft mit qualifizierter Mitbestimmung als beteiligte Gesellschaft alle Voraussetzungen von § 34 Ziff. 2 u. 3 erfüllt, garantiert § 35 Abs. 2 nur die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats, jedoch nicht seine Zusammensetzung, so dass bezüglich einer Sitzgarantie für die leitenden Angestellten nichts gewonnen ist.

6. Der leitende Angestellte im monistischen System

- a) Soweit die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bezüglich der zu gründenden SE durch freiwillige Vereinbarung oder zwingende gesetzliche Regelung verfügt ist, gilt dies nicht nur für das dualistische, sondern auch für das monistische System.

Gemäß Art. 43 Abs. 1 VO führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der SE. Gemäß § 22 Abs. 1 SEAG leitet der Verwaltungsrat die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung.

Die geschäftsführenden Direktoren werden vom Verwaltungsrat bestellt (§ 40 Abs. 1 S. 1 SEAG) und vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich (§ 41 Abs. 1 SEAG).

Eine der wichtigsten Besonderheiten gegenüber dem dualistischen System besteht darin, dass Mitglieder des Verwaltungsrats zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden können, sofern die Mehrheit des Verwaltungsrats nicht aus geschäftsführenden Mitgliedern besteht (§ 40 Abs. 1 S. 2 SEAG).

Im letztgenannten Fall stellt sich die Frage, ob sich der Anteil der Arbeitnehmervertreter auf den gesamten Verwaltungsrat oder nur auf deren nichtgeschäftsführende Mitglieder bezieht.

Im erstgenannten Fall könnten bei bestimmten Zahlenverhältnissen Arbeitnehmervertreter auch Positionen der geschäftsführenden Direktoren besetzen.

Dies würde zu einer inkonsequenten Vermischung von Kontrolle und Geschäftsführung führen, weshalb die herrschende Meinung zu Recht davon ausgeht, dass sich der Anteil der Arbeitnehmervertreter nur auf die nichtgeschäftsführenden Direktoren beziehen kann.

- b) Dies hat zur Folge, dass auch in den Fällen der Sitzgarantie für den leitenden Angestellten dieser nicht in die Position eines geschäftsführenden Direktors einrücken kann.

7. Empirischer Zahlenstand 2014

Von den 138 operativen SEs mit Sitz in Deutschland haben über zwei Drittel die dualistische Struktur gewählt und ca. ein Drittel die monistische.

Von den ca. 40 ansässigen monistischen SEs haben 39 allenfalls betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsrechte hingegen keine Unternehmensmitbestimmung. In 54 der dualistischen SEs besteht keine Unternehmensmitbestimmung, 12 haben eine paritätische Mitbestimmung und 28 eine Drittelbeteiligung geregelt.

Somit hatten die leitenden Angestellten - wenn überhaupt - von 138 Gesellschaften nur in 12 Gesellschaften überhaupt eine Chance der Aufsichtsratsbeteiligung, wobei das Prinzip der paritätischen Mitbestimmung für sich genommen noch nichts darüber besagt, ob für die leitenden Angestellten auch eine Sitzgarantie vergleichbar § 15 Abs. 1 S. MitbestG verfügt wurde.

III. Der leitende Angestellte im System der grenzüberschreitenden Verschmelzung

1. Rechtsgrundlagen

Rechtsgrundlage ist zunächst die RL 2005/96/EG vom 26.10.2005.

Die Ausführungen sind nicht in einem Ausführungsgesetz geregelt, sondern in §§ 122a ff. UmwG, da gemäß der deutschen Gesetzgebungskompetenz immer eine deutsche Gesellschaft beteiligt sein muss.

Die Mitbestimmungsregelung findet sich im Grundsatz in Art. 16 RL sowie im Mitbestimmungsverschmelzungsgesetz (MgVG) vom 29.12.2006.

2. Grundsatz

Durch die grenzüberschreitende Verschmelzung entsteht keine europäische Gesellschaft, sondern immer nur eine nationale Gesellschaft, wobei es sich bei der Hereinverschmelzung immer um eine deutsche verschmelzungsfähige Gesellschaft handeln muss.

Hierbei kann im deutschen Verschmelzungsrecht die Verschmelzung durch Aufnahme und durch Neugründung vollzogen werden.

3. Die Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat

a) Wie im SE-Recht übernimmt das Gesetz in § 2 Abs. 1 MgVG den europarechtlichen Grundsatz der Einbeziehung der leitenden Angestellten i.S.v. § 5 Abs. 3 S. 2 BetrVG in das gesetzliche System. Die leitenden Angestellten sind also bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung grundsätzlich eine zugelassene Arbeitnehmergruppe bezüglich der Mitbestimmungsregelungen.

b) Wie im Bereich der europarechtlichen Gründungen kann die Zukunft des leitenden Angestellten im Aufsichtsrat auch hier nur gesichert werden durch eine Sitzgarantie entsprechend der Regelung in § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG oder durch Vereinbarung.

c) Die gesetzliche Regelung setzt voraus, dass es sich bei der aufnehmenden oder neugegründeten Gesellschaft mit Sitz in Deutschland um eine mitbestimmte Gesellschaft i.S. der qualifizierten Mitbestimmung handelt.

Dies kann einmal dadurch geschehen, dass das besondere Verhandlungsgremium (BVG) beschließt, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen bzgl. einer Vereinbarung abzubrechen. In diesem Fall gilt gemäß § 18 MgVG die nationale Mitbestimmungsregelung, d.h. bei mitbestimmten Aufnahme- oder Gründungsgesellschaften die Mitbestimmungsregelung nach deutschem Mitbestimmungsrecht, also insbesondere § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG bzgl. der Sitzgarantie des leitenden Angestellten.

d) Die nächste Möglichkeit besteht in einer Vereinbarung gemäß § 22 MgVG.

e) Eine weitere Möglichkeit bietet die Anwendung der gesetzlichen Regelung nach §§ 23 ff. MgVG.

Allerdings bietet die Auffangregelung auch hier nur die Garantie des Anteils der beteiligten Arbeitnehmervertreter und somit keine Sitzgarantie für den leitenden Angestellten.

f) Die gesetzliche Regelung kann auch zur Anwendung kommen durch Vereinbarung der Leitungen der beteiligten Gesellschaften ohne Verhandlung mit dem BVG (Art. 16 Abs. 4a RL).

g) Die Zukunft der leitenden Angestellten bei grenzüberschreitender Verschmelzung sieht daher nicht besser aus als bei den Gründungen einer SE.

Professor Dr. Sebastian Kolbe

Universität Bremen

**Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Tatbestand der zuständigkeits-
ändernden Unternehmerentscheidung**

Gliederung

- I. Vertikale Zuständigkeitsverteilung im BetrVG
 1. Strukturen der betriebsverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung
 2. Vertikale Zuständigkeitsabgrenzung nach „Angelegenheiten“
 - a. Originäre Zuständigkeit von Gesamt- oder Konzernbetriebsrat
 - b. Erforderlichkeit übergreifender Regelungen als zentrale Voraussetzung
 - c. Strukturelle Vorfragen
 3. Exkurs: Zuständigkeitsverlagerung durch die Arbeitnehmer(vertretung)
 4. Ergebnis: Mittelbarer Steuerungszugriff des Arbeitgebers
- II. Angelegenheit
 1. Ausgangspunkt: Mitbestimmungsfreie Vor-Entscheidung
 2. Einschränkung durch das materielle Betriebsverfassungsrecht
 - a. Steuerungsresistente Zuständigkeiten
 - b. Effektive Mitbestimmung als Ziel der Vertikalzuständigkeit
 - c. Eigennutz statt Verteilungsgerechtigkeit?
 3. Ergebnis: Vertikalzuständigkeit nach materiellem Betriebsverfassungsrecht
- III. Struktur
 1. Richtung der Zuständigkeitsverlagerung
 2. Umstrukturierungsbedingter Wegfall von Arbeitnehmervertretungen und Vertikalzuständigkeit
 3. Ergebnis: Eingeschränkte Tauglichkeit zur Steuerung der Vertikalzuständigkeit
- IV. Ergebnisse



Professor Dr. Volker Rieble

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Bewegliche vertikale Betriebsratszuständigkeit – Rechtsfolgen für laufende Mitbestimmungsverfahren, Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden

Gliederung

- I. Beweglichkeit und Zuständigkeitsänderung als Vorfrage
- II. Ausgangspunkt: Verlust jedenfalls künftiger Regelungsmacht
 - 1. Gemeinsame Zuständigkeit als Regelungsgrundlage
 - 2. Folgen für laufende Mitbestimmungsverfahren
- III. Schicksal bestehender Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden
 - 1. Beiläufige Äußerungen des Erstens Senats am 5.5.2015
 - 2. Blick auf die Normsetzungskompetenz – statt auf das Regelungsobjekt
 - 3. Nachwirkung gem. § 77 Abs. 6 zur Kompensation des Normentfalls kraft Diskontinuität
 - 4. Sukzession in der Normsetzungskompetenz
- IV. Zuständigkeit und Betriebsratsarbeit