

**Thomas Blanke**

## **Arbeitnehmer-Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)**

### **1. Ziele der SE, Gesellschaftsrechtliche Grundzüge und Konzeption der Mitbestimmung**

Nach über 30 Jahren war es endlich so weit: Am 8.10.2001 einigten sich die Staaten der EU über die Grundzüge der Europäischen Aktiengesellschaft. Die Mitgliedstaaten mussten die rechtlichen **Vorgaben der EU** (die Verordnung Nr.2157/2001 über die unternehmensrechtlichen Bestimmungen<sup>1</sup> und die Richtlinie 2001/86/EG über die Arbeitnehmerbeteiligung<sup>2</sup>) bis zum 8.10.2004 in nationales Recht umsetzen. Insgesamt acht EU-Mitgliedstaaten – Belgien, Dänemark, Finnland, Island, Österreich, Schweden, Ungarn und das UK - haben die Zeitvorgabe eingehalten. In Deutschland ist das Gesetz zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft (SEEG)<sup>3</sup> mit geringer Verspätung am 29.12.2004 in Kraft getreten. Erste Europa AG's bestehen bereits in Österreich (STRABAG, Brenner-Tunnel), den Niederlanden und sind in einigen nordischen Ländern (Eloteq, Nordea) in Vorbereitung. In Deutschland ist die „Go East Invest SE Europäische Gesellschaft zur Industrieansiedlung und Markterschließung“ im März 2005 in Berlin in das Handelsregister eingetragen worden, obwohl entgegen Art. 12 Abs.2 SE-VO keine Vereinbarung über die Arbeitnehmermitbestimmung abgeschlossen wurde.<sup>4</sup> Damit ist die Eintragung unwirksam.<sup>5</sup>

Die Schwierigkeit dieser Schöpfung zeigt sich schon an der Namensgebung. Die Europäische Aktiengesellschaft („Europa-AG“) heißt in Europa „Societas Europaea“, abgekürzt SE. Das ist **lateinisch** und bedeutet so viel wie „Europäische Gesellschaft“. Das deutsche Umsetzungsgesetz heißt abgekürzt „SEEG“ und besteht aus dem SE-Ausführungsgesetz (SEAG), welches die aktienrechtlichen Bestimmungen enthält und dem SE-Beteiligungsgesetz.(SEBG), in dem die Arbeitnehmermitbestimmung geregelt ist.

Ein einheitliches Gesetz über die SE ist nicht geschaffen worden. Das SEAG regelt nur Teilbereiche der Gründung und Organisation der Europa-AG und verweist im übrigen auf die Bestimmungen des Aktiengesetzes. Die SE muss ein in Aktien zerlegtes Grundkapital von mindestens 120.000.- € besitzen und kommt demnach auch bereits für mittelgroße Unternehmen in Betracht. Mit der Registrierung in einem Mitgliedstaat der EU kann die SE in jedem anderen Mitgliedstaat tätig werden.

Die Ansätze zur Schaffung einer gemeinschaftsweiten Unternehmensform reichen über 30 Jahre zurück. Zur Überwindung der wirtschaftlichen Binnengrenzen der EG und zur Errichtung eines ökonomisch funktionsfähigen Binnenmarktes schien es der Kommission unerlässlich, auch für Kapitalgesellschaften eine Unternehmensform bereitzustellen, die es erlaubt, unternehmerisch gemeinschaftsweit tätig zu werden.

---

<sup>1</sup> ABI L 294 v. 10.11.2001 S.1, im folgenden SE-VO.

<sup>2</sup> ABI. L 294 v. 10.11.2001 S.22, im folgenden SE-RL.

<sup>3</sup> BGBl. I S.3675 v.28.12.2004; es besteht im wesentlichen gem. Art.1 aus dem Ausführungsgesetz zur SE-VO (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) und gem. Art.2 aus dem Umsetzungsgesetz zur SE-RL (SE-Beteiligungsgesetz – SEGB).

<sup>4</sup> Auch bei der Umwandlung der STRAGAB in eine SE hat eine Aushandlung der Mitbestimmungsvereinbarung nicht stattgefunden und sind deshalb gerichtliche Verfahren über die Wirksamkeit der Eintragung der SE anhängig, Details bei Gohde, Der Betriebsrat H.6/2005.

<sup>5</sup> Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft, SE, Baden-Baden 2005, Art. 12 SE-VO Rn.13ff.;

Die **Motive** hierfür werden in den Erwägungsgründen der schließlich am 8.10.2001 verabschiedeten SE-VO zusammenfassend dargelegt: Einer der wesentlichen Gründe wurde und wird in der Notwendigkeit gesehen, die Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Unternehmens- bzw. Gesellschaftsrechts zu überwinden und den rechtlichen Rahmen an den wirtschaftlichen Rahmen, in dem die Unternehmen sich in der Gemeinschaft auf der Grundlage der Garantie der Freizügigkeit der Unionsbürger gem. Art. 18 EG bewegen sollen, anzugleichen:

„Die juristische Einheitlichkeit der europäischen Unternehmen muss ihrer wirtschaftlichen weitestgehend entsprechen. Neben den bisherigen Gesellschaftsformen nationalen Rechts ist daher die Schaffung von Gesellschaften vorzusehen, deren Struktur und Funktionsweise durch eine in allen Mitgliedstaaten unmittelbar geltende gemeinschaftsrechtliche Verordnung geregelt werden (Erwägungsgrund Nr.6 S.1 der SE-VO des Rats v. 8.10.2001).

### 1.1. Ziele der SE

Die Schaffung der Europäischen Aktiengesellschaft soll die Aktivitäten international agierender Unternehmen erleichtern:

- Bisher galt für ausländische Tochtergesellschaften und Niederlassungen jeweils das ausländische nationale Recht.
- Die Sitzverlegung von einem Mitgliedstaat der EU in einen anderen erforderte die Auflösung und Neugründung der Gesellschaft, die mit steuerlichen Nachteilen verbunden war.

Die Regelungen über die SE sollten die Gründung von Tochtergesellschaften, die Verschmelzung von Unternehmen und Konzernen und die Bildung einer Holdinggesellschaft erleichtern.

### 1.2. Haupthindernisse

Haupthindernisse bei der Schaffung einer einheitlichen Rechtsform für die Europäische Aktiengesellschaft waren vor allem die

- unterschiedlichen Vorgaben der nationalen Rechtsordnungen für die Organstruktur der Kapitalgesellschaften (Trennung von Leitung und Kontrolle, z.B. Vorstand und Aufsichtsrat, in Deutschland oder einheitliches Leitungs- und Kontrollorgan, z.B. board of directors, in Großbritannien, sog. „duales“ oder „monistisches“ System) und die
- Mitbestimmung der Arbeitnehmer.

### 1.3. Grundzüge der Unternehmensverfassung: Gleichwertigkeit von monistischer und dualistischer Unternehmensverfassung

Wichtige Voraussetzung für den schließlich erreichten Kompromiss über das Statut der SE war zunächst die prinzipielle Anerkennung der **Gleichwertigkeit von monistischer und dualistischer Unternehmensverfassung**. Die SE-VO ermächtigt die Mitgliedstaaten für den Fall, dass ihr nationales Aktienrecht lediglich entweder eine dualistische oder monistische Unternehmensverfassung vorsieht, Vorschriften über das jeweils andere, bislang nicht geregelte System zu erlassen. Im SEAG ist dies in den Bestimmungen der §§ 20 – 49 für das monistische System erfolgt, so dass auch eine nach deutschem Recht gegründete SE künftig statt eines Vorstands und Aufsichtsrats nur einen Verwaltungsrat („board of directors“) vorsehen kann. Im übrigen gestattet das Gesetz, von dem einmal gewählten System der

Leitung und Kontrolle zu dem anderen System zu wechseln. Der Verwaltungsrat bestellt einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren, die die Geschäfte der Gesellschaft führen und sie nach außen vertreten. Zu geschäftsführenden Direktoren können auch Mitglieder des Verwaltungsrats bestellt werden.

#### 1.4. Beschränkung der Gründungstatbestände

Die **Gründung einer SE** ist auf **bestimmte Fälle** von Unternehmensumstrukturierungen und –kooperationen beschränkt. Die Gründungsgesellschaften müssen ihren Sitz in mindestens zwei EU-Mitgliedstaaten haben. An den **vier möglichen Gründungstatbeständen** kann jeweils nur ein bestimmter Typus **von Unternehmensformen** beteiligt sein. Möglich ist die Bildung einer SE durch

- **Verschmelzung** von Aktiengesellschaften, die dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen,
- **Umwandlung** einer Aktiengesellschaft mit Sitz und Hauptverwaltung in einem EU-Mitgliedstaat, die seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft hat, die dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates unterliegt,
- Gründung einer **Holdingsgesellschaft** durch Aktiengesellschaften und GmbH's aus mindestens zwei Mitgliedstaaten, und durch
- Bildung einer **gemeinsamen Tochtergesellschaft** durch Gesellschaften nach Art. 48 Abs.2 EGV, sonstige juristische Personen (öffentlichen oder privaten Rechts) aus mindestens zwei Mitgliedstaaten oder einer SE.

Die verschiedenen Gründungsformen sind mit jeweils unterschiedlichen Folgen für die Mitbestimmung verbunden. Die Eintragung einer SE setzt voraus, dass eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung abgeschlossen worden ist. Diese kann sich auf zwei Ebenen beziehen: Die Errichtung eines „SE-Betriebsrats“, der lediglich Unterrichts- und Beratungsrechte hat und die wirtschaftliche Mitbestimmung von Arbeitnehmervertretern in den Organen der SE. Andernfalls ist die Eintragung nur möglich, wenn der Verhandlungszeitraum von idR sechs Monaten (kann um weitere 6 Monate verlängert werden) ergebnislos verstrichen ist oder wenn die Arbeitnehmerseite auf den Anschluss einer Beteiligungsvereinbarung mit qualifizierter Mehrheit verzichtet.

#### 1.5. Grundzüge der Arbeitnehmermitbestimmung

##### 1.5.1. Der Schutz erworbener Rechte

Jahrzehntlang waren alle Versuche gescheitert, die nationalen Modelle der Arbeitnehmerbeteiligung und Mitbestimmung einander anzugleichen. Die EU-Staaten konnten sich nicht auf ein Konzept einigen, das sich an einem der als besonders entwickelt erachteten nationalen Modelle orientierte. Ebenso wenig war Einigkeit darüber zu erzielen, welche Mitbestimmungsregelungen als gleichwertig anzusehen seien. Aber auch der Ansatz, unterschiedliche Modelle der Arbeitnehmermitbestimmung zur Auswahl zu stellen, scheiterte. Jeder Mitgliedstaat hatte seine eigene Auffassung davon, wie gut seine Formen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer seien und welche Anforderungen an eine Rechtsangleichung „auf dem Wege des Fortschritts“ i.S. von Art. 136 Abs.1 S.1 EG-Vertrag zu stellen seien.

Die Wende in dieser Situation brachte erst die Einführung des Prinzips des **Schutzes erworbener Rechte**. Ihm wurde auf zweierlei Weise Rechnung getragen: Einmal durch eine „Vorher-Nachher-Betrachtung“, die auf die Fortschreibung des höchsten

Mitbestimmungsniveaus der an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften abstellt, zum anderen durch den **Vorrang von Verhandlungslösungen**, wonach die vereinbarten Bestimmungen den gesetzlichen Regelungen vorgehen. Auf diese Lösung konnten sich alle Mitgliedstaaten verständigen: Die einen, weil sie ihr gegebenes Mitbestimmungsniveau sichern konnten und die anderen, weil sie dem nicht folgen mussten und zudem (wie insbesondere Großbritannien) auf den vermeintlichen Wettbewerbsvorteil geringerer AN-Beteiligung setzten.

### 1.5.2. Vorrang von Verhandlungslösungen

Der Grundsatz des **Vorrangs von Verhandlungslösungen** bedeutet, dass der Europäische Gesetzgeber weitgehend darauf verzichtet, eine bestimmte Ausgestaltung der Arbeitnehmerbeteiligung bzw. Mitbestimmung rechtlich zwingend vorzuschreiben. Statt dessen besitzen die Sozialpartner auf Unternehmensebene eine Vereinbarungsbefugnis, die allerdings durch zwei wichtige Eckpfeiler **eingeschränkt** ist: Zum einen durch das „Vorher-Nachher-Prinzip“ zum **Schutz der erworbenen Rechte** der AN, die in zuvor mitbestimmten Gesellschaften beschäftigt sind. Und zum anderen durch das Eingreifen von **zwingenden Auffangvorschriften** für den Fall, dass es zu keiner Einigung der Verhandlungsparteien auf Arbeitnehmer- und Unternehmensseite kommt (Art.7 SE-RL i.Vb. mit dem Anhang der RL).

### 1.5.3. Vorher-Nachher-Vergleich

Das Prinzip des Schutzes erworbener Rechte zielt auf einen mitbestimmungsrechtlichen Bestandsschutz. Nach Maßgabe eines **Vorher-Nachher-Vergleichs** sollen die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, die in nationalen Gesellschaften vor ihrer Beteiligung an der Gründung einer SE bestehen, durch deren Errichtung nicht geschmälert werden. Um den Streit über die unterschiedliche Qualität von Mitbestimmungsregelungen in den Mitgliedstaaten der EG zu vermeiden, wird hierbei allein auf den Erhalt des **zahlenmäßigen Anteils** der von der Arbeitnehmerseite zu bestimmenden (oder vorzuschlagenden) Mitglieder der Aufsichts- oder Verwaltungsorgane der Gesellschaft abgestellt. Deshalb kommt es auf den in den einzelnen Unternehmen vorhandenen **maximalen Anteil von Einflussrechten auf die Mitgliederbenennung** an. Damit ist eine Sicherung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer auf dem **höchsten zuvor gegebenen Niveau** eines der gründungsbeteiligten Unternehmens bezweckt.

Regeln zur zwingenden Beibehaltung der Mitbestimmung mussten sowohl für den Fall getroffen werden, dass sich die Parteien auf eine Vereinbarung verständigen als auch für den Fall, dass eine solche nicht zustande kommt und deshalb die gesetzlichen Auffangregelungen eingreifen. In beiden Fällen ist erforderlich, dass sich die bestehende Mitbestimmung auf ein bestimmtes Mindestquorum der Gesamtzahl der AN erstreckt und insoweit eine gewisse Repräsentativität aufweist. Der Schwellenwert beläuft sich im Fall der SE-Gründung

- durch **Verschmelzung** auf 25%,
- im Fall der Errichtung einer **Holdingsgesellschaft** oder einer **Tochtergesellschaft** auf 50% der Gesamtzahl der AN aller gründungsbeteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften.

### 1.5.4. Sonderfall Umwandlung

Die Aufnahme des **Umwandlungstatbestandes** als eine der Optionen zur Gründung einer SE war besonders umstritten, weil darin die Gefahr gesehen wurde, dass er als Instrument zur „Flucht aus der Mitbestimmung“ genutzt würde und damit den Erhalt der erworbenen Rechte

aushöhlen könnte. Deshalb wird für den Fall der **Umwandlung** einer AG in eine SE **stets** eine **Mitbestimmungsbeibehaltung** – in gleichem Umfang und in bezug auf die gleichen Elemente - angeordnet.

### **Beispiel 1: Umwandlung**

*Die A AG mit Sitz in Deutschland hat seit 4 Jahren eine Tochtergesellschaft in Italien. Sie entscheidet sich für die Umwandlung in eine SE. In der A AG besteht paritätische Mitbestimmung. 10 Mitglieder des 20-köpfigen Aufsichtsrats sind Arbeitnehmervertreter. Auch der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende ist Arbeitnehmervertreter.*

*In den Verhandlungen mit dem BVG möchte die Unternehmensleitung einen geringeren Anteil von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat. Dessen stellvertretender Vorsitzender soll von den Arbeitgebern bestellt werden.*

**Lösung:** *Es bleibt bei der Mitbestimmungsregelung, die in der A AG zuvor gegolten hat.*

## **1.6. Die Umsetzung in Deutschland**

### **1.6.1. Verhandlungslösung**

Für eine SE, die ihren Sitz in Deutschland hat, gilt das deutsche Ausführungsrecht des SEEG. Die beteiligungsrechtlichen Vorschriften des SEBG orientieren sich für die Umsetzung des Prinzips „Vorrang von Verhandlungslösungen“ weitgehend an den für europäische Betriebsräte getroffenen Bestimmungen des Europäischen Betriebsrätegesetzes (EBRG). Auch im Fall der SE ist für die Phase der Aushandlung der Vereinbarung mit dem Management über Art und Weise sowie Ausmaß und Umfang der Mitwirkung der Arbeitnehmer ein Besonderes Verhandlungsgremium (BVG) zu bilden. Für seine Zusammensetzung gelten ähnliche Regeln; Gewerkschaftsvertreter können Mitglieder des BVG sein. Bei den Abstimmungen kommt es aber zusätzlich zur Mehrheit der Stimmen der Mitglieder des BVG auf die Mehrheit der vertretenen Arbeitnehmer an. Außerdem ist der Verhandlungszeitraum gegenüber dem EBRG deutlich verkürzt: Er dauert im Regelfall nur 6 Monate.

Die Vereinbarung kann sich auf **zwei Formen der Arbeitnehmerbeteiligung** erstrecken: Einmal die Unterrichtung und Anhörung einer Arbeitnehmervertretung durch die Unternehmensleitung, das an die Bestimmungen über den EBR angelehnt ist (in der Terminologie des SEBG: „**SE-Betriebsrat**“), und andererseits eine Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE (**Mitbestimmung**). Beide Formen der Arbeitnehmerbeteiligung, diejenige der Mitbestimmung und diejenige der Unterrichtung und Anhörung, können miteinander kombiniert werden. Sie schließen einander wechselseitig nicht aus.

### **1.6.2. Mitbestimmung nach den Auffangvorschriften**

Das Eingreifen **der Auffangregelungen** über den SE-BR und die Mitbestimmung kraft Gesetzes ist **keineswegs ein Automatismus** für den Fall nicht termingerecht erzielter Vereinbarungen. Es ist stets daran geknüpft, dass beide Seiten dies auch wollen. So haben die Gründungsgesellschaften zu entscheiden, ob sie der Anwendung der Auffangregelungen zur Unterrichtung und Anhörung der AN und zur Mitbestimmung **zustimmen** und damit die **Gründung der SE weiter betreiben** wollen oder nicht. Das BVG hat es (außer im Fall der Umwandlung) in der Hand, das Eingreifen der Auffangregelungen durch einen Beschluss nach Art. 3 Abs.6 SE-RL über den Abbruch oder die Nichtaufnahme der Verhandlungen zu verhindern.

Die Auffangvorschriften zur Mitbestimmung gelten je nach dem Gründungstatbestand der SE nur, wenn **zuvor Mitbestimmung bestand** (SE-Gründung durch Umwandlung) und wenn diese **einen Mindestprozentsatz** der Gesamtarbeitnehmerschaft betraf (SE-Gründung durch Verschmelzung: **25%**, Holding oder Tochtergesellschaft: **50 %**)– es sei denn, das BVG votiert auch unterhalb dieser Quoren für die Geltung der Auffangregelungen.

### **Beispiel 2: Verschmelzung**

*Die Gesellschaft A mit Sitz in Irland, Dublin, hat 8.000 AN. Mitbestimmung gibt es nicht. Sie will mit Gesellschaft B, die ihren Sitz in Österreich hat, mitbestimmt ist und 2000 AN beschäftigt, zur SE AB fusionieren. Die Verhandlungen über eine Vereinbarung zwischen BVG und Unternehmensleitung zur Mitbestimmung scheitern. Die SE AB soll aber trotzdem gegründet werden.*

**Lösung:** Die AN der mitbestimmten B-Gesellschaft machen nur 20% der Gesamtzahl der AN der künftigen SE aus. Die Auffangvorschriften finden deshalb nur Anwendung, wenn das BVG einen Beschluss zur Anwendung der Auffangregelungen fasst. Der Beschluss bedarf der absoluten Mehrheit der Stimmen des BVG, die zugleich die absolute Mehrheit der AN (= 5.001 AN) vertritt.

Bestehen in den gründungsbeteiligten Gesellschaften unterschiedliche Mitbestimmungsformen, so kann das BVG entscheiden, welche von ihnen zur Anwendung kommen soll. Die Anzahl der Arbeitnehmervertreter in den Unternehmensorganen der SE richtet sich nach dem höchsten Anteil in den gründungsbeteiligten Gesellschaften.

### **Beispiel 3: Holding**

*Die Gesellschaften A mit Sitz in Österreich (5.000 AN), B mit Sitz in Deutschland (2.000 AN) und C mit Sitz in den Niederlanden (13.000 AN) wollen sich zu einer SE-Holding mit Sitz in den Niederlanden zusammenschließen. In der österreichischen Gesellschaft A besteht eine Drittelbeteiligung von der Belegschaft gewählter Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. In der deutschen Gesellschaft B besteht paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. In der niederländischen Gesellschaft C besteht ein Vorschlagsrecht des Betriebsrats für ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder zur Wahl durch die Hauptversammlung.*

*Die Verhandlungen zwischen dem BVG und der Unternehmensleitung über eine Vereinbarung zur Beteiligung der AN in der Holding-SE scheitern. Nach welcher Regelung bestimmt sich die Mitbestimmung in der SE?*

**Lösung:** In allen drei Gesellschaften besteht Mitbestimmung (100%), also finden die Auffangregelungen Anwendung. Es bestehen aber mehrere Formen der Mitbestimmung (Wahl oder Vorschlagsrecht). Das BVG entscheidet, welches der Mitbestimmungsmodelle in der SE eingeführt wird (Art. 7 Abs.2 SE-RL, § 34 Abs.2 S.1 SEBG). Entscheidet sich das BVG für das Modell Mitbestimmung durch Wahl nach österreichischem oder deutschem Recht, so bemisst sich die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem höchsten Anteil der an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaften (§ 35 Abs.2 S.3 SEBG). Das ist die deutsche Gesellschaft. Auf einen Mindestanteil hiervon erfasster AN kommt es nicht an.

Nach den Auffangregelungen der §§ 34 – 38 SEGB über die Mitbestimmung kraft Gesetzes ist **jeder dritte** auf das Inland entfallende **Sitz** im Aufsichts- oder Verwaltungsrat mit einem **Vertreter der Gewerkschaften** und (mindestens) jeder siebte inländische Sitz mit einem **leitenden Angestellten** zu besetzen. Die AN-Vertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsrat der

SE haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die Mitglieder, die die Anteilseigner vertreten. Ein Mitglied des Leitungsorgans oder einer der geschäftsführenden Direktoren ist für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig. Damit wird die Funktion des **Arbeitsdirektors** entsprechend dem deutschen Mitbestimmungsrecht eingeführt.

Neben den Vorschriften zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE bleibt das **nationale Betriebsverfassungsrecht anwendbar** (§ 47 Abs.1 SE-BG). Dies gilt auch für die **Betriebe** einer **inländischen Gesellschaft**, die infolge der Gründung der SE als eigenständige juristische Person erlischt. In Bezug auf **Tochtergesellschaften** der SE – nicht jedoch für die SE selbst – gelten ferner auch die nationalstaatlichen Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung in den Unternehmensorganen (Art. 13 Abs.3 lit. a und lit. b RL, § 47 Abs.1 SEBG).

## 2. Mitbestimmung in der SE: Kontroverse Grundsatzdebatte

### 2.1. Arbeitgebersicht

#### 2.1.1. Interesse an europäischer Unternehmensform und verhandelter Mitbestimmung

Die Einführung der SE wurde in Deutschland auch von Arbeitgeberseite im Grundsatz einhellig begrüßt. Die Überwindung der Rechtszersplitterung durch die Schaffung einer Unternehmensform für Kapitalgesellschaften, die eine gemeinschaftsweite unternehmerische Betätigung erlauben, wurde allgemein als wichtiger Beitrag zur Überwindung der wirtschaftlichen Binnengrenzen der EU angesehen. Grundsätzlich positiv bewertet wird aus Arbeitgebersicht die Möglichkeit, im Wege von Vereinbarungen „maßgeschneiderte“ Regelungen zu treffen, die auf die Interessenlage des jeweiligen Einzelfalls zugeschnitten sind.

#### 2.1.2. Kritik am Vorher-Nachher-Prinzip

Als bedenklich wird aber aus Arbeitgebersicht die zu starre Handhabung des „Vorher-Nachher-Prinzips“ eingestuft, welches im Umwandlungsfall stets und nach den Auffangvorschriften zumeist zur Fortführung des höchsten Mitbestimmungsniveaus, welches in einer der gründungsbeteiligten Gesellschaften gegeben ist, für die SE insgesamt zwingt. Dadurch bestehe die Gefahr, dass ausländische Gesellschaften gezielt deutsche Gesellschaften bei der Gründung von SE aussparen würden, um sich nicht die einzigartig hohe Mitbestimmung in Deutschland an Bord zu holen. Dies würde zu erheblichen Nachteilen deutscher Gesellschaften bei transnationalen Kooperationen führen und mehr noch als schon bisher zu ihrer zur internationalen Isolierung beitragen: „Für deutsche Gesellschaften wird eine Beteiligung an einer Europäischen Aktiengesellschaft aufgrund der diskriminierenden Vorgaben zur Unternehmensmitbestimmung... kaum in Betracht kommen. Sie werden als Partner nur selten erwünscht sein, weil das deutsche Paritätsmodell, das bei ausländischen Investoren auf Unverständnis stößt und als ernsthaftes Investitionshindernis gilt, in der Regel für die SE zu übernehmen wäre. Dadurch werden die Wettbewerbsnachteile für deutsche Unternehmen in der EU weiter verstärkt“ (Stellungnahme von BDA, BDI, DIHK u.a. zum SEEG v. 3-5-2004).

Gegen die Beibehaltung der Mitbestimmung entsprechend dem „Vorher-Nachher-Prinzip“ wurde aus Arbeitgebersicht im wesentlichen angeführt, dass

- das deutsche Mitbestimmungsniveau einzigartig hoch in Europa sei,

- es sich in keiner Weise gegenüber anderen Beteiligungsformen als überlegen erwiesen und im Wettbewerb durchgesetzt habe,
- es überflüssige und übermäßige bürokratische Hürden der unternehmerischen Entscheidungsfindung errichte und erhebliche Mehrkosten verursache,
- einen Wettbewerbsnachteil deutscher Unternehmen im Hinblick auf die Möglichkeit ihrer Beteiligung an ausländischen „Europa-AG’s“ bewirke,
- und dies zu einem Standortnachteil für deutsche Unternehmen führe und damit einen Rückgang der Beschäftigung verursache.

## **2.2. Sicht der Arbeitnehmerorganisationen**

### **2.2.1. Positive Bewertung der Mitbestimmung**

Von den Organisationen der Arbeitnehmerseite (Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands zu dem Bericht der „Kommission Mitbestimmung“ von BDA und BDI v. 12.11.2004) wurden die Mitbestimmungsrechte in der SE verteidigt.

Dabei wurde im wesentlichen vorgebracht, dass

- die Einflussnahme von Arbeitnehmervertretern auf unternehmerische Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse in Europa weit verbreitet sei,
- die Mitwirkung der Arbeitnehmer eine historische Errungenschaft und Teil der kooperativen Tradition der Europäischen Unternehmenskultur sei,
- Mitbestimmung - gerade in global agierenden Unternehmen - Voraussetzung für die demokratische Kontrolle wirtschaftlicher Macht sei und ihren Missbrauch einschränke,
- Mitbestimmung den elementaren Bedürfnissen der Menschen nach Verantwortung und Teilhabe entspreche und
- die Sozialverträglichkeit unternehmerischen Handelns und damit den gesellschaftlichen Frieden und die wirtschaftliche Verantwortung fördere.
- Speziell das deutsche Mitbestimmungsmodell habe sich als förderlich für die Erhaltung des sozialen Friedens, die Förderung der Identifikation mit dem Unternehmen und der Steigerung der Arbeitsproduktivität erwiesen.
- Mitbestimmung führe zu vermehrten Investitionen in spezifisches Humankapital, was eine wichtige Voraussetzung für Innovation sei und Transaktionskosten senke.
- Dies habe seinen Niederschlag in der EU- und weltweit einzigartigen, dominierenden Stellung der deutschen verarbeitenden Industrie gefunden.
- Das Wettbewerbsargument, Mitbestimmung habe sich international nicht durchgesetzt, besage nichts über die inhaltliche Richtigkeit rechtlicher Regelungen: Folter, Diktatur oder Todesstrafe würden nicht deshalb vorzugswürdig, weil sie sich als Exportschlager erweisen könnten.

### **2.22. Warnung vor ruinösem Dumpingwettbewerb („Delaware-Effekt“)**

Trotz der im Grundsatz positiven Einstellung zur SE und den für sie vorgesehenen Mitbestimmungsregelungen wurde aus Arbeitnehmersicht oftmals die Befürchtung geäußert, dass die Flucht aus dem deutschen Rechtskreis durch die einfachere Möglichkeit zur Sitzverlegung von Unternehmen zur Vermeidung oder Minderung der Mitbestimmung zunehmen werde. Zudem sei zu erwarten, dass auch alle anderen Regelungen (wie insbesondere solche des Steuerrechts und des Unternehmensrechts) europaweit miteinander

verglichen und zur Grundlage von unternehmerischen Standortentscheidungen gemacht würden. Deshalb sei auch in Europa mit einem Wettbewerb um die für die Unternehmen günstigsten Regelungen zu rechnen, wie dies in den USA der Fall sei. Dort habe ein Großteil der Unternehmen seinen Sitz in den Staat Delaware verlegt, weil dieser für die Unternehmen die günstigsten Konditionen (niedrigste Steuersätze, geringste Kontrollen und Auflagen etc.) biete. Dieser „Delaware-Effekt“ eines ruinösen Dumpingwettbewerbs sei auch in Europa zu befürchten. Er führe dazu, dass alle nationalen Standorte Schaden erleiden.

### 3. Testfall: Paritätische Mitbestimmung im Verwaltungsrat

Besonders umstritten war im **deutschen Gesetzgebungsverfahren** die Ausgestaltung der Mitbestimmung für den Fall, dass anstelle des Vorstands und Aufsichtsrats nur ein einheitliches Leitungs- und Aufsichtsorgan, der Verwaltungsrat, gebildet werde. Die Bedenken der Unternehmerverbände, der Arbeitgeberseite sowie der Oppositionsparteien CDU/CSU und FDP sowie von Teilen der Wissenschaft richteten sich insbesondere dagegen, dass der **Verwaltungsrat** bei einer paritätischen Mitbestimmung **zur Hälfte aus Arbeitnehmervertretern** besetzt werden sollte. Darin sahen sie eine unzulässige Ausweitung der Mitbestimmung auch auf die Ebene der Unternehmensführung. Deshalb haben sie – unterschiedlich weitgehende - Regelungen vorgeschlagen, die dies verhindern sollten. Sie reichten

- vom gänzlichen Verzicht auf die Entsendung/Benennung von Arbeitnehmervertretern zu Mitgliedern des Verwaltungsrats über eine
- Reduzierung der Arbeitnehmerquote,
- den Ausschluss der Arbeitnehmervertreter von der Bestellung zu geschäftsführenden Direktoren bis hin zur
- Übertragung des Stimmrechts der geschäftsführenden Direktoren auf den Vorsitzenden des Verwaltungsrats in den Angelegenheiten, in denen die geschäftsführenden Direktoren an der Teilnahme an der Abstimmung aus rechtlichen Gründen gehindert sind. Dies ist etwa bei Anträgen auf ihre Abberufung als geschäftsführende Direktoren (§ 40 Abs.5 SEAG) der Fall.

Dem stand der eindeutige Wortlaut der Richtlinie gegenüber. In den Auffangregelungen Teil 3 b ist vom „höchsten maßgeblichen Anteil in den beteiligten Gesellschaften“ die Rede. Der Gesetzgeber hat sich aufgrund der Beratungen im Rechtsausschuss für eine Kompromisslösung entschieden: Können die geschäftsführenden Direktoren an einer Abstimmung nicht mitwirken, weil sie andernfalls gegen das Verbot des „Richtens in eigener Sache“ verstoßen würden, so kommt es zum Doppelstimmrecht des (nach Art.45 S.2 SEVO aus dem Kreis der Aktionärsvertreter zu bestellenden) Vorsitzenden des Verwaltungsrats. Dadurch wird in diesen Fällen der Interessenkollision verhindert, dass die Vertreter der Arbeitnehmer wegen des Stimmrechtsverbots des geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieds die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigen und sich durchsetzen können.

### 4. Verhältnis EBR und SE-BR

Die Arbeitnehmerbeteiligung nach der EBR-RI und nach der SE-RL sowie den jeweiligen deutschen Umsetzungsbestimmungen weist, wie bereits angesprochen, grundlegende **konstruktive Ähnlichkeiten** auf: In beiden Fällen besteht eine **Priorität für Verhandlungslösungen**, ist als Verhandlungspartei auf Arbeitnehmerseite ein **BVG** zu bilden, für dessen Zusammensetzung ähnliche Vorschriften gelten. Allerdings hat in der SE-RL der Grundsatz der Proportionalität verstärkte Beachtung erfahren. Zudem ist jedes dritte

auf das Inland entfallende Mitglied auf Vorschlag einer Gewerkschaft zu wählen. Ein entscheidender Unterschied liegt allerdings darin, dass der Grundsatz der **Verhandlungsfreiheit** bei der Vereinbarung über die Errichtung und Beteiligung des SE-BR gegenüber derjenigen eines EBR wegen der Verpflichtung zur Beachtung des Vorher-Nachher-Prinzips zur Mitbestimmungsbeibehaltung (und der Besonderheiten bei der Umwandlung) erheblich geringere Bedeutung besitzt. Die Berücksichtigung von leitenden Angestellten im BVG (§ 11 Abs.4 EBRG; § 6 Abs.4 SEBG: jedes 7. inländische Mitglied, ) und die Einschränkung der Beteiligungsrechte in Tendenzunternehmen (§ 34 EBRG, § 39 SEBG) führen auch für die SE Besonderheiten der deutschen Tradition betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligung fort.

Die Frist bis zum Abschluss einer Vereinbarung ist bei der SE mit 6, maximal 12 Monaten – gegenüber 3 Jahren beim EBR - deutlich abgekürzt. Dies erklärt sich aus dem gegenüber der EBR-Beteiligung **gesteigerten Interesse der zL am Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung**, da diese gem. Art. 12 Abs.2 SE-VO regelmäßig Voraussetzung der Eintragung der SE ist. Dementsprechend sind im Recht der SE die nach den EBR-Bestimmungen geltenden Auskunftsansprüche der Arbeitnehmerseite gegenüber der ZL durch Informationspflichten der zL ersetzt worden, denen im Planungsstadium der SE „unaufgefordert und unverzüglich“ nachzukommen ist (vgl. § 4 SEBG und §§ 5, 8 Abs.2 EBRG).

EBR und SE-BR erfüllen **ähnliche Aufgaben** und **schließen einander aus**. Auf die SE und ihre Tochtergesellschaften findet die EBR-RL und das EBRG daher grundsätzlich keine Anwendung (Art. 13 Abs.1 SE-RL, § 47 Abs.1 SEBG). In diesen Gesellschaften kommt es nicht zur Errichtung eines EBR – weder durch Verhandlungen noch kraft Gesetzes. Etwas anderes gilt nur, wenn das BVG der SE oder ihrer Tochtergesellschaft einen Negativbeschluss nach Art. 3 Abs.6 SE-RL, § 16 SEBG gefasst hat. Ist jedoch eine SE als abhängiges Unternehmen an einer Unternehmensgruppe beteiligt, auf die das EBRG Anwendung findet, so hindert dies die Beteiligung der Beschäftigten der SE an der Bildung eines EBR beim herrschenden Unternehmen nicht. Mit Ausnahme der Unternehmensmitbestimmung in der SE selbst finden auf die inländischen Betriebe und Unternehmen einschließlich der Tochterunternehmen der SE auch weiterhin die nationalen betriebsverfassungs- und unternehmensrechtlichen Mitbestimmungsvorschriften Anwendung (§ 47 Abs.1 S.1 SEBG).

Der Sinn dieses Vorrangs des SE-BR gegenüber dem EBR besteht darin, dass der SE-BR nach den Bestimmungen des Anhangs über den SE-BR kraft Gesetzes **partiell weitergehende Rechte zur Information und Anhörung** durch die zL besitzt als ein EBR. Die Informationspflichten sind präzisiert,<sup>6</sup> ebenso, dass es Ziel der Anhörung beim Eintritt außergewöhnlicher Umstände ist, zwischen SE-BR und zL zu einer Einigung über die Ausgestaltung der geplanten unternehmerischen Entscheidungen zu gelangen. Beschließt die SE-Leitung, nicht im Einklang mit der vom SE-BR hierzu abgegebenen Stellungnahme zu handeln, kann der SE-BR vor der Umsetzung der Entscheidung eine zweite Zusammenkunft zur Beratung mit der zL verlangen, „um eine Einigung herbeizuführen“ (Auffangregelung Teil 2 c) SE-RL, § 29 Abs.4 SEBG). Die Entscheidungszuständigkeit der Unternehmensführung über die Durchführung der Maßnahme wird dadurch nicht eingeschränkt (Auffangregelung Teil 2 c) Abs.4 SE-RL).

---

<sup>6</sup> Dem SE-BR sind über die Geschäftsberichte der SE hinaus die Tagesordnung aller Sitzungen des Leitungs- und des Aufsichts- und Verwaltungsorgans sowie Kopien aller Unterlagen, die der Hauptversammlung der Aktionäre vorgelegt werden, zu übermitteln (Auffangregelung Teil 2 b) SE-RL, § 28 SEBG).

Neben dieser sicherlich wichtigsten Stärkung der Rechte der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretung in der SE sind noch eine Reihe weiterer Abweichungen des SEBG gegenüber dem EBRG bemerkenswert, die teilweise ebenfalls zu einer Stärkung der Position der Arbeitnehmervertretung geführt haben. Hinzuweisen ist insbesondere auf folgende Veränderungen:

- Die Mitglieder des SE-BR haben im Unterschied zum den EBR-Mitgliedern einen Anspruch auf bezahlte Freistellung für **Fortbildungsmaßnahmen** (Auffangregelung Teil 2 g) SE-RL, § 31 SEBG).

- Im Unterschied zum EBRG hat der deutsche Gesetzgeber im SEBR von der Ermächtigung zur **Begrenzung der Kostentragungspflicht** für die Hinzuziehung von Sachverständigen durch die Arbeitnehmervertretung auf **einen Sachverständigen** keinen Gebrauch gemacht (vgl. Art. 5 Abs.6 Uabs.2 EBR-RL, § 16 Abs.1 S.2 und § 30 S.2 EBRG einerseits und Art.3 Abs.7 Uabs.2 SE-RL, §§ 19 und 33 SEBG). Angesichts der Notwendigkeit sachverständiger Betratung für die Europäischen Arbeitnehmervertretungsorgane und der hochgradig ungewissen (sachlichen oder zeitlichen?) Interpretation der Kostenbegrenzung auf einen Sachverständigen, ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber von diesem untauglichen Versuch einer Kostenbegrenzung nunmehr Abstand genommen hat.

- Im Unterschied zum EBRG können nach dem SEBG (§ 6 Abs.2 SEBG)

**Gewerkschaftsvertreter auch dann Mitglieder im BVG** sein, wenn sie **nicht Arbeitnehmer** der gründungsbeteiligten Gesellschaften sind. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass gerade auch externe Gewerkschaftsvertreter (insbesondere solche von Europäischen Gewerkschaftsorganisationen) eine herausragende Rolle beim Zustandekommen der EBR-Vereinbarungen gespielt haben (ca. 30% der Vereinbarungen sind von Gewerkschaften – teilweise zusätzlich zum BVG oder einer sonstigen Arbeitnehmervertretung - unterzeichnet worden).

Als eine besondere Crux des Rechts der EBR-Beteiligung haben sich **spätere strukturelle Veränderungen** des gemeinschaftsweit tätigen Unternehmens oder Konzerns ergeben. Sie führen wegen der Auswirkungen auf die Zusammensetzung des EBR regelmäßig zur Notwendigkeit von Nachverhandlungen bereits abgeschlossener EBR-Vereinbarungen (vgl. §§ 18 Abs.1 Nr.6, 36 Abs.2 EBRG). Mit zunehmender Flexibilität von Unternehmensstrukturen wird dadurch ein Großteil der Arbeitskapazität der EBR gebunden. Dieselbe Problematik steht auch für die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE zu erwarten (§ 25 SEBG). Sie wird hier noch dadurch verschärft, dass nachfolgende strukturelle Änderungen einer SE dazu führen können, dass diese aus dem **Anwendungsbereich** von **Mitbestimmungsregelungen herausfällt**. Die SE-RL hat dem in Erwägungsgrund 18 dadurch Rechnung zu tragen gesucht, dass sie das Vorher-Nachher-Prinzip des Mitbestimmungserhalts auch auf spätere strukturelle Veränderungen einer bereits gegründeten SE überträgt. Das deutsche Umsetzungsgesetz hat dies in § 18 Abs.3 SEBG aufgegriffen und für den Fall geplanter struktureller Änderungen, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, eine Verpflichtung zur Neuverhandlung der SE-Vereinbarung angeordnet. Verschärft wird diese Bestimmung durch das Missbrauchsverbot in § 43 SE-BG. Danach wird Missbrauch vermutet, wenn innerhalb eines Jahres nach Gründung einer SE strukturelle Änderungen stattfinden, die bewirken, dass den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte vorenthalten oder entzogen werden, ohne dass es zu Neuverhandlungen über die Beteiligungsvereinbarung gem. § 18 Abs.3 SEBG gekommen ist.

## 5. Bilanz

Gemessen an den Erwartungen und der Dauer bis zur schließlich erzielten Einigung erscheint die Mitbestimmung in der SE auf den ersten Blick als Fehlschlag. Von einer Vereinheitlichung sozialer Standards, gar „auf dem Wege des Fortschritts“, kann keine Rede

sein. Statt dessen werden „viele Blumen blühen“: Die „Europäische Aktiengesellschaft“ ist ein Kompromiss zur „Vielfalt in der Einheit“. Sie fällt von Land zu Land sowohl in ihrer gesellschafts- wie mitbestimmungsrechtlichen Verfassung anders aus und wird zudem noch je nach getroffener Mitbestimmungsvereinbarung unterschiedlich sein.

Der Preis für die Herstellung von Einigkeit ist symptomatisch für den Prozess der Europäischen Integration: Er stellt den Versuch dar, es buchstäblich allen Recht zu machen: Den Unternehmen, die auf maßgeschneiderte Verhandlungslösungen setzen. Den Arbeitnehmern, die ihre erworbenen Rechte gewahrt sehen wollen. Den Sozialpartnern, die ihre Traditionen der industriellen Beziehungen respektiert wissen wollen. Und den Nationalstaaten, die auf der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und ihrer nationalen Souveränitätsrechte bestehen. Dass der Versuch, es allen Recht machen zu wollen, nicht in der Vergeblichkeit der Quadratur des Kreises stecken bleibt, sondern einer Lösung zugeführt werden kann, ist das Geheimnis des Erfolges der Europäischen Einigung. Die Schwierigkeit der Aufgabe war offenbar die Voraussetzung für Entdeckungen, die unwahrscheinliche Lösungen möglich gemacht haben. Eine dieser Lösungen, typisch europäisch, ist das Prinzip der **verhandelten Mitbestimmung**. Auch wenn ihr eine Schlagseite zugunsten der Arbeitgeber anhaftet: Dadurch, dass im Fall des Scheiterns gesetzliche Auffanglösungen eingreifen, wird verhindert, dass die schwächere Seite allzu leichthändig über den Tisch gezogen werden kann.

Die Regeln zur Mitbestimmung in der SE kombinieren diese europäische Innovation der verhandelten Arbeitnehmerbeteiligung mit nationaler, nicht nur deutscher Tradition der **Mitbestimmungsbeibehaltung**. Das Resultat ist ein **Wettbewerb der Mitbestimmungsmodelle**. Welches von ihnen sich behauptet oder gar durchsetzt, ist gewiss eine ökonomische Frage. Aber nicht nur: Es geht auch um einen Wettbewerb der sozialen Modelle und der sie tragenden Ideen. In diesem Sinne gibt die EU die Aufgabe der positiven Integration an die europäische Gesellschaft und ihre Akteure zurück. Sie wird nur dann Erfolg haben, wenn sie dort noch hinreichend gute Anwälte findet.