

Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

Herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

13

Toni Benker

Die Gestaltung der Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)



Nomos

Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis
des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung)

Band 13

Toni Benker

Die Gestaltung der Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5677-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-9819-1 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis August 2018 berücksichtigt.

Ganz besonders danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Frank Maschmann, für die Betreuung der Arbeit, seine wertvollen Anregungen sowie die lehrreiche und schöne Zeit an seinem Lehrstuhl. Frau Prof. Dr. Dr. h. c. Monika Schlachter gilt mein herzlicher Dank für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, die freundliche Unterstützung und hilfreichen Hinweise. Herrn Prof. Dr. Reinhard Richardi danke ich für die Abnahme der mündlichen Prüfung und dafür, dass er uns in der Zeit am Lehrstuhl an seinem beeindruckenden arbeitsrechtlichen Wissen teilhaben ließ.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Rainer Sieg für die Einblicke in die Arbeitsweise eines Aufsichtsrats und Herrn Herrmann Brandl für motivierende Worte und instruktive Hinweise zur Praxis des Arbeitsrechts.

Der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung) danke ich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe und die großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Meiner Lebensgefährtin Monica und meiner Schwester Tina danke ich für die Geduld, Ermunterung und liebevolle Begleitung. Ich widme diese Arbeit meinen Eltern, in großer Dankbarkeit dafür, dass sie meine Ausbildung und die Anfertigung dieser Arbeit in jeglicher Hinsicht unterstützten.

Regensburg, im März 2019

Toni Benker

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	13
I. Vor- und Nachteile der Rechtsform SE	14
II. Zielsetzung der Arbeit	17
III. Gang der Untersuchung	17
B. Hauptteil	19
I. Grundlagen der Mitbestimmung	19
1. Rechtshistorische Ansätze für die SE	19
a. Erste Ansätze	20
b. Kommissionsentwurf 1970	20
c. Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigengruppe 1997	21
d. Kompromissvorschläge der Ratspräsidenschaften	23
e. Richtlinie 2001/86/EG, SEBG	24
2. Rechtsnatur der SE	25
3. Rechtlicher Rahmen	26
4. Organisationsstruktur der SE	29
a. Dualistisches System	29
aa. Rechtlicher Rahmen	30
bb. Aufgabe des Aufsichtsrats	30
b. Monistisches System	31
aa. Rechtlicher Rahmen	32
bb. Aufgabe des Verwaltungsrats	33
c. Zulässige Gründungsformen	33
5. Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE	35
a. Überblick	36
b. Rechtspolitische Diskussion zu der Verhandlungslösung	37
c. Anwendungsbereich des SEBG	39
aa. Persönlicher Anwendungsbereich	39
bb. Sachlich-räumlicher Anwendungsbereich	39
d. Formen der Beteiligung, Begriffsbestimmungen	40
aa. Mitbestimmung	41
bb. Unterrichtung	42
cc. Anhörung	42

dd. Sonstige Beteiligung	43
e. Abhängigkeit Handelsregistereintragung – Beteiligungsvereinbarung	44
f. Erforderlichkeit eines Verhandlungsverfahrens	46
g. Auffangregelung	50
aa. Bezugspunkt des „Vorher-Nachher-Prinzips“	50
bb. Bedeutung der Auffangregelung	52
cc. Rechtspolitische Bewertung der Auffangregelung	52
dd. Voraussetzungen für das Eingreifen der Auffangregelung	53
ee. Inhalt der Auffangregelung	54
(a) Unterrichtung und Anhörung	54
(i) Verhältnis SEBG – EBRG	55
(ii) Zusammensetzung des SE-Betriebsrats	56
(iii) Bildung des SE-Betriebsrats	56
(iv) Aufgabe des SE-Betriebsrats	56
(v) Rechtsfähigkeit des SE-Betriebsrats	57
(b) Mitbestimmung	58
(i) Verschmelzung	58
(ii) Errichtung einer Holding- oder Tochtergesellschaft	59
(iii) Umwandlung	61
(c) Sekundärgründung	74
(d) Allgemeine Vorschriften	75
h. Nichtaufnahme oder Abbruch von Verhandlungen	76
aa. Rechtliche Wirkung	76
bb. Bedeutung des Beschlusses	77
cc. Einschränkung bei Umwandlung	78
dd. Formelle und inhaltliche Anforderungen	79
II. Gestaltung der Mitbestimmung durch Vereinbarung	79
1. Überblick	80
2. Parteien der Beteiligungsvereinbarung	80
a. Partei auf Arbeitgeberseite	80
aa. Parteistellung	80
bb. Verhandlungsführung	82
cc. Leitung	82
b. Partei auf Arbeitnehmerseite	83
aa. Besonderes Verhandlungsgremium	84
(a) Bildung und Zusammensetzung des bVG	84
(b) Informationspflicht	86

(c) Amtszeit des bVG	87
(d) Aufgabe des bVG	88
(e) Rechtsfähigkeit des bVG	89
bb. SE-Betriebsrat	91
(a) SE-Betriebsrat als Partei der Beteiligungsvereinbarung	91
(i) § 18 Abs. 3 SEBG	91
(ii) § 26 SEBG	92
(iii) Regelung in der Beteiligungsvereinbarung	92
(b) SE-Betriebsrat als Rechtsnachfolger des bVG	93
cc. Europäischer Betriebsrat	94
3. Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit	95
a. Wohl des Unternehmens und der Arbeitnehmer	97
b. Anspruch auf Verhandlungen	97
4. Rechtsnatur der Vereinbarung	98
a. Tarifvertrag	99
b. Betriebsvereinbarung	101
c. Schuldrechtlicher Vertrag	102
d. Kollektivvertrag mit normativer Wirkung	104
aa. Kollektiver Charakter	104
bb. Vorliegen eines Vertrags	105
cc. Normative Wirkung	107
dd. Inhalte mit relativer Wirkung	109
5. Anwendbarkeit des BGB auf die Beteiligungsvereinbarung	110
6. Zustandekommen der Vereinbarung, formelle Anforderungen	113
a. Schriftformerfordernis	113
b. Mediation, Schlichtung	114
c. Beschlusserfordernis, Mehrheitserfordernisse	115
aa. Mehrheitsanforderungen im Regelfall	115
bb. Mehrheitsanforderungen bei Mitbestimmungsminderung	116
cc. Mehrheitsanforderungen für Beschluss gemäß § 16 SEBG	117
7. Auslegung der Beteiligungsvereinbarung	117
a. Mitbestimmungsfreundliche Auslegung	117
b. Allgemeine Auslegungsgrundsätze	118
c. Lückenschließung	119
III. Inhalt der Beteiligungsvereinbarung	120
1. Überblick	120

2. Art der Autonomie	121
a. Begriffsbestimmung „Autonomie“	122
b. Privatautonomie	123
c. Tarif- oder Betriebsautonomie	124
aa. Tarifautonomie	124
bb. Betriebsautonomie	125
d. Einordnung der Beteiligungsvereinbarung	126
aa. 1. Ansicht: Zuordnung zur Privatautonomie	127
bb. 2. Ansicht: Keine Zuordnung zur Privatautonomie	127
cc. Stellungnahme	129
e. Autonomie „sui generis“	130
3. Regelungsbereiche in der Beteiligungsvereinbarung	130
a. Räumlich-zeitlicher Geltungsbereich, Neuverhandlungspflicht	130
b. Beteiligung der Arbeitnehmer	130
aa. Unterrichtung, Anhörung	131
bb. Mitbestimmung	131
cc. Eigenständige Formen der Beteiligung	132
dd. Nationale Beteiligungsrechte	132
ee. Allgemeine Arbeitsbedingungen	133
4. Mitbestimmungsbezogene Reichweite der Vereinbarungsautonomie	134
a. Mitbestimmungsrelevanz als Voraussetzung	135
aa. 1. Ansicht: keine Bindung an Begriff der Mitbestimmung	135
bb. 2. Ansicht: Bindung an Begriff der Mitbestimmung	136
cc. Stellungnahme	137
dd. Auswirkung der Bindung an Mitbestimmungsbegriff	138
b. Begrenzung auf Arbeitnehmervertreter	139
c. Auffangregelung als gesetzgeberisches Leitbild	139
d. Bedeutung der Satzungsautonomie	140
aa. Satzungsautonomie	140
bb. Widerspruch zwischen Satzung und Vereinbarung	141
cc. Verhältnis von Vereinbarungs- zu Satzungsautonomie	142
(a) 1. Ansicht: Bindung an die Satzungsautonomie	142
(b) 2. Ansicht: keine Bindung an Satzungsautonomie	143
(c) 3. Ansicht: Differenzierung nach Bereichen	144
(d) Stellungnahme	145

5. Inhalte einer Mitbestimmungsvereinbarung im Einzelnen	147
a. Vereinbarung der Auffangregelung	147
aa. Vollständige oder partielle Vereinbarung	147
bb. Vereinbarung der Auffangregelung eines anderen Mitgliedstaates	148
cc. „Schweigen“ in der Beteiligungsvereinbarung	148
b. Verzicht auf Beteiligung	149
aa. Verzicht auf Unterrichtung und Anhörung	150
(a) 1. Ansicht: Unzulässigkeit des Verzichts	150
(b) 2. Ansicht: Zulässigkeit des Verzichts	152
(c) Stellungnahme	152
bb. Verzicht auf Mitbestimmung	154
(a) Zulässigkeit eines Verzichts	154
(b) Mehrheitserfordernis für einen Verzicht	156
(c) Absenken des Mitbestimmungsniveaus	157
c. Allgemeine Bestimmungen	157
aa. Sachlicher, räumlicher Geltungsbereich	158
bb. Zeitlicher Geltungsbereich	160
(a) Regelungen zum Inkrafttreten	160
(b) Regelungen zum zeitlichen Geltungsbereich	161
(c) Neuverhandlungspflicht	161
d. Mitbestimmung	161
aa. Notwendige Vereinbarungsinhalte	162
bb. Katalog des § 21 Abs. 3 S. 2 SEBG	165
(a) § 21 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SEBG	165
(i) Auffangregelung	165
(ii) Regelbarkeit durch Satzung	166
(iii) Regelbarkeit durch Beteiligungsvereinbarung	166
(b) § 21 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 SEBG	172
(i) Auffangregelung/gesetzlicher Rahmen	172
(ii) Regelung durch Beteiligungsvereinbarung	174
(c) § 21 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 SEBG	180
(i) Auffangregelung/gesetzlicher Rahmen	180
(ii) Regelung durch Satzung	182
(iii) „Rechte“	182
(d) Weitere denkbare Regelungsgegenstände	185
(i) Pflichten	186

(ii) Verlagerung der Mitbestimmung auf ein eigenständiges Gremium	186
(e) Einschränkung für die Gründung durch Umwandlung	189
(i) Keine Weitergeltung nationaler Mitbestimmungsregeln	190
(ii) Anteil der Arbeitnehmervertreter	191
(iii) Zahl der Arbeitnehmervertreter	191
(iv) Innere Struktur des Organs	194
(v) Weitere Gewährleistungsinhalte	195
IV. Wiederaufnahme von Verhandlungen	195
1. Neuverhandlungen gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 SEBG	196
a. Anspruch auf erneute Verhandlungen	196
b. Zeitliche Sperre	197
2. Neuverhandlungen bei strukturellen Änderungen, § 18 Abs. 3 S. 1 SEBG	197
a. Vorliegen einer strukturellen Änderung	198
aa. 1. Ansicht: restriktive Auslegung	198
bb. 2. Ansicht: weite Auslegung	200
cc. Stellungnahme	201
b. Eignung, Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern zu mindern	201
c. Einzelfälle	202
d. Festlegung struktureller Änderungen durch Beteiligungsvereinbarung	202
3. Wiederaufnahme gemäß § 26 Abs. 1 SEBG	203
4. Vereinbarte Wiederaufnahme von Verhandlungen	204
C. Schlussteil	205
I. Zusammenfassung zu Teil I	205
II. Zusammenfassung zu Teil II	206
III. Zusammenfassung zu Teil III	207
IV. Zusammenfassung zu Teil IV	209
Literatur	211

A. Einführung

Mit Inkrafttreten des Artikel-Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) am 29.12.2004 wurde die Möglichkeit geschaffen, Europäische Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland zu gründen. Die „Europäische Aktiengesellschaft“ bzw. „Societas Europaea“ (SE) wird als „Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrechts“¹ bezeichnet, da ihre Einführung ein seit Langem verfolgtes Anliegen der europäischen Mitgliedstaaten war. Die Einführung gestaltete sich insbesondere auch wegen der Unterschiedlichkeit der mitbestimmungsrechtlichen Traditionen in Europa als schwierig.²

Wesentliche Teile des SEEG sind das Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 (SE-VO) des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) und das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG). Das SEBG dient der Umsetzung der Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-RL) und ist die zentrale rechtliche Grundlage für die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE.

Entgegen zunächst anders gelagerter Erwartungshaltungen³ ist die Attraktivität der Rechtsform SE – auch für kleinere und mittlere Unternehmen⁴ – beträchtlich; so ist es bis zum 31.12.2017 zur Gründung von 491 Europäischen Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland gekommen

1 *Hopt*, ZIP 1998, 96, 99; *Junker*, EuZA 2013, 223, 225; *Löw/Stolzenberg*, NZA 2016, 1489; *Waclawik*, DB 2004, 1191, 1199.

2 Näher hierzu *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 83 ff.

3 *Hopt*, ZIP 2005, 461, 471.

4 *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2008, 721, 729; dies war zunächst bezweifelt worden, siehe *Krause*, EuZW 2003, 747, 750 m. w. N.; als besondere Rechtsform einer Kapitalgesellschaft für kleinere und mittlere Unternehmen wird die Einführung einer Europäischen Privatgesellschaft (Societas Privata Europaea, SPE) angestrebt, vgl. Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM (2008) 396, S. 2 ff.

A. Einführung

(davon 286 mit einer Beschäftigtenzahl von mehr als 5 Arbeitnehmern), europaweit wurden 2943 gegründet.⁵

I. Vor- und Nachteile der Rechtsform SE

In den Erwägungsgründen zur SE-VO sowie der Literatur wird auf eine Reihe von Vorteilen hingewiesen⁶, die mit der Rechtsform der SE verbunden sind. Ihr wird eine Attraktivität nicht nur für Großunternehmen attestiert, sondern sie stelle auch für kleinere und mittlere Unternehmen, die eine grenzüberschreitende Aktivität entfalten, eine interessante Rechtsformvariante dar.⁷

Durch die Einführung der SE sollte eine europäische Rechtsform geschaffen werden, für die in allen Mitgliedstaaten einheitliche Strukturprinzipien gelten, um so ein supranationales wirtschaftliches Tätigwerden zu erleichtern.⁸ In der Bewertung durch Unternehmen und Literatur bedeutet die Wahl der Rechtsform SE einen Imagegewinn, indem die Unternehmen als supranational agierende Gesellschaften nach außen hin wahrnehmbar werden.⁹ Ein weiteres gesetzgeberisches Anliegen war, eine grenzüber-

5 <http://www.worker-participation.eu/content/download/6230/103998/file/SE-FactsFigures-2018-03-13%20Bologna.pdf>, S.3f. (Stand 12./13.3.2018, Abruf am 31.5.2018).

6 Lutter/Hommelhoff/Teichmann/Lutter, Einl. SE-VO Rn.32 ff.; MüKo AktG/Oechsler/Mibaylova, Vor. Art. 1 SE-VO Rn. 7 ff.; Rosenbohm, Verhandelte Mitbestimmung, S. 175 ff. mit einer empirischen Auswertung von Motiven und Gestaltungsanliegen bei SE-Gründungen; Habersack, ZHR-Beiheft 2015, Heft 77, 9, 11 f.; vertiefend Spitzbart, RNotZ 2006, 369, 370 ff.

7 Beck'sches Notar-Hdb./Heckschen, D III, Rn.404; Habersack, ZHR-Beiheft 2015, Heft 77, 9, 14; Vorteile für mittelständische Unternehmen betonend zur Attraktivität für familiengeführte Unternehmen siehe Schubert, Unternehmensmitbestimmung SE & Co. KGaA, S. 25.

8 Vgl. Erwägungsgründe Nr. 1, 4, 6, 7, 10, 11 SE-VO; hierauf hinweisend auch Beck'sches Notar-Hdb./Heckschen, D III, Rn.381; Bock, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit, S. 19; Düwell/Sick, BetrVG, SE Rn. 5; Grundmann, Europ. Gesellschaftsrecht, Rn.1036; Schubert, Unternehmensmitbestimmung SE & Co. KGaA, S. 23; Habersack, ZHR-Beiheft 2015, Heft 77, 9, 11 f.

9 Bericht der Kommission über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001, SEK(2010) 1391, KOM(2010) 676 endgültig, S. 3; Bock, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit, S. 24; Rosenbohm, Verhandelte Mitbestimmung, S. 286 ff.; Saggasser/Bula/Brünger/Saggasser/Clasen, Umwandlungen, § 14 Rn. 10; Schubert, Unternehmensmitbestimmung SE & Co. KGaA, S. 23; Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2009, 845; Grätz/Kurzböck/Rosenberg, Der Konzern 2017, 113; Habersack,

schreitende Sitzverlegung zu ermöglichen und so die Mobilität der SE zu erhöhen.¹⁰ Nach bisherigem Recht setzte die Sitzverlegung von einem Mitgliedstaat in einen anderen eine Auflösung und Neugründung der Gesellschaft voraus. Da es hier zur Aufdeckung der stillen Reserven kommt, ist diese Art der Sitzverlegung auch aus steuerlichen Gründen wenig attraktiv.¹¹ Gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 2 SE-VO ist eine Auflösung und Neugründung bei der SE nicht erforderlich; hiernach ist eine identitätswahrende¹² Sitzverlegung möglich.¹³ Daneben wird als Vorteil der Rechtsform „SE“ genannt, dass für jeden Mitgliedstaat alternativ eine monistische oder dualistische Ausgestaltung der Gesellschaftsstruktur ermöglicht wird.¹⁴

ZHR-Beiheft 2015, Heft 77, 9, 12; *Hemeling*, SE in der praktischen Anwendung, S. 12; *Raiser*, in: FS Semler, S. 277, 279; *Wenz*, AG 2003, 185, 194 f.; *Wollburg/Banerjea*, ZIP 2005, 277.

- 10 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 24 SE-VO; *Bericht der Kommission* über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001, SEK(2010) 1391, KOM(2010) 676 endgültig, S. 4; MüKo AktG/*Oechsler/Mihaylova*, Vor. Art. 1 SE-VO Rn. 9; *Oechsler*, AG 2005, 373 ff. mit ausführlicher Erörterung des rechtlichen Rahmens einer Sitzverlegung; Beck'sches Notar-Handbuch/*Heckschen*, D III, Rn. 381; *Grundmann*, Europ. Gesellschaftsrecht, Rn. 1037; *Wollburg/Banerjea*, ZIP 2005, 277, 283; näher zur Sitzverlegung siehe *Bungert/Beier*, EWS 2002, 1, 5 f.; *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2008, 721 f. weisen darauf hin, dass durch die Aufgabe der Sitztheorie in den Entscheidungen des EuGH *Centros* (v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, AG 1999, 226 ff.), *Überseering* (v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, AG 2003, 37 ff.) und *Inspire Art* (v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, AG 2003, 680 ff.) ein Sitzwechsel von Gesellschaften mit nationalen Gesellschaftsformen erleichtert wurde, sodass sie in Bezug auf die Wahl der Rechtsform in Konkurrenz zur SE treten; vgl. hierzu auch *Braun*, JURA 2005, 150, 151 ff.; *Kübler*, ZHR 167 (2003), 222, 226; allgemein zur gesellschaftsrechtlichen Bedeutung dieser Entscheidungen *Zimmer*, NJW 2003, 3585 ff.
- 11 *Düwell/Sick*, BetrVG, SE Rn. 5; *Spitzbart*, RNotZ 2006, 369, 371; zu den steuerrechtlichen Konsequenzen einer Sitzverlegung in der SE siehe *Aßmann*, Steuerrechtliche Aspekte SE, S. 39 ff.; *Habersack/Drinhausen/Diekmann*, Art. 8 SE-VO Rn. 13.
- 12 MüKo AktG/*Oechsler*, Vor. Art. 1 SE-VO Rn. 9; *Habersack/Drinhausen/Diekmann*, Art. 8 SE-VO Rn. 4; *Sagasser/Bula/Brüniger/Sagasser/Clasen*, Umwandlungen, § 14 Rn. 11; *Habersack*, ZHR-Beiheft 2015, Heft 77, 9, 12.
- 13 Ebenso ist eine identitätswahrende Sitzverlegung möglich bei der Europäischen Wirtschaftlichen Vereinigung (EWIV), Art. 13 f. EWIV-VO, und der Europäischen Genossenschaft (SCE), Art. 7 SCE-VO.
- 14 *Lutter/Hommelhoff/Teichmann/Lutter*, Einl. SE-VO Rn. 34; MüKo AktG/*Oechsler/Mihaylova*, Vor. Art. 1 SE-VO Rn. 10; *Bock*, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit, S. 21 f.; *Rosenbohm*, Verhandelte Mitbestimmung, S. 288; *Habersack*, ZHR-Beiheft 2015, Heft 77, 9, 12, 14; zur Attraktivität des monistischen Systems für Gesellschaften in Konzernstrukturen *Lächler*, Konzernrecht SE, S. 44 ff.

Als mitentscheidender Faktor für die Wahl der Rechtsform der SE wird auch die Ausgestaltung des Systems der Mitbestimmung gewertet: Dieses wird insofern für attraktiv gehalten, als es im Rahmen der Verhandlungslösung individuell ausgestaltet werden kann¹⁵ und unter Umständen die Möglichkeit bietet, ein bestimmtes Niveau an Mitbestimmung „einzufrieren“, da Veränderungen in der Arbeitnehmerzahl hierfür im Grundsatz unbeachtlich sind.¹⁶ Ferner wird als Vorteil der SE angeführt, dass sie die Möglichkeit zur Verkleinerung des Aufsichtsorgans bietet, insbesondere zur Erleichterung einer effektiven Diskussionsführung.¹⁷

Ein wesentlicher Kritikpunkt, der in Bezug auf die Ausgestaltung des Statuts der SE vorgebracht wird, ist, dass das Verfahren zur Gründung, und insbesondere auch dasjenige zur Ausgestaltung der Beteiligung der Arbeitnehmer, sehr zeitaufwändig und komplex sei, was zu erheblichen Gründungskosten führe.¹⁸ Zudem sei durch die Einführung der SE zwar eine gewisse Rechtsvereinheitlichung gelungen, jedoch bestünden teils erhebliche Unterschiede bei nationalen Umsetzungsgesetzen, sodass die Vereinheitlichung nur sehr unvollkommen erfolgt sei.¹⁹

15 Näher zu den hiermit verbundenen Vorteilen und Kritikpunkten hierzu siehe B.I.5.b.

16 Bock, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit, S. 22; Rosenbohm, Verhandelte Mitbestimmung, S. 287; Götze/Winzer/Arnold, ZIP 2009, 245, 251 mit beispielhafter Konstellation; Grätz/Kurzböck/Rosenberg, Der Konzern 2017, 113; Habersack, ZHR-Beiheft 2015, Heft 77, 9, 14, 16 f.; Müller-Bonanni/Müntefering, BB 2009, 1699, 1702; Schockenhoff, AG 2012, 185, 192.

17 Bock, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit, S. 21; Moelgen, Unternehmensüberwachung SE, S. 15 f.; Rosenbohm, Verhandelte Mitbestimmung, S. 288; Habersack, ZHR-Beiheft 2015, Heft 77, 9, 12, 15 f. mit einem Überblick zu Unternehmen, die diese Gestaltungsoption nutzen, auf S. 15 f.

18 Bericht der Kommission über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001, SEK(2010) 1391, KOM(2010) 676 endgültig, S. 5, 7 f.; zur Arbeitnehmerbeteiligung siehe auch Mitteilung der Kommission zur Überprüfung der RL 2001/86/EG, KOM(2008)591 endgültig, S. 9; Maack, Rechtsschutz SE, S. 32; Brandes, ZIP 2008, 2193, 2194; siehe auch Reichert, in: Müller-Graff/Teichmann, Europäisches Gesellschaftrecht auf neuen Wegen, S. 125, 128.

19 Mitteilung der Kommission zur Überprüfung der RL 2001/86/EG, KOM (2008) 591 endgültig DE, S. 9; in diesem Sinne auch Hemeling, SE in der praktischen Anwendung, S. 6; diese Kritik voraussetzend zu entkräften dürfte das Anliegen des Erwägungsgrundes Nr. 5 der SE-RL gewesen sein: „Angesichts der in den Mitgliedstaaten bestehende Vielfalt an Regelungen und Gepflogenheiten für die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Beschlussfassung in Gesellschaften ist es nicht ratsam, ein auf die SE anwendbares einheitliches europäisches Modell der Arbeitnehmerbeteiligung vorzusehen.“; darauf hinweisend, dass die Unterschiede in den nationalen Ausgestaltungen Optionen im Zusammenhang mit der Sitzwahl bie-

II. Zielsetzung der Arbeit

Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt auf der Mitbestimmung in der SE. Der Begriff der „Mitbestimmung“ im Kontext der SE entspricht dabei demjenigen der „Unternehmensmitbestimmung“ nach deutschem Begriffsverständnis. Das System der Mitbestimmung in der SE ist von zwei ineinandergreifenden Strukturprinzipien geprägt: dem Vorrang der Verhandlungslösung gegenüber der gesetzlichen Ausgestaltung der Beteiligung und dem Bestandsschutz bezüglich der Beteiligungsrechte an Unternehmensentscheidungen, die in den an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften bestanden hatten („Vorher-Nachher-Prinzip“).

Als Mittel zur Ausgestaltung der Verhandlungslösung ist der Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung zwischen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite vorgesehen. Da im Rahmen einer Beteiligungsvereinbarung regelmäßig die Mitbestimmung sowie der Bereich der Unterrichtung und Anhörung zusammen geregelt werden und teilweise Verknüpfungen bestehen, soll auch Letztere überblicksartig dargestellt werden. Die Bezeichnung „Mitbestimmungsvereinbarung“ wird dabei für den auf die Mitbestimmung bezogenen Teil der Beteiligungsvereinbarung verwendet.

Im Kern der Arbeit stehen die Grundlagen der Beteiligungsvereinbarung und die im Rahmen der Vereinbarungslösung für die Mitbestimmung bestehenden Gestaltungsspielräume. Dabei wird die inhaltliche Reichweite zunächst durch Herausarbeitung allgemeiner Grundsätze „vermessen“. Sodann werden beispielhaft typische Gegenstände einer Mitbestimmungsvereinbarung behandelt.

Die Arbeit konzentriert sich auf die dualistisch verfasste SE mit Sitz in Deutschland. Auf die besonderen Probleme einer monistischen SE wird nur überblicksartig eingegangen. Auch die Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit der Gründung einer Vorrats-SE stellen, werden nur angedeutet.

III. Gang der Untersuchung

In Teil I werden die Grundlagen der Mitbestimmung in der SE dargestellt. Die Arbeit geht dabei insbesondere auf den rechtlichen Rahmen, die

ten („regulatorische Arbitrage“) Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2008, 721, 722, 729; zu einer weitreichenden Rechtsvereinheitlichung als wünschenswertes Ziel siehe Raiser, in: FS Semler, S. 277, 278.

A. Einführung

Struktur der SE und die zulässigen Gründungsformen ein. Nachdem das System der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE skizziert wurde, werden das Verhandlungsverfahren zum Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung dargestellt sowie die gesetzliche Auffangregelung erläutert, die insbesondere dann zur Anwendung gelangt, wenn sich die Parteien nicht auf eine Beteiligungsvereinbarung verständigen können.

Teil II behandelt wesentliche Grundsätze für die Beteiligungsvereinbarung, die für ihr Zustandekommen, ihre Rechtsnatur und ihre Auslegung von Bedeutung sind.

Teil III widmet sich dem Inhalt einer Beteiligungsvereinbarung. Dort wird ein Überblick über zulässige Regelungsbereiche gegeben. Den Schwerpunkt bildet die Reichweite der Vereinbarungsautonomie bezogen auf die Mitbestimmung. Hierzu werden zunächst allgemeine Grundsätze herausgearbeitet. Sodann werden die einzelnen zulässigen Inhalte einer Beteiligungsvereinbarung im Bereich der Mitbestimmung dargestellt. Dabei werden die Beschränkungen der Vereinbarungsautonomie bei der Gründung einer SE durch Umwandlung berücksichtigt.

In Teil IV wird ein Überblick darüber gegeben, in welchen Fällen eine Wiederaufnahme von Verhandlungen zum Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung zu erfolgen hat.

Im Schlussteil erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit.

B. Hauptteil

I. Grundlagen der Mitbestimmung

Im Folgenden werden zunächst wesentliche Grundsätze herausgearbeitet, die für das Verständnis des Systems der Beteiligung und im Besonderen der Mitbestimmung in der SE von Bedeutung sind.

1. Rechtshistorische Ansätze für die SE

Die Einführung der SE als europäische Gesellschaftsform war über Jahrzehnte hinweg Gegenstand von Diskussionen.²⁰ Besonders kontrovers wurde dabei seit jeher die Frage der Arbeitnehmerbeteiligung behandelt, da in den einzelnen Mitgliedstaaten hierzu sehr unterschiedliche Beurteilungen und Rechtstraditionen bestehen.²¹ So ist etwa in Deutschland im europäischen Vergleich die Mitbestimmung der Arbeitnehmer sehr stark ausgestaltet, in anderen Ländern hingegen ist eine Unternehmensmitbestimmung entweder überhaupt nicht oder in deutlich schwächerer Form vorgesehen.²² Um zu einem für alle Mitgliedstaaten tragfähigen Konzept zu gelangen, wurden verschiedene Kompromissvorschläge unterbreitet und unterschiedliche Gestaltungsansätze verfolgt. Die historische Entwicklung ist für das Verständnis des geltenden Systems der Mitbestimmung in der SE und für die Auslegung der maßgeblichen Rechtsvorschriften von großer Bedeutung. Im Folgenden wird daher ein knapper Überblick über die einzelnen Regelungsansätze gegeben.²³

20 *Güntzel*, Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE, S. 18 ff.; *Mävers*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 87 ff.

21 *Spitzbart*, RNotZ 2006, 369, 374.

22 Für einen Überblick über die mitbestimmungsrechtliche Situation in den jeweiligen Mitgliedstaaten siehe Anhang III zum Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigengruppe, BR-Drs. 572/97, S. 24 ff.; *Figge*, Mitbestimmung auf Unternehmensebene, S. 74 ff.; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, Einl. Rn. 61 ff.; *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 83 ff.; *Kalss*, ZGR 2000, 819, 848 f.; *Rebhan*, NZA 2001, 763 ff.

23 Eine ausführliche Darstellung findet sich etwa bei *Calle Lambach*, Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE, S. 19 ff.; *Güntzel*, Richtlinie über die Arbeitnehmerbetei-

B. Hauptteil

a. Erste Ansätze

Bereits in den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts entwickelte sich in Europa die Idee, eine einheitliche europäische Gesellschaftsform zu schaffen.²⁴ In der Folge wurden diese Vorstellungen vom Europarat aufgegriffen, der 1949 und 1952 Entwürfe zur Einführung einer transnationalen Kapitalgesellschaft vorlegte.²⁵ Der Anwendungsbereich sollte hiernach auf Gesellschaften begrenzt werden, deren Gesellschaftszweck in der Verwaltung öffentlicher Dienstleistungen oder der Durchführung öffentlicher Arbeiten bestand.²⁶

b. Kommissionsentwurf 1970

Der erste Kommissionsentwurf für eine Verordnung zur Einführung der SE datiert aus dem Jahre 1970.²⁷ Auf der Grundlage eines Vorentwurfs von *Sanders*, den dieser im Auftrag der Europäischen Kommission ausgearbeitet hatte²⁸, erstellte die Europäische Kommission den Entwurf einer Verordnung zur Einführung der SE. Die Mitbestimmung in dieser sollte hiernach europaweit einheitlich ausgestaltet sein. Vorgesehen war eine drittelparitätische Besetzung des Aufsichtsorgans.²⁹ Die Unterschiedlichkeit der mitbestimmungsrechtlichen Traditionen in den Mitgliedstaaten der EU führte jedoch dazu, dass sich dieser Entwurf nicht durchsetzen konnte. In

ligung in der SE, S. 17 ff.; *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 89 ff.; *Mävers*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 87 ff.; *Steinberg*, Mitbestimmung SE, S. 42 ff.; *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424 ff.

24 *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 89 f.; *Veelken*, in: Gedächtnisschrift Blomeyer, S. 491, 495 betont, dass diese Zielsetzung neben anderen Kernaspekten Konstante im Prozess der Einführung der SE war.

25 *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 90; *Mävers*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 87; *Steinberg*, Mitbestimmung SE, S. 42.

26 *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 90; *Steinberg*, Mitbestimmung SE, S. 42.

27 Vorschlag einer Verordnung des Rates über das Statut für europäische Aktiengesellschaften v. 30.6.1970, ABl. Nr. C 124 v. 10.10.1970, S. 1 ff., KOM(70)600 endgültig.

28 *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 95.

29 *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 99; *Mävers*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 114 f.; *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424; *Veelken*, in: Gedächtnisschrift Blomeyer, S. 491, 508 f.

der Folge wurden weitere Entwürfe vorgelegt und Kompromissvorschläge erarbeitet, die aber nicht zuletzt – wie bereits der Entwurf von 1970 – an der Frage der Mitbestimmung scheiterten.³⁰

c. Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigen­gruppe 1997

Maßgeblichen Anteil daran, dass schließlich eine Einigung zwischen den Mitgliedstaaten der EU zustande kam, hatte der Abschlussbericht³¹ der Davignon-Sachverständigen­gruppe „Europäische Systeme der Beteiligung der Arbeitnehmer“ aus dem Jahre 1997. Die Sachverständigen­gruppe war Ende 1996 unter Leitung des Präsidenten der Société Générale de Belgique, Etienne Davignon, von der Europäischen Kommission eingesetzt worden.³² Diese sollte Lösungsansätze finden, um im Bereich der Mitbestimmung zu einem tragfähigen Kompromiss zu gelangen.³³

Als zentrales Regelungsinstrument war in dem Vorschlag eine Verhandlungslösung vorgesehen, nach der die Mitbestimmung zwischen den Sozialpartnern frei verhandelbar sein sollte.³⁴ Dieser konzeptionelle Ansatz wurde aus der Richtlinie über Europäische Betriebsräte³⁵ vom 22.9.1994 übernommen.³⁶ Die Verfasser des Berichts der Sachverständigen­gruppe sahen als wesentliche Vorteile dieses Systems insbesondere, dass so den Interessen der an der Gründung der SE Beteiligten und den Umständen des Einzelfalls am besten Rechnung getragen würde.³⁷ Darüber hinaus könnten die unterschiedlichen Unternehmenskulturen und die Besonderheiten

30 Zu den Einzelheiten vgl. *Mävers*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 132 ff.

31 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigen­gruppe, BR-Drs. 572/97.

32 *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 115.

33 *Grundmann*, Europ. Gesellschaftsrecht, Rn. 1034.

34 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigen­gruppe, BR-Drs. 572/97, S. 13 (Nr. 56); siehe hierzu auch *Grundmann*, Europ. Gesellschaftsrecht, Rn. 1034.

35 „Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen“, ABl. Nr. L 254, S. 64 ff.; neugefasst durch RL 2009/38/EG vom 6.5.2009, ABl. Nr. L 122 S. 28 ff.

36 *Thüsing*, ZIP 2006, 1469, 1470.

37 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigen­gruppe, BR-Drs. 572/97, S. 10, 21 (Nr. 41 f., 95).

der Mitgliedstaaten der EU Berücksichtigung finden.³⁸ Nur für den Fall, dass keine Einigung zustande käme, sollte eine Auffangregelung eingreifen. Danach sollte ein Fünftel der Sitze im Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat der SE der Arbeitnehmerseite vorbehalten sein.³⁹ Die Verfasser des Berichts sprachen sich dezidiert gegen Mindeststandards für die Mitbestimmung aus. Sie sahen die Verhandlungen als ein geeignetes Instrument an, dem jeweiligen nationalen Mitbestimmungssystem und der spezifischen Situation in der zu gründenden SE optimal Rechnung zu tragen. Daher seien Beschränkungen der Autonomie der Parteien zu vermeiden, zumal sich diese durch die Auffangregelung in einer sicheren Ausgangsposition für Verhandlungen befänden.⁴⁰ Im Abschlussbericht wurden Vorschläge bzgl. der möglichen Inhalte der Vereinbarung unterbreitet, es wurde jedoch erneut betont, dass die Aufzählung lediglich exemplarischen Charakter habe; welche Gegenstände im Einzelnen vereinbart werden, obliege der Autonomie der Parteien.⁴¹ Nicht abschließend beantwortet wurde die Frage, wie das Gremium ausgestaltet werden solle, das für die Arbeitnehmerseite die Verhandlungen führt und die Beteiligungsvereinbarung abschließt. Erwogen wurde, die Europäischen Betriebsräte, die in den an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften bestehen, in das Verfahren einzubeziehen.⁴² Für die Zusammensetzung des Gremiums wurde verlangt, dass maßgeblich sein müsse, wie viele Arbeitnehmer von dem einzelnen Mitglied vertreten werden (Proportionalität).⁴³ Daneben habe aber auch ein „geographisches Kriterium“ Berücksichtigung zu finden.⁴⁴

Die Gründung einer SE sollte im Wege der Verschmelzung zweier Gesellschaften und durch die Gründung einer Holding- bzw. einer gemeinsamen Tochtergesellschaft erfolgen können. Nicht vorgesehen war die Grün-

38 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigengruppe, BR-Drs. 572/97, S. 20 f. (Nr. 94 c).

39 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigengruppe, BR-Drs. 572/97, S. 18 (Nr. 83).

40 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigengruppe, BR-Drs. 572/97, S. 13 (Nr. 57).

41 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigengruppe, BR-Drs. 572/97, S. 14 (Nr. 66).

42 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigengruppe, BR-Drs. 572/97, S. 14 (Nr. 62).

43 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigengruppe, BR-Drs. 572/97, S. 14 (Nr. 61).

44 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigengruppe, BR-Drs. 572/97, S. 14 (Nr. 61).

dung durch Umwandlung.⁴⁵ Als Begründung hierzu findet sich in dem Abschlussbericht lediglich der Hinweis, dass die drei genannten Gründungsvarianten „*bei den betroffenen Parteien das größte Interesse hervorrufen*“⁴⁶. Tragender Grund für die Nichtberücksichtigung dieser Gründungsmodalität dürfte jedoch die weit verbreitete Befürchtung gewesen sein, dass die Gründung einer SE gezielt eingesetzt werden könnte, um die Mitbestimmung zu vermeiden.⁴⁷

d. Kompromissvorschläge der Ratspräsidentenschaften

Die Vorschläge in dem Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigen-Gruppe fanden unter den Mitgliedstaaten prinzipiell Zustimmung, in Einzelfragen wurden jedoch weiterhin unterschiedliche Positionen vertreten. Uneinigkeit bestand insbesondere hinsichtlich der Frage, wie die Auffangregelung ausgestaltet werden sollte. Gerade auch Deutschland setzte sich für eine starke Ausgestaltung der Mitbestimmungsrechte in der Auffangregelung ein, wohingegen andere Länder selbst mit der – am deutschen Recht gemessen – recht zurückhaltenden Regelung nicht einverstanden waren.⁴⁸ In der Folge wurden auf Initiative verschiedener Ratspräsidentenschaften Kompromissvorschläge unterbreitet.⁴⁹ In einem Entwurf Großbritanniens⁵⁰ war erstmals eine Vorher-Nachher-Betrachtungsweise enthalten, die auch bei der späteren Richtlinie 2001/86/EG zugrunde gelegt wurde. Hiernach sollte – orientiert an der Mitbestimmungssituation in den an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften – ein gewisser Bestandsschutz für die bestehenden Mitbestimmungsrechte vermittelt werden.⁵¹

45 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigen-Gruppe, BR-Drs. 572/97, S. 10, 20 (Nr. 42, 94 b).

46 Abschlussbericht der Davignon-Sachverständigen-Gruppe, BR-Drs. 572/97, S. 20 (Nr. 94 b).

47 *Blanke*, EBRG, Teil A Rn. 62.

48 *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 117.

49 *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 117.

50 Zu Einzelheiten des Entwurfs vgl. *Steinberg*, Mitbestimmung SE, S. 51 ff.; siehe auch *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 117 f.; *Mävers*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, S. 320 ff.

51 *Kraft*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, S. 117.