

# Vereinbarte Mitbestimmung in der Europäischen AG – from status to contract

Volker RIEBLE\*

- I. Das deutsch-rechtliche Mitbestimmungssystem
  1. Zweiteilung von Unternehmens- und betrieblicher Mitbestimmung
  2. Rechtlich einfache Unternehmensmitbestimmung
  3. Hochkomplexe betriebliche Mitbestimmung
  4. Beschränkte Vereinbarungsoffenheit
    - a. Unternehmensmitbestimmung
    - b. Betriebliche Mitbestimmung
  5. Anwendungsprobleme
    - a. Allgemeine Kritik
    - b. Undifferenzierte Einheitsmitbestimmung
    - c. Territorialität
    - d. Mitbestimmungsdoppelung und -überschneidung
  6. Die Frage nach dem Zweck der Mitbestimmung
- II. Evolution durch Europäisches Verhandlungssystem
  1. Verhandelte Mitbestimmung als neues Modell
    - a. Der Europäische Betriebsrat
    - b. Die Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE)
  2. Rechtsnatur: Betriebsverfassungsrechtliche normative Mitbestimmungsstrukturvereinbarung
- III. Das Vereinbarungsverfahren
  1. Parteien
    - a. „Unternehmensleitungen“
    - b. Besonderes Verhandlungsgremium
  2. BVG-Konstituierungsphase
    - a. Aufforderung und Information
      - [1] Adressaten
      - [2] Fehlerquellen: Konzernbegriff und Arbeitnehmerbegriff
      - [3] Sonderproblem: Arbeitnehmerlose SE
    - b. Besetzung
    - c. Fehler und Heilung
    - d. Nachweisprobleme
- IV. Verhandlungsphase und Vertragsschluß
  1. Verhandlungsfreiheit
  2. Nichteinigung bis Fristende

---

\* Professor of The Ludwig-Maximilians-Universität München.

3. Rechtzeitiger und wirksamer Vertragsschluß
  - a. Formalien
  - b. Irrtum und Anfechtung ?
  - c. Regelungsgegenstand
4. Materielle Schranken
  - a. Grenzen der Vereinbarungsmacht
  - b. Inhaltskontrolle
    - [1] Besetzungsvorgaben
    - [2] Sitzverteilung auf Unternehmen und Nationen
    - [3] Bestandsschutz
5. Rechtsschutz
- V. Nachlaufphase
- VI. Mittelbare Folgen für das deutsche Mitbestimmungssystem ?

## I. Das deutsch-rechtliche Mitbestimmungssystem

Die deutsche Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Betrieb, Unternehmen und Konzern ist überkompliziert und überreguliert:

### 1. Zweiteilung von Unternehmens- und betrieblicher Mitbestimmung

An erster Stelle steht die **Zweiteilung** von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung:

- Arbeitnehmer können ihre Interessen in der **Unternehmensmitbestimmung** dadurch zur Geltung bringen, daß ihre Interessenvertreter in einem Unternehmensorgan — dem Aufsichtsrat — sitzen und dort gemeinsam mit den Anteilseignervertretern den Vorstand oder die Geschäftsführung überwachen. Insofern kann man mitbestimmungsrechtlich von einem „monistischen“ Modell sprechen. Im Aufsichtsrat finden — nach dem gesetzlichen Modell, anders freilich die Wirklichkeit — keine „Verhandlungen“ zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmerbank statt. Leitbild ist das einheitliche Organ, in dem alle Mitglieder im Unternehmensinteresse zusammenwirken !
- In der betrieblichen Mitbestimmung haben die Arbeitnehmer ein eigenes Gremium oder Organ: den Betriebsrat. Er verhandelt mit dem Arbeitgeber über im Gesetz näher definierte „Angelegenheiten“. Dabei reicht sein Mandat je nach dem konkreten Mitbestimmungstatbestand von der Anhörung zur Beratung über das an konkrete Gründe gebundene Widerspruchsrecht bis zur echten paritätischen Mitbestimmung, bei der Arbeitgeber und Betriebsrat sich einigen müssen und im Konfliktfall eine Einigungsstelle unter neutralem Vorsitz entscheidet. Dieses Mitbestimmungsmodell ist „dualistisch“, weil die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen getrennt und gegnerfrei formuliert und in Verhandlungen zum Ausgleich gebracht werden. Es folgt

damit dem Vorbild der Tarifautonomie, obschon der Betriebsrat keine Gewerkschaft ist und zum Schutz der Gewerkschaften vor Konkurrenz auch keine beitragsfreie Ersatzgewerkschaft sein darf.

## 2. Rechtlich einfache Unternehmensmitbestimmung

Die Unternehmensmitbestimmung ist **rechtsformabhängig** und erfaßt nur bestimmte juristische Personen des deutschen Rechts (vor allem: Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit und Genossenschaft).

Die Unternehmensmitbestimmung ist für deutsche Verhältnisse rechtlich nicht sonderlich kompliziert: Es gibt zwei Grundformen, die Drittelbeteiligung<sup>1)</sup> in Unternehmen ab 500 Arbeitnehmern, bei der ein Drittel der Sitze im Aufsichtsrat den Arbeitnehmern. Vor allem müssen die Arbeitnehmervertreter selbst dem Unternehmen (oder Konzern) angehören. Unternehmensfremde sind in größeren Aufsichtsräten Unternehmen zwar wählbar, hiervon wird indes kein Gebrauch gemacht. Bei der paritätischen Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976<sup>2)</sup> stehen den Arbeitnehmern die Hälfte aller Sitze zu. Zudem sind — was vor allem Familienunternehmen stört — zwei oder drei externe Gewerkschaftsvertreter mit einer Sitzplatzreservierung vertreten. Gleichwohl hat die Anteilseignerseite ein leichtes Übergewicht, weil der Aufsichtsratsvorsitzende ihr angehört und seine Stimme im Konfliktfall den Ausschlag gibt.

Das betrifft viele Unternehmen: In Deutschland unterfallen rund 750 Unternehmen der paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG,<sup>3)</sup> wohingegen für die Drittelbeteiligung einmal 2.300<sup>4)</sup> und ein anderes Mal 3.500<sup>5)</sup> Unternehmen genannt werden. Exakte Zahlen fehlen.

Während die Erfahrungen mit der Drittelbeteiligung durchweg positiv sind — in Österreich ist dies das einzige Mitbestimmungsmodell — wird die paritätische Mitbestimmung mitunter kritisch gesehen, vor allem in der Aktiengesellschaft: Dort fällt in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats auch die Bestellung des Vorstandes und dessen Vergütung. Zudem kann über Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats konkreter Einfluß auf grundlegende Geschäftsentscheidungen des Vorstandes genommen werden. Das kann zu

---

1) Geregelt im Drittelbeteiligungsgesetz von 2004, das — ohne wesentliche Änderung, die Regelungen des alten Betriebsverfassungsgesetzes 1952 fortgeschrieben hat.

2) Dessen Verfassungsgemäßheit das Bundesverfassungsgericht in einer grundlegenden Entscheidung bejaht hat, BVerfG vom 1. 3. 1979 — 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 — BVerfGE 50, 290. Dazu die rechtshistorische Analyse von *Nörr*, Die Burg berennen, aber nicht zerstören ZfA 2006, 117 ff.

3) Aufgeschlüsselte Zahlen zur paritätischen Mitbestimmung von der Hans-Böckler-Stiftung: <http://www.boeckler-boxen.de/1909.htm>, abgerufen am 21. 8. 2008.

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

5) *Funk*, Unternehmensmitbestimmung in der EU, Fakten und aktuelle Entwicklungen, Unternehmen und Gesellschaft Heft 4/2004 S. 31, 32.

einem erheblichen Kompromißzwang führen und zur sachwidrigen Koppelung getrennter Angelegenheiten. So können Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerbank im Zuge der Vorstandswiederbestellung ihr Mitwirken an der gewünschten Einstimmigkeit gegen ein Entgegenkommen des Vorstandes in anderen Belegschaftswünschen „verkaufen“. In Deutschland gibt es eine richtiggehende „Beratungsindustrie zum Schutz vor der Unternehmensmitbestimmung“, die vielerlei Fluchtwege propagiert.

Sonderformen der Mitbestimmung wie die Montanmitbestimmung oder das Volkswagengesetz lasse ich hier wegen ihres schmalen Anwendungsbereiches außer Betracht.

Mitbestimmt ist stets nur der Aufsichtsrat, nie aber die Hauptversammlung. Alle Hauptversammlungsentscheidungen bis hin zur Liquidation oder der Zweckänderung oder der Sitzverlegung ins Ausland bleiben also mitbestimmungsfrei.<sup>6)</sup>

### 3. Hochkomplexe betriebliche Mitbestimmung

Die — rechtsformunabhängige — betriebliche Mitbestimmung hingegen ist hochkomplex. Das betrifft erstens die Organisation: Neben den Betriebsrat auf der Ebene der betrieblichen Arbeitsorganisation (Betrieb, Werk), deren Zuschnitt einem etwas diffusen und streitanfälligen Betriebsbegriff tritt der Gesamtbetriebsrat im Unternehmen — nebst einem zusätzlichen Organ, dem Wirtschaftsausschuß — und schließlich der Konzern-Betriebsrat. Die Zuständigkeitsabgrenzung ist oft schwierig.

Jedes einzelne Mitwirkungsrecht des Betriebsrats ist in einem eigenen Tatbestand fixiert. Allein die Zentralnorm zur Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG) enthält 13 Tatbestände. Diese müssen sorgsam ausgelegt werden — nach Wortlaut und Zweck — um festzustellen, ob eine „Angelegenheit“, also eine betriebliche Regelung, insgesamt oder in Teilaspekten mitbestimmungspflichtig ist. So muß etwa eine Ethik-Richtlinie hinsichtlich jedes einzelnen Paragraphen analysiert werden.<sup>7)</sup>

### 4. Beschränkte Vereinbarungsoffenheit

#### a. Unternehmensmitbestimmung

Die Unternehmensmitbestimmung ist praktisch nicht dispositiv — weder für die Satzung der juristischen Person noch für arbeitsrechtliche Kollektivverträge. Das folgt aus drei unterschiedlichen Aspekten:

- Erstens sind die gesetzlichen Vorgaben des Mitbestimmungsgesetzes und des Drittelbeteiligungsgesetzes grundsätzlich zwingend. Eine Öffnungsklausel des MitBestG erlaubt die widersinnige Vergrößerung des Aufsichtsrats durch Satzung.

---

6) Zu diesen Grundlagenentscheidungen BVerfG vom 1. 3. 1979 — 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 — BVerfGE 50, 290, 323 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = RdA 1979, 380 = EzA § 7 MitbestG Nr. 1.

7) Jüngst BAG vom 22. Juli 2008 — 1 ABR 40/07 — NZA 2008, 1248.

- Zweitens gilt für die deutsche Aktiengesellschaft das Prinzip der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG. Selbst schuldrechtliche Vereinbarungen können die Aktiengesellschaft nicht zur Satzungsänderung zwingen.<sup>8)</sup>
- Drittens schließlich steht kein deutsches Kollektivvertragssystem für abweichende Regelungen zur Verfügung. Der Tarifvertrag beschränkt die Tarifparteien in §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG auf die Regelung der Betriebsverfassung und schließt damit eine Regelung der Unternehmensverfassung aus.<sup>9)</sup> Schließlich: Selbst die Neufassung des § 3 BetrVG beschränkt den Tarifvertrag mit seinem Abs. 5 auf die Änderung der (untersten) Organisationseinheit Betrieb. Gesamtbetriebsrat und Wirtschaftsausschuß als betriebsverfassungsrechtliche Einrichtungen auf Unternehmensebene sind nicht tariflich regelbar.<sup>10)</sup>

Das TVG kennt nur einen Sonderfall, der dem Tarifpartei den normativen Zugriff auf die Satzung der juristischen Person erlaubt: bei der gemeinsamen Einrichtung nach § 4 Abs. 2 TVG — bei der die Tarifparteien selbst die Anteilseigner oder Gesellschafter sind. Insofern handelt es sich um eine Ausnahme, die die Regel bestätigt.

#### b. Betriebliche Mitbestimmung

Die Betriebsverfassung erlaubt an verschiedenen Stellen organisatorische Anpassungen. Wirklich grundlegend ist nur § 3 BetrVG, der es erlaubt, die unterste Organisationseinheit — den Betrieb, für den ein Betriebsrat gebildet wird — durch Tarifvertrag (und nur ganz ausnahmsweise durch Betriebsvereinbarung) anders zu fassen — etwa Regionalbetriebsräte zu konstituieren. Daneben kennt das BetrVG eine Reihe untergeordneter Organisationsöffnungen für Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung — etwa für die Ersetzung der Einigungsstelle durch eine tarifliche Schlichtungsstelle, § 76 Abs. 8 BetrVG.

Materiell ist die Betriebsverfassung einseitig zwingend: Mitbestimmungsrechte sind nicht dispositiv; der Tarifvertrag kann sie nicht abbedingen und der Betriebsrat nicht auf sie verzichten. Möglich ist nur eine — wenig praktische — Erweiterung der Mitbestimmungsrechte.

Die Praxis geht einen anderen Weg: Obschon die Errichtung von Betriebsräten in § 1 BetrVG vorgeschrieben ist, wird dies nicht kontrolliert — anders als in der Unternehmensmitbestimmung, in der die Registergerichte die Besetzung des Aufsichtsrats

8) Hüffer, AktG, 6. Auflage (2004) § 96 Rn. 1; MünchKommAktG/Semler, 2. Auflage (2004) § 96 Rn. 50; KölnerKommAktG/Mertens 2. Auflage (1996) § 96 Rn. 16; GroßKommAktG/Oetker 4. Auflage 1999 Vorbem. 101 ff zum MitBestG; Schöpfe, Gewillkürte Unternehmensmitbestimmung (2003) S. 46; Hommelhoff, Vereinbarte Mitbestimmung, ZHR 148 (1984) S. 118, 140; Beuthien, Mitbestimmungsvereinbarungen nach geltendem und künftigem Recht, ZHR 148 (1984) S. 95.

9) Zusammenfassung des Meinungsstandes bei Wiedemann/Thüsing TVG, 7. Auflage (2007) § 1 Rn. 760.

10) Dazu Rolf Unternehmensübergreifende Betriebsratsstruktur nach § 3 BetrVG (2004) S. 12 ff., 25 ff.; zustimmend GK-BetrVG/Kraft/Franzen 8. Auflage (2005) § 3 Rn. 4, 19.

überwachen. In kleinen Unternehmen, vor allem, wenn diese vom Eigner selbst geführt werden, wählen die Beschäftigten vielfach keine Betriebsräte: So haben nur 17 Prozent der Unternehmen mit weniger als 50 Arbeitnehmern überhaupt einen Betriebsrat.<sup>11)</sup>

## 5. Anwendungsprobleme

### a. Allgemeine Kritik

Die deutsche Mitbestimmung als System ist in die Kritik geraten.<sup>12)</sup> Sie atmet den Geist der 70er Jahre,<sup>13)</sup> steht unter internationalem Wettbewerbsdruck,<sup>14)</sup> insbesondere nachdem der Europäische Gerichtshof die Sitzverlegung von einem Mitgliedsstaat der EU in einen anderen unter Mitnahme der Rechtsform erlaubt,<sup>15)</sup> ist mit Grundprinzipien der guten Unternehmensführung nicht zu vereinbaren, weil die Arbeitnehmervertreter über die betriebliche Mitbestimmung eben dasjenige Vorstandsverhalten beeinflussen, das sie im Aufsichtsrat überwachen sollen.<sup>16)</sup>

Eine „zweite“ Biedenkopf-Kommission sollte im Regierungsauftrag den Modernisierungsbedarf der Mitbestimmung ermitteln; zu einem gemeinsamen Ergebnis hat diese nicht gefunden.<sup>17)</sup> Der deutsche Juristentag hat trotz eines konsensorientierten Gutachtens von Ludwig Raiser erstmals in seiner Geschichte nicht abgestimmt.<sup>18)</sup> Das zeigt, daß die

11) <http://www.boeckler-boxen.de/3720.htm>, abgerufen am 21. 8. 2008.

12) Instruktiver Diskussionsüberblick bei *Oetker*, Unternehmensmitbestimmung in der rechtspolitischen Diskussion, RdA 2005, 337 ff; auch *Henssler*, Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung, RdA 2005, 330 ff und der Tagungsband der Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hg.), Bitburger Gespräche — Jahrbuch 2006/I.

13) *Junker*, Sechundsiebzig verweht — Die deutsche Mitbestimmung endet in Europa, NJW 2004, 728.

14) *Rebhahn*, Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, in Rieble (Hg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung (2004) S. 42 ff; auch *Junker*, Europäische Aktiengesellschaft und deutsche Mitbestimmung, ZfA 2005, 211 ff sowie *Baums/Ulmer*, (Hg.) Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedsstaaten, ZHR Beiheft 72 (2004). Aus ökonomischer Sicht: *Oechsler*, Globales Management und lokale Mitbestimmung — Hat das deutsche Regelungssystem eine Zukunft im internationalen Wettbewerb?, in: FS Wächter (1999), S. 29 ff.

15) Dazu *Thüsing*, Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381; EuGH vom 30. 9. 2003 — RS C-167/01 „**Inspire Art**“ — ZIP 2003, 1885 = NJW 2003, 3331 = EuZW 2003, 687.

16) *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance (2006), ZAAR-Schriftenreihe Nr. 6; von *Werder*, Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 166 ff; *Säcker*, Die Unternehmensmitbestimmung — eine Chance zur Verbesserung der Corporate Governance?, FS: Richardi (2007). S. 711 ff.

17) Amtlicher Abschlußbericht <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2001-2006/2006/12/Anlagen/2006-12-20-mitbestimmungskommission.property=publicationFile.pdf>; dazu die kritische Zusammenfassung der Böckler-Stiftung: [http://www.boeckler-boxen.de/files/Zusammenfassung\\_BiKo\\_deutsch.pdf](http://www.boeckler-boxen.de/files/Zusammenfassung_BiKo_deutsch.pdf), beides abgerufen am 21. 8. 2008.

18) Gutachten zum 66. DJT, „Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen“ Band I Gutachten, B 1 ff, zum Abstimmungsverzicht das Abstimmungsprotokoll [http://www.djt.de/files/djt/66/66\\_DJT\\_Beschluesse.pdf](http://www.djt.de/files/djt/66/66_DJT_Beschluesse.pdf) mit der Aussage: „Die Verhandlungen sind damit nicht ans Ziel gekommen, zu einem tragfähigen Kompromiss für eine zukünftige Gestaltung der Mitbestimmung zu kommen, sie sind jedoch ein wichtiger Schritt auf dem Weg dorthin.“ Kritisch

Unternehmensmitbestimmung in Deutschland vor allem ein Politikum ist und nicht sachlich diskutiert werden kann.

b. Undifferenzierte Einheitsmitbestimmung

In der Mitbestimmung sind alle Unternehmen gleich. Das Gesetz formuliert ein einheitliches Mitbestimmungsstatut, das seinerseits nur geringe gesetzliche Differenzierungen — vor allem nach der Unternehmens- oder Betriebsgröße — enthält. Die Aufsichtsräte etwa sind nach dem Mitbestimmungsgesetz notwendig mit 12, 16 oder 20 Mitgliedern besetzt; das wird in der Corporate Governance als „zu groß“ angesehen. Schon deswegen wird vielfach die Abkehr von der gesetzlichen Einheitslösung hin zu einer Verhandlungslösung gefordert, die maßgeschneiderte Mitbestimmungslösungen für das einzelne Unternehmen ermöglicht — so wie auch sonst die Arbeitsbedingungen ausdifferenziert werden.

c. Territorialität

Die Mitbestimmung nach deutschen Mitbestimmungsgesetzen erfaßt stets nur die in Deutschland belegenen Betriebsstätten und ihre Belegschaften.<sup>19)</sup> Nur sie wählen die Betriebsräte und die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Betriebsstätten und Tochtergesellschaften im Ausland bleiben grundsätzlich unberücksichtigt. Das wiederum schafft Arbeitnehmer erster und zweiter Klasse und wirkt sich diskriminierend aus — jedenfalls soweit die Mitbestimmung auf Unternehmensentscheidungen zielt, die auch Arbeitnehmer in ausländischen Betriebsstätten betrifft.

d. Mitbestimmungsdoppelung und -überschneidung

Die grundsätzliche Zweiteilung in Unternehmensmitbestimmung und betriebliche Mitbestimmung erfolgt ohne Abgrenzung und damit zu einer Verdoppelung der Mitbestimmungslasten jedenfalls in wirtschaftlichen Angelegenheiten. Vielfach kommt es vor, daß ein und dieselbe Frage — etwa eine Standortverlagerung — in verschiedenen Gremien behandelt werden muß, etwa im Gesamtbetriebsrat, im Wirtschaftsausschuß und im Aufsichtsrat. Die Arbeitnehmerinteressen werden dabei vielfach von denselben Personen vertreten — etwa vom Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrats, der in allen Gremien Sitz und Stimme hat. Das kann zur „Über-Mitbestimmung“ führen.<sup>20)</sup>

## 6. Die Frage nach dem Zweck der Mitbestimmung

Mitbestimmung in Deutschland ist Teil eines tradierten Systems der konfliktbewältigenden Entscheidungsfindung — und „nebenbei“ der Organisation kollektiver

---

*Rieble*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Begleitaufsatz zur arbeitsrechtlichen Abteilung des 66. DJT 2006, NJW 2006, 2214.

19) *Bellstedt*, Der territoriale Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, BB 1977, 1326 ff; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht (1996) S. 144 ff; *Lutter*, Der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 1977, S. 195, 200, 205 ff.

20) Instrukтив *Klosterkemper*, Über die Mitbestimmung und die Über-Mitbestimmung, FS Wißmann (2005) S. 456 ff.

Arbeitnehmermacht. Die Konfliktparteien sind aneinander gewöhnt und bescheinigen sich wechselseitig, daß die Mitbestimmung funktioniert und dies gut: Produktivitäts- und Innovationsförderer, Wahrer des sozialen Friedens, Frühwarnsystem, demokratische Ordnung, gar „ökonomische Ressource“ lauten die Attribute. Das hat Tradition: von Anfang an wurde versucht, der Mitbestimmung durch das Attribut „demokratisch“ ideologische Kritikimmunität zu verschaffen und sie über die stets behauptete und nicht belegte Integrations- und Stabilisierungswirkung der Mitbestimmung auch faktisch unangreifbar zu machen.<sup>21)</sup> Eine rechtlich-funktionale Analyse hingegen kann die Mitbestimmung „nur“ auf den Teilhabegedanken<sup>22)</sup> zurückführen — die Arbeitnehmer sollen an denjenigen Entscheidungen in Unternehmen und Konzern beteiligt werden, die ihre Arbeitsverhältnisse betreffen. Mitbestimmung ist also ein Verfahren zur Konkretisierung vertragsrechtlicher Rücksichtnahmepflichten.<sup>23)</sup>

## II. Evolution durch Europäisches Verhandlungssystem

### 1. Verhandelte Mitbestimmung als neues Modell

#### a. Der Europäische Betriebsrat

Eine vollständige Abkehr vom Prinzip durchregulierter Mitbestimmung bewirkte erstmals der Europäische Betriebsrat, fußend auf der EG-Richtlinie **Richtlinie 94/95/EG** vom 22. 9. 1994 über die „Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen“. Das deutsche EBRG setzt dessen Prinzipien um: Zur Vertretung der „Europäischen Belegschaft“ in grenzüberschreitend tätigen Unternehmen und Konzernen (genauer: „Unternehmensgruppen“ mit nur potentieller Beherrschung“) wird ein besonderes Arbeitnehmergremium mit Informations- und Konsultationsrechten errichtet. Diese „Europäische Betriebsverfassung“ wird durch ein besonders verhandeltes Beteiligungssystem verwirklicht. Seine beiden Hauptmerkmale sind: Verhandlung durch ein „besonderes und multinationales Verhandlungsgremium“ und eine gesetzliche Auffanglösung als Konfliktlösungsinstrument.<sup>24)</sup>

#### b. Die Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE)

---

21) Dazu eindrucksvoll *Scheuch*, Der „Demokratieprozeß“ als gesamtgesellschaftliches Phänomen, in: *Utz/Streithofen* (Hg.), *Demokratie und Mitbestimmung* (1970) S. 75 ff, 76 f, 91.

22) Sehr klar: *Wiese*, Zum Zweck des Betriebsverfassungsrechts im Rahmen der Entwicklung des Arbeitsrechts, in: FS Kissel (1994), S. 1269, 1278 ff; derselbe, Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, ZfA 2000, 117. Ferner Hans Hanau, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (1994) S. 75, 77, 102 ff.

23) Eingehend: *Rieble*, Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck, in: Rieble (Hg.), *Zukunft der Unternehmensmitbestimmung* (2004) S. 9 ff.

24) Hierzu *Franzen*, EU-Erweiterung und Europäische Betriebsräte, BB 2004, 938; weiter BAG vom 18. 4. 2007 — 7 ABR 30/06 — NZA 2007, 1375 = EzA § 82 ArbGG 1979 Nr. 2 = AP Nr. 1 zu § 18 EBRG.

Daß der Europäische Rechtsrahmen eine eigene, transnational aktionsfähige und transparente Rechtsform benötigt, war in der Europäischen Union stets unbestritten. Dennoch hat es gerade wegen des Streits um die Unternehmensmitbestimmung in der SE lange gedauert, bis der Rechtsrahmen auf Europäischer Ebene (SE-VO und Richtlinie) gefunden war.

Gerade die deutsche Seite hatte auf ein Modell der Besitzstandswahrung gedrängt. Und so hat man sich schließlich auf eine modifizierte Verhandlungslösung geeinigt, die einerseits das Konfliktlösungsmodell des EBRG — Verhandlungen der Unternehmensleitung mit einem besonderen transnationalen Verhandlungsgremium kopiert — aber andererseits keine eigenständige „mittlere“ Auffanglösung für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen vorsieht, sondern strikte Besitzstandswahrung („Vorher-Nachher-Prinzip“).<sup>25)</sup> Damit soll insbesondere verhindert werden, daß eine deutsche Aktiengesellschaft durch Umwandlung in eine SE die für sie bislang maßgebende paritätische Mitbestimmung nach dem MitBestG 1976 abschütteln kann.

Das Konzept vereint erstens betriebliche und Unternehmensmitbestimmung zu einem einheitlichen System. Der SE-Betriebsrat ist 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:

- 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.
- 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 Dolmetscherkosten wenig praktisch.
- Diese weitreichende „prinzipielle“ Gestaltungsfreiheit wird sogleich zurückgenommen: Für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft gilt ein strenges Besitzstandswahrungs-

---

25) Dazu *Henssler*; Bewegung in der deutschen Mitbestimmung, RdA 2005, 330; *Krause*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), BB 2005, 1221; *Rieble*, Schutz vor paritätischer Unternehmensmitbestimmung, BB 2006, 2018; *Wißmann*, Die Arbeitnehmerbeteiligung der „deutschen“ SE vor Gericht, FS Richardi (2006) S. 841.

gebot, § 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 Vorstand und Aufsichtsrat vereint.

Für die Fälle unterhalb der zwingenden Besitzstandswahrung sieht 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 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 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.<sup>26)</sup> 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.<sup>27)</sup>
- Das Initiativrecht zur Errichtung des EBR haben Arbeitnehmervertretungen 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 Umwandlungsverfahren verbunden und kann grundsätzlich nicht nachgeholt werden — das ist freilich für die Errichtung einer arbeitnehmerlosen SE umstritten.

---

26) § 3 SEBG und § 3 SCEBG.

27) § 29 MgVG; BT-Dr 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.

- 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 Verhandlungsgremium dann wählen (im einzelnen § 34 Abs. 2 SEBG).

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.

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.<sup>28)</sup> 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.

## 2. Rechtsnatur: Betriebsverfassungsrechtliche normative

### Mitbestimmungsstrukturvereinbarung

Von gewissem dogmatischem Interesse ist die Frage, wie die Mitbestimmungsvereinbarung in das deutsche System einzuordnen ist. Unzweifelhaft handelt es sich um einen Kollektivvertrag, weil er auf Arbeitnehmerseite von einem Interessenrepräsentationsorgan abgeschlossen ist.

Von Privatautonomie kann man nicht sprechen<sup>29)</sup>: Das bVG ist keine geschäftsfähige

28) Statt aller: *Ulmer/Habersack/Hensler*, Mitbestimmungsrecht 2. Aufl. (2006), § 1 MitbestG Rn. 33.

29) So aber *Blanke*, Erweiterung der Beteiligungsrechte des SE-Betriebsrats durch Vereinbarung (2006), S. 47 f. Fn 95 (privatrechtlicher Kollektivvertrag eigener Art) — in Anlehnung ein eine ebenso falsche Meinung in der Betriebsverfassung, dazu *Blanke*, EBRG, Europäische Mitbestimmung — SE, 2.

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“.<sup>30)</sup> Damit ist nichts gesagt und nichts gewonnen.

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,<sup>31)</sup> 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.

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 Organisationsregelung hat sie eine satzungsähnliche Wirkung — die sich in der Unternehmensmitbestimmung am Vorrang vor der SE-Satzung erweist. Die betriebliche Mitbestimmung durch den SE-Betriebsrat findet freilich nicht in einem Verband statt. Daß die (Konzern-)Belegschaft entweder einen eigenständigen Arbeitnehmerverband (ohne Austrittsrecht!) konstituierte oder Teil eines „sozialen Unternehmensverbandes“ aus Anteilseignern und Arbeitnehmern sei, ist eine überholte sozialpolitische Irrlehre. Es fehlt an jedem Ansatzpunkt für eine körperschaftliche Verfassung mit entsprechenden Mitgliederrechten und -pflichten. Aus dem organisatorischen Inhalt läßt sich also kein Aspekt der Rechtsnatur gewinnen.

Dafür aber kommt der Mitbestimmungsvereinbarung die typische normative Wirkung arbeitsrechtlicher Kollektivverträge zu: Für die betriebliche Mitbestimmung regelt die

---

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.

30) Ulmer/Habersack/*Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, Einleitung SEBG Rn. 153; *Herfs-Röttgen*, Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2002, 358, 363 f; *Kienast*, in: Jannott/Frodermann: Handbuch der europäischen Aktiengesellschaft (2005) Kapitel 13 Rn. 352 f; *Kraushaar*, Europäische Aktiengesellschaft (SE) und Unternehmensmitbestimmung, BB 2003, 1614, 1619.

31) MünchArbR/*Richardi*, § 241 Rn 2.

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.

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.<sup>32)</sup> 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.

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.

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.

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 Konstitutiverfordernis 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

---

32) *Habersack*, Schranken der Mitbestimmungsautonomie in der SE, AG 2006, 345, 348; ders., Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12 Rn 6; Lutter/Hommelhoff/*Oetker*, Die Europäische Gesellschaft (2005), S. 299 Fn 84; MünchKommAktG/*Jacobs*, 2. Aufl. (2006), § 21 SEBG Rn 7.

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 iVm § 888 ZPO vollstreckt.<sup>33)</sup> § 894 ZPO ist nicht anwendbar; der arbeitsgerichtliche Beschluß kann den Hauptversammlungsbeschluß als solchen nicht ersetzen.<sup>34)</sup>

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 ggf. der Hauptversammlungen. Eine Pflicht zur SE-Errichtung ist nicht möglich.

Die Qualifikation als Kollektivvertrag mit normativer Wirkung wirft zuerst die Frage nach der **Nachwirkung** auf. Entgegen vereinzelt ausgesprochenen 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 Kollektivverträge typischen Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG, § 77 Abs. 6 BetrVG) begreifen.

Daß die Mitbestimmungsvereinbarung normativ geltender Kollektivvertrag ist, hat schließlich gewisse Folgen für seine Auslegung — die nach objektiven Kriterien erfolgen muß. Schließlich gilt für Kollektivvereinbarungen — 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 Verständnis der Teilnichtigkeit: Es kommt nur darauf an, ob der wirksame Teil für sich genommen funktionsfähig ist.<sup>35)</sup>

### III. Das Vereinbarungsverfahren

#### 1. Parteien

##### a. „Unternehmensleitungen“

Auf Arbeitgeberseite wird die Unternehmensleitung, also der Vorstand der umzuwandelnden AG aktiv. Sind mehrere Unternehmen beteiligt, vor allem im Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung, müssen sich „die Leitungen“ auf ein einheitliches

---

33) BGH vom 10. 4. 1989 — II ZR 225/88 — NJW-RR 1989, 1056 = ZIP 1989, 1261.

34) Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl. (2004), § 894 Rn 8 f.

35) Statt vieler: Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn 347; GK-BetrVG/Kreutz, 8. Aufl. (2005), § 77 Rn 61.

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 Unternehmen durch (auch konkludente) Führungsvereinbarung einen einheitlichen und handlungsfähigen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber schaffen.<sup>36)</sup> Keinesfalls genügt die interne Konzernleitungsmacht für sich, um nach außen eine einheitliche Vertragspartei herzustellen. Agiert etwa ein von der Obergesellschaft bestellter „Verhandlungsführer“ für die verschmelzungsbereiten Gesellschaften, scheitert der Abschluß der Mitbestimmungsvereinbarung an der Zurechenbarkeit gegenüber den betroffenen Gesellschaften.<sup>37)</sup> Die Konzernmutter muß also die Vollmachterteilung durch die betroffenen Gesellschaften veranlassen.<sup>38)</sup>

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

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 verschafften der Arbeitgeberseite ein Verhandlungsübergewicht.

#### b. Besonderes Verhandlungsgremium

---

36) 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 mwN; *Wanhöfer*, Gemeinschaftsbetrieb und Unternehmensmitbestimmung (1994), S. 34 ff.

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

38) Vgl. für Verhandlungen der Konzernmutter mit Gesamtbetriebsräten LAG München vom 14. 11. 2007 — 10 Sa 552/07 — nicht rechtskräftig, BAG-Aktenzeichen 1 AZR 211/08; LAG München vom 19. 7. 2007 — 3 Sa 729/06 — rechtskräftig.

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.

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

§ 4 Abs. 1 SEBG legt den Startschuß allein in die Hand der „Leitungen“, in 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.

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 § 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.<sup>39)</sup>

[1] 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 ggf 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.

---

<sup>39)</sup> Allgemein *Rieble*, Sprache und Sprachrisiko im Arbeitsrecht, FS Löwisch (2007) S. 229.

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 Betriebsverfassungsrecht auch betriebsratslose Betriebe betreut, hilft nicht: § 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 Gesamtbetriebsrates für betriebsratslose Einheiten vor. Daß Arbeitnehmer betriebsratsloser Einheiten informiert werden müssen, obzwar sie daraus kein Urwahlrecht ableiten können, weil „ihr“ Gesamt- oder Konzernbetriebsrat für sie wählt, ist nicht einzusehen.

Der Regelungspfusch des Gesetzgebers wird vollends offenbar bei den Leitenden Angestellten. Sie fallen betriebsverfassungsrechtlich nicht unter die Betriebsratszuständigkeit (§ 5 Abs. 3 BetrVG) und werden auch nach dem SEBG nicht von Betriebsräten „mitvertreten“. Das legt es nahe, für den vielfach praktischen Fall, daß im Unternehmen kein Sprecherausschuß besteht, die Leitenden gesondert und individuell zu informieren.<sup>40)</sup> 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.

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

Auch im Ausland ist die „Bestückung“ des bVG durch jeweilige Landesvertreter zuerst Sache der nach dem jeweiligen ausländischen Recht 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

<sup>40)</sup> So Lutter/Hommelhoff/Oetker, SE-Kommentar (2008), § 4 SEBG Rn 18; Münch Komm AktG/Jacobs, 2. Aufl. (2006), § 4 SEBG Rn 7.

regelt.

Das Unternehmen muß sich also — typischerweise über seine Auslandstochter kundig machen darüber, welche Arbeitnehmervertretungen in welchen Betrieben bestehen und welche Arbeitnehmer nach dem jeweilig maßgeblichen nationalen Arbeitnehmerbegriff — in ihrer Landessprache — zu unterrichten sind.

[2] Fehlerquellen: Konzernbegriff und Arbeitnehmerbegriff

Wer zu informieren ist, hängt einmal von dem maßgeblichen **Konzernbegriff** ab, der die **Tochtergesellschaften** (und richtigerweise auch die Enkel- und Urenkel) definiert. Eine Information und Einbeziehung einer vermeintlichen Tochtergesellschaft ist ebenso falsch wie die Nichtberücksichtigung einer wirklichen. Wenn dort eine nennenswerte Zahl von Arbeitnehmern 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 Tochtergesellschaften enthalten muß. Deswegen etwa durfte die Porsche AG die Arbeitnehmervertreter von Volkswagen an den Mitbestimmungsverhandlungen überhaupt nicht beteiligen: Von Beherrschung konnte zum Verhandlungszeitpunkt keine Rede sein — ein geplanter künftiger Anteilsverkauf mit Beherrschungsfolge löst keine Beteiligung aus. Vielmehr ist es Schicksal einer Belegschaft, die über den Betriebs- oder Unternehmenserwerb zu einer bestehenden SE stößt, hierdurch unter ein Mitbestimmungsregime zu fallen, das sie selbst nicht verhandelt hat.

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 vielmehr auf den erweiterten Konzernbegriff des § 6 EBR. Dieser wiederum stellt auf die nur potentielle Beherrschung ab, also darauf, daß ein beherrschender Einfluß ausgeübt werden **kann**.

Dabei ist 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 Entherrschungsvertrages — überhaupt nur in einem gerichtlichen Verfahren, in welchem eine Beweiserhebung möglich ist, widerlegt werden kann (so Blanke).<sup>41)</sup> 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

---

41) Blanke, EBRG, Europäische Mitbestimmung — SE, 2. Auflage (2006) § 6 Rn. 9.

oder auch im Registerverfahren über die Eintragung.<sup>42)</sup>

Zweite Fehlerquelle ist der **Arbeitnehmerbegriff**: Bestehen keine Betriebsräte, müssen alle Arbeitnehmer der betroffenen Einheit direkt informiert werden, § 4 Abs. 2 S. 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, Werkstudenten und Arbeitnehmerähnliche, insbesondere Heimarbeiter.<sup>43)</sup> Teilzeitbeschäftigte jedenfalls zählen voll.

Für den Inlandsteil der deutschen SE geht § 2 Abs. 1 Satz 2, 3 vom betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff aus — allerdings unter Einbezug der Leitenden. Leiharbeiter mit einem Arbeitsvertrag zum Verleiher werden also beim Entleiher insgesamt nicht berücksichtigt, ebensowenig freie Mitarbeiter. Im übrigen kommt es auf die Verwicklungen des deutschen Arbeitnehmerbegriffes an. 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.

### [3] Sonderproblem: Arbeitnehmerlose SE

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.<sup>44)</sup> 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, ggf auch durch Erwerb einer bestehenden juristischen

42) Zur Beweiserhebung § 12 FGG.

43) Maßgeblich ist der jeweils in den einzelnen Mitgliedstaaten geltende Arbeitnehmerbegriff, § 2 Abs. 1 S. 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-Drs. 15/3405, S. 43 f; vgl. Lutter/Hommelhoff/Oetker, SE-Kommentar (2008), § 2 SEBG Rn 5 f; MünchKommAktG/Jacobs, 2. Auflage (2006), § 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 und ggf. die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit nach sich, Lutter/Hommelhoff/Oetker, SE-Kommentar (2008), § 4 SEBG Rn 11.

44) Dazu etwa Casper/Schäfer, Die Vorrats-SE — Zulässigkeit und wirtschaftliche Neugründung, ZIP 2007, 653; Schubert, Die Arbeitnehmerbeteiligung bei der Europäischen Gesellschaft ohne Arbeitnehmer, ZESAR 2006, 340.

Person —und welche Auffanglösung dann gelten soll.

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

Überaus kompliziert geregelt ist auch die Besetzung. Das SEBG ordnet zunächst in § 5 die Zusammensetzung nach Mitgliedsstaaten 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 Arbeitnehmerbegriffes durchschlagen.

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 Gewerkschaftsvertreter (jede dritte inländische Mitglied) und ab und zu ein Leitender (jedes siebte inländische Mitglied, vorausgesetzt ein Sprecherausschuß existiert und nimmt sein Vorschlagsrecht wahr).

Auch hier stellen sich wieder zahlreiche ungergelte 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 ?

Analogien zum BetrVG sind systematisch verfehlt. Das allein vergleichbare EBRG enthält gleichfalls keine Antworten.

#### c. Fehler und Heilung

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

- 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.

Eine gesonderte Anfechtung der vorgelagerten Wahl der Mitglieder des Wahlgremiums ist mit *Wißmann* und gegen *Jacobs* nicht angezeigt<sup>45)</sup>: 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.

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.<sup>46)</sup> 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 wären. Entscheidend ist: Das bVG ist Organ einer deutschen Aktiengesellschaft in Umwandlung zur deutschen SE. Es nimmt als ganzes Aufgaben war, 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.

Entscheidend 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 lassen.<sup>47)</sup> 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

---

45) *Wißmann*, Die Arbeitnehmerbeteiligung in der „deutschen“ SE vor Gericht, FS Richardi (2007), S. 841, 846; anders: MünchKommAktG/*Jacobs*, 2. Auflage (2006), § 8 SEBG Rn 16.

46) *Wißmann*, Die Arbeitnehmerbeteiligung in der „deutschen“ SE vor Gericht, FS Richardi (2007), S. 841, 847.

47) *Wißmann*, Die Arbeitnehmerbeteiligung in der „deutschen“ SE vor Gericht, FS Richardi (2007), S. 841, 848.

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 Betriebsratswahlanfechtung 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 Verkennung des dortigen Arbeitnehmerbegriffes, verhinderte, daß die Fristen für Konstituierung und Verhandlung und damit für das Inkrafttreten der Auffanglösung überhaupt zu laufen beginnen.

Sieht man genauer hin, knüpft der gestaffelte Fristlauf an verschiedene Prozesse an: Die Zehn-Wochen-Frist des § 11 Abs. 1 Satz 1 SEBG dient allein der ordnungsgemäßen Bildung des Verhandlungsgremiums. Da dessen Zusammensetzung ohnehin nach § 5 Abs. 4 SEBG korrigiert werden muß, wenn nachträgliche Änderungen eintreten (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 Repräsentativität 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 weiteres möglich.

Deswegen spricht viel dafür, die Wahlanfechtungslast auf den Fristlauf durchschlagen zu lassen. Sonst hätte man zwar ein bVG, doch liefen keine Fristen. Mit der auch anfechtbaren Installation des bVG ist mithin die 10-Wochen-Frist gewahrt und wird die sechsmonatige Verhandlungsfrist ausgelöst.

#### d. Nachweisprobleme

Eine zusätzliche Schwierigkeit resultiert daraus, daß das Verhandlungsverfahren 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 Abs. 2 SE-VO dabei eigenständig in ausschließlicher Zuständigkeit.<sup>48)</sup> 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,<sup>49)</sup> 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. 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.<sup>50)</sup> 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.

Die Praxis verfährt naturgemäß übervorsichtig und weist im Zweifel lieber zuviel als zuwenig nach, um keine Beanstandung zu kassieren.<sup>51)</sup> 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.<sup>52)</sup>

---

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

49) ArbG Stuttgart vom 24. 10. 2007 — 12 BVGa 4/07 — juris.

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

51) Entsprechend wird hinsichtlich der eintragungsfähigen Tatsachen sorgfältige Prüfung angemahnt, weil die Anmeldung zurückzuweisen ist, wenn es an der Eintragungsfähigkeit fehlt, vgl. MünchKomm/Bokelmann, 1996, § 12 HGB Rn 7; zu den Anforderungen aus § 37 AktG im einzelnen K. Schmidt/Lutter/Kleindiek, 2008, § 37 AktG Rn 3 ff; zum Risiko der Amtslöschung sowie Möglichkeiten diese Konsequenz abzuwenden Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, *Die Europäische Gesellschaft* (2005), S. 104 ff; zum Umfang der registergerichtlichen Prüfpflicht vgl. Großkomm AktG/Röhrich, 4. Aufl. (2004), § 38 Rn 7 ff.

52) Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, *SE-Kommentar* (2008), Art. 12 SE-VO Rn 25.

## **IV. Verhandlungsphase und Vertragsschluß**

### **1. Verhandlungsfreiheit**

Die Verhandlungen selbst sind frei von gesetzlichen Vorgaben. 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. 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.

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**

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.

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**

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 Sitzungen 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.

#### 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.

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

#### 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.

Insofern sind zwei Fragen aufgeworfen:

- 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 bestehender 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.

- Für diese Vereinbarungsobliegenheit gilt zunächst eine „Wesentlichkeitstheorie“: Alle wesentlichen Fragen muß die Mitbestimmungsvereinbarung selbst regeln. Eine Auslagerung ungelöster Fragen auf eine spätere Einigung zwischen Unternehmen und SE-Betriebsrat ist nicht möglich — weil die Vereinbarung im maßgeblichen Eintragszeitpunkt hinter dem gesollten Regelungsbestand zurückbleibt. Erst recht unzulässig ist es, zentrale Regelungsfragen auf einen Ausschuß des SE-Betriebsrats zu delegieren.
- 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.

#### 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:

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

##### a. Grenzen der Vereinbarungsmacht

Für die erste Frage sind einige wichtige Punkte bereits angesprochen:

- 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.<sup>53)</sup> 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.

- 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.
- Der SE-Betriebsrat ist notwendig auf Anhörungs- und Konsultationsrechte beschränkt. Echte Mitbestimmungsrechte über Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in den Mitgliedsstaaten sind nach derzeitigem Rechtsstand nicht möglich, weil die nationalen Rechtsordnungen keine Umsetzungsmechanismen vorhalten und auch der Europäische Stand der betrieblichen Mitbestimmung derzeit auf Anhörung und Konsultation beschränkt ist. Insofern ist der durch Art. 6 SE-RL, § 21 SEBG gezogene Systemrahmen mE eindeutig. Auch nur schuldrechtlich über Unterlassungsansprüche gegenüber der Leitung wirkende Beteiligungsrechte sind meines Erachtens nicht möglich. Entgegen *Thüsing*<sup>54)</sup> 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 geriete 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.
- In der Unternehmensmitbestimmung geht es um die Abgrenzung zur Satzungshoheit der SE — vor allem mit Blick auf die Größe des Aufsichtsrats und Zustimmungsvorbehalte. Habersack will die Vereinbarung auf den bloßen Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (oder Verwaltungsrat) beschränken und hält jede Regelung der Größe für unzulässig.<sup>55)</sup> § 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

---

53) *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997) S. 416 f.; *Jung*, Die Unabhängigkeit als konstitutives Element im Koalitionsverfassungs- und Tarifvertragsrecht (1999) S. 313 ff.

54) *Thüsing*, SE-Betriebsrat kraft Vereinbarung, ZIP 2006, 1469, 1471 f.

55) *Habersack*, Konzernrechtliche Aspekte der Mitbestimmung in der Societas Europaea, Der Konzern 2006, 105, 107; *Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestimmungsR, 2. Aufl. (2006), § 35 SEBG Rn 6.

können meines Erachtens 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.

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.

[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.<sup>56)</sup> 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.

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 französischen 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.

---

56) MünchKommAktG/*Jacobs*, 2. Auflage (2006), Vor § 23 SEBG Rn 3 f.

## [2] Sitzverteilung auf Unternehmen und Nationen

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 Porschemodell zielt darauf, Teilkonzernen mit unterschiedlichen Belegschaftsgrößen letztlich gleichen Einfluß im Aufsichtsrat zu verschaffen und läuft damit auf eine „undemokratische“ Stimmrechtsungleichheit 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 „Nationalmannschaftsformation“ 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 Porsche-Belegschaft.

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 Porscheregelung 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, bewendet es bei der Zulässigkeit.

## [3] Bestandsschutz

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 wird)<sup>57)</sup> geprüft werden.<sup>58)</sup>

Insofern kommt es entscheidend darauf an, ob auch andere „Stellen“ antragsbefugt sind. Das SEBG sagt hierzu unmittelbar nichts. Das Antragsrecht für die Abberufung eines Aufsichtsratsmitgliedes 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 S. 1 SEGB ein Kontrollrecht für die abgeschlossene Mitbestimmungsvereinbarung ableiten: Dann sind auch die „Vertreter“ der Belegschaften — sofern sie mindestens 10% der Arbeitnehmer<sup>59)</sup> repräsentieren — antragsbefugt. Das heißt praktisch: Der VW-Betriebsrat Wolfsburg kann seine „Unterrepräsentation“ § 18 SEGB analog beanstanden — aber erst, wenn VW zum Porsche-Konzern gehört.<sup>60)</sup> Vorher ist er nicht betroffen.

Dagegen ließe sich einwenden, daß dieses Initiativrecht auf den seltenen und für die Arbeitnehmerseite eher unsinnigen<sup>61)</sup> 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 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.

---

57) ArbG Stuttgart vom 24. 10. 2007 — 12 BVGa 4/07.

58) 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.

59) Lutter/Hommelhoff/Oetker, SE-Kommentar (2008), § 18 SEBG Rn 9.

60) 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 48.

61) Krause, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), BB 2005, 1221, 1225; MünchKommAktG/Jacobs, 2. Auflage (2006), § 18 SEBG Rn 5; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Oetker, SE-Kommentar (2008), § 18 SEGB Rn 5 ff; Wißmann, Die Arbeitnehmerbeteiligung in der „deutschen“ SE vor Gericht, FS Richardi (2007), S. 841, 851.

## V. Nachlaufphase

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<sup>62)</sup>; 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 — ggf unter Verlängerung der Verhandlungsfrist nach § 20 Abs. 2 SEBG — hinauszögern.
- Nach der Eintragung ist zunächst an die mißglückte Mißbrauchskontrolle des § 43 SEBG<sup>63)</sup> 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 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.<sup>64)</sup> Entscheidend ist die Frage, ob der Mißbrauch

62) hM, Lutter/Hommelhoff/Oetker, SE-Kommentar (2008), § 4 SEBG Rn 7; MünchKommAktG/Jacobs 2. Auflage (2006) § 4 SEBG Rn. 2; GK-BetrVG/Oetker, 8. Aufl. (2005), Vor § 106 Rn 89; Blanke, EBRG, Europäische Mitbestimmung — SE, 2. Aufl. (2006), § 10 Rn. 10.

63) Zu ihr eingehend Joost, Gesetzgebung und Unternehmensmitbestimmung — Irrwege zwischen Ideologie und Markt —, FS Richardi (2007), S. 573, 574 ff; Lutter/Hommelhoff/Oetker, SE-Kommentar (2008), § 43 SEBG Rn 1 ff; MünchKommAktG/Jacobs, 2. Auflage (2006), § 43 SEBG Rn 1 ff; Rehberg, Mitbestimmung in der SE, ZGR 2005, 859; Wißmann, Die Arbeitnehmerbeteiligung in der „deutschen“ SE vor Gericht, FS Richardi (2007), S. 841, 855 ff.

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

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. § 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. Mittelbare Folgen für das deutsche Mitbestimmungssystem ?**

Gegen die SE sind Anfangs große Vorbehalte erhoben worden. Die Praxis sieht das anders: Neben großen Unternehmen (Allianz SE, BASF SE und Porsche SE) machen nun verstärkt mittelständische Unternehmen Gebrauch von diesem Rechtsformenangebot. Während Großunternehmen die Beibehaltung der paritätischen Mitbestimmung in Kauf nehmen und andere Vorteile sehen — Verkleinerung des Aufsichtsrats, Entfall des komplexen Wahlverfahrens der Arbeitnehmervertreter und Ersetzung durch ein Entscheungsverfahren aus dem SE-Betriebsrat) nutzen kleinere Unternehmen die Rechtsform zum Schutz vor dem Anwachsen der Mitbestimmung: Unternehmen, die diesen hohen Mitbestimmungsstand nicht erreicht haben, sondern entweder keiner Unternehmensmitbestimmung unterfallen oder aber „nur“ dem DrittelbG, ist die Errichtung der SE eine effektive Möglichkeit, diesen „Besitzstand“ einzufrieren und sich vor einer Verschärfung der Mitbestimmung zu schützen: Weder bloßes Unternehmenswachstum über einen Mitbestimmungsschwellenwert hinaus noch der Erwerb von Betrieben oder Betriebsteilen oder von Gesellschaftsanteilen ist eine Strukturänderung, die eine Neuverhandlungspflicht auslösen kann. Sowenig eine SE durch Schrumpfung auf unter 2000 Arbeitnehmer die eingefrorene Mitbestimmung loswerden kann, sowenig kann eine festgeschriebene Mitbestimmungsfreiheit oder Drittelbeteiligung durch Wachstum in die Parität führen.

Diese Wunschliste mancher mitbestimmungskritischer Unternehmen muß allerdings erkauft werden mit einem einmaligen bürokratischen Aufwand der SE-Errichtung mit seinem überkomplexen Mitbestimmungsverhandlungsverfahren. Die bisherigen Erfahrungen freilich sind verhalten positiv.

Gesellschaftspolitisch gerät durch Verbreitung der SE die deutsche Mitbestimmung

und vor allem das MitBestG 1976 unter Druck. Der Mitbestimmung droht ein gewisser Wettbewerbsdruck durch jene Unternehmen, die mit schlankerer Mitbestimmung beweglicher sind und dadurch Wettbewerbsvorteile erreichen können. Die Beratungsindustrie sucht überdies nach Auswegen, um der strengen Besitzstandswahrung des Vorher-Nachher-Prinzips zu entgehen. So bringt die Mitbestimmung in der SE gerade diejenige Dynamik in die deutsche Mitbestimmung, die die Blockade der systeminternen Diskussion (Juristentag, oben bei Fn 18) nicht will. Ein optionaler europäischer Rechtsrahmen schafft die Voraussetzungen für den Wettbewerb der Rechtsordnungen.