

Prof. Dr. Bernhard Nagel

Kassel, den 04. Juli 2007

Umwandlung in SE 07 schluss 3

**Die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer bei der formwechselnden Umwandlung einer deutschen AG in eine Europäische Gesellschaft (SE)**

*Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung*

erstattet von

**Prof. Dr. Bernhard Nagel**

## **Gliederung**

1. Ausgangspunkt: Strenger Bestandsschutz der Arbeitnehmerbeteiligung

2. Spielräume der Beteiligungsvereinbarung

a) Auslegungsgrundsätze

b) SE-Betriebsrat

c) Wahlverfahren

d) Aufsichtsrat

*aa) Ausmaß der Arbeitnehmervertretung und Zahl der Mitglieder*

*bb) Innere Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank*

*cc) Mindestgröße*

*dd) Vorsitz, Wahl und Stimmrechte*

*ee) Gesetzliche Rechte*

*ff) Rechte kraft Satzung, Ausschüsse*

*gg) Wechsel in die Verwaltungsverfassung*

e) Vorstand

*aa) Die AG unterfiel dem Mitbestimmungsgesetz von 1976*

*bb) Die AG unterfiel dem Drittelbeteiligungsgesetz von 2004*

*cc) Die AG unterfiel der Montanmitbestimmung von 1951*

3. Beteiligung kraft Gesetzes

a) SE-Betriebsrat

b) Aufsichtsrat und Verwaltungsrat

c) Sonstige Beteiligung

4. Zusammenfassung

## 1. Ausgangspunkt: Strenger Bestandsschutz der Arbeitnehmerbeteiligung

Die Verordnung 2157/2001 EG über das Statut der Europäischen Gesellschaft (nachfolgend abgekürzt SE-VO) und die Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung dieses Statuts hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (nachfolgend als Richtlinie abgekürzt) sind beide am 10. 11. 2001 im Amtsblatt der EG veröffentlicht worden.<sup>1</sup> Inhalt der Verordnung und der Richtlinie ist die Schaffung einer neuen supranationalen Gesellschaftsform, die sich am Vorbild der nationalen Regelungen der Mitgliedstaaten zum Aktienrecht ausrichtet. In Artikel 2 der SE-VO werden neben den Gründungsmöglichkeiten der Verschmelzung, der Bildung einer Holding und der Bildung einer Tochter auch die Möglichkeit der Umwandlung (formwechselnden Umwandlung) einer Aktiengesellschaft mit Sitz und Hauptverwaltung in einem EU-Mitgliedstaat in eine Europäische Gesellschaft (Societas Europaea, SE) aufgeführt. Voraussetzung ist, dass die Aktiengesellschaft seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft besitzt.

Zur Sicherung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmerseite entscheidet sich der europäische Verordnungs- beziehungsweise Richtlinienggeber für die Verhandlungslösung, die dem Vorbild der Errichtung europäischer Betriebsräte folgt. Diese Verhandlungslösung soll das Dilemma bewältigen, das in der Vielfalt der Beteiligungs- und Mitbestimmungskonzepte in den Mitgliedstaaten besteht. Es soll berücksichtigt werden, dass die einzelnen in der Verordnung geregelten Gründungsmöglichkeiten einer SE unterschiedliche Auswirkungen auf die beteiligten Gesellschaften und damit auch auf die dort bestehenden Beteiligungsrechte und –verfahren der Arbeitnehmer haben.

Wird die SE im Zuge der Umwandlung (formwechselnden Umwandlung) gegründet, so entscheidet sich der Verordnungs- beziehungsweise Richtlinienggeber für einen strengen Bestandsschutz. In Artikel 4 Absatz 4 der Richtlinie ( Inhalt der Vereinbarung) heißt es:

Unbeschadet des Artikels 13 Abs. 3 Buchstabe a muss in der Vereinbarung im Falle einer durch Umwandlung gegründeten SE **in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden**, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll.

---

<sup>1</sup> Verordnung, ABIEG L 294 vom 10. 11. 2001 S. 1 und Richtlinie ABIEG L 294 vom 10. 11. 2001 S. 22

Sollten die Verhandlungen um eine Beteiligungsvereinbarung in der SE scheitern, greift der Verordnungs- beziehungsweise Richtlinienggeber zu einer ebenso strengen Auffangregelung. In Artikel 7 Abs. 1 der Richtlinie (Auffangregelung) heißt es:

Zur Verwirklichung des in Artikel 1 festgelegten Ziels führen die Mitgliedstaaten unbeschadet des nachstehenden Absatzes 3 **eine Auffangregelung zur Beteiligung der Arbeitnehmer ein, die den im Anhang niedergelegten Bestimmungen genügen muss.**

Für die formwechselnde Umwandlung, für die Art. 7 Absatz 3 keine Anwendung findet, bedeutet dies, dass nach Teil 3 Buchstabe a folgendes gilt:

Fanden im Falle einer durch Umwandlung gegründeten SE Vorschriften eines Mitgliedstaats über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Verwaltungs- oder im Aufsichtsorgan vor der Eintragung Anwendung, **so finden alle Komponenten der Mitbestimmung der Arbeitnehmer weiterhin Anwendung.** Buchstabe b gilt diesbezüglich sinngemäß.

Buchstabe b regelt folgendes:

In den Fällen der Gründung einer SE haben die Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe und/oder ihr Vertretungsorgan das Recht, einen Teil der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans der SE zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen, wobei die Zahl dieser Mitglieder sich nach dem höchsten maßgeblichen Anteil in den beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bemisst.

Bestanden in keiner der beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE Vorschriften über die Mitbestimmung, so ist die SE nicht verpflichtet, eine Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer einzuführen. Unabhängig von der Zahl und der Verteilung der betroffenen Arbeitnehmer auf die Mitgliedstaaten der EU bedeutet dies, dass die SE, die durch Umwandlung entsteht, denselben Mitbestimmungsstandard wie die Aktiengesellschaft enthalten muss, aus der sie hervorgegangen ist.

Die Verordnung wurde in Deutschland durch das SE-Ausführungsgesetz (SEAG) ergänzt, die Richtlinie durch das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) umgesetzt. Beides wurde in einem Artikelgesetz zusammengefasst, dem Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Verkündet am 28. 12. 2004, in Kraft getreten am 29. 12. 2004, BGBl. I S. 3675

Der strenge Bestandsschutz gilt sowohl dann, wenn eine Beteiligung der Arbeitnehmerseite kraft Vereinbarung (vgl. § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG) zustande kommt, als auch, wenn sich die Verhandlungsparteien innerhalb der Verhandlungsfrist (vgl. § 20 SEBG) nicht auf eine Vereinbarung verständigen können und die Sicherung der Beteiligung der Arbeitnehmer kraft Gesetzes greift (vgl. §§ 22 ff., 34 f. SEBG). Es ergeben sich im SEBG aber insofern Unterschiede, als in § 21 Abs. 6 Satz 1 nur die Formulierung der Richtlinie übernommen wurde, wonach zumindest das gleiche Ausmaß in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung gesichert werden muss, während nach § 35 Abs. 1 im Falle des Scheiterns der Verhandlungen bei einer formwechselnden Umwandlung die Regelung zur Mitbestimmung erhalten bleibt, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat.

Die Sicherung der Arbeitnehmerbeteiligung bezieht sich auf alle Komponenten, d. h. auf die Unterrichtung, Anhörung und Mitbestimmung sowie auf alle sonstigen Formen der Beteiligung bezogen auf die Gesellschaft, aus der die SE hervorgehen soll. Dies bedeutet eine Vorgabe für die Verhandlungen nach § 21 SEBG, die sowohl die sogenannte betriebliche Mitbestimmung (Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer) als auch die Unternehmensmitbestimmung (die deutsche Unternehmensmitbestimmung heißt nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 8 SEBG „Mitbestimmung“) umfasst.

Die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht sieht in § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG vor, dass die Vereinbarung „zumindest das gleiche Ausmaß“ in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung gewährleisten muss wie in der ursprünglichen Aktiengesellschaft.<sup>3</sup> Es ist fraglich, was dies sowohl für die betriebliche Mitbestimmung als auch für die Unternehmensmitbestimmung bedeutet. Eine Unklarheit rührt insbesondere daraus her, dass bei einer gemeinschaftsweit tätigen Gesellschaft die Repräsentanten der deutschen Arbeitnehmer in aller Regel weniger als 100 % der Repräsentanten aller von der Umwandlung betroffenen Arbeitnehmer stellen. Es fragt sich, wie alle Komponenten der Mitbestimmung und Mitwirkung geschützt werden sollen, wenn ein Teil der Repräsentanten aus anderen Mitgliedstaaten kommt, in denen die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in den Unternehmen und Betrieben zum Teil völlig anders geregelt sind als in Deutschland.

---

<sup>3</sup> So ausdrücklich auch Reg. Begr., BT-Drucks. 15/3405, S. 52 sowie im Schrifttum z. B. *Jacobs*, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2006, § 21 SEBG Rn. 21; *Joost*, in: *Oetker/Preis*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), B 8200, Rn. 122; *Oetker*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zur SE, 2007, § 21 Rn. 34 und *Freis* in *Nagel/Freis/Kleinsorge*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE, 2005, Rn. 31 zu § 21

Um die Hintergründe der Rechtssetzung in Sachen Europäische Gesellschaft auszuleuchten, lohnt sich ein Blick in die Rechtssetzungsgeschichte. Bereits im Jahre 1966 hatte eine von der Europäischen Kommission beauftragte Sachverständigengruppe unter Vorsitz des Niederländers Pieter Sanders den Vorentwurf zu einer Europäischen Aktiengesellschaft erarbeitet.<sup>4</sup> Der auf dieser Grundlage von der Kommission erstellte Verordnungsentwurf verfolgte das Ziel eines komplett eigenständigen europäischen Regelwerks, das ohne Verweisungen auf das jeweilige nationale Aktienrecht der Mitgliedstaaten auskommen sollte. Er entschied sich für die Vorstands-/Aufsichtsratslösung nach dem Vorbild des deutschen Aktiengesetzes und darin für eine Drittelbeteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.<sup>5</sup> Nach mehreren gescheiterten Entwürfen setzte die Europäische Kommission im Jahre 1996 eine Expertengruppe ein, welche die unterschiedlichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungssysteme in den EU-Mitgliedstaaten analysieren und Vorschläge über die Ausgestaltung der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE erarbeiten sollte. Die Sachverständigengruppe unter Vorsitz des ehemaligen Vizepräsidenten der Kommission, Davignon, kam zu folgenden wesentlichen Ergebnissen:

Die Gründungsgesellschaften sollten aus mindestens zwei Mitgliedstaaten bestehen. Als Gründungsformen sollten nur die Verschmelzung, die Bildung einer Holding-Gesellschaft und die Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft in Betracht kommen. Aufgrund der erheblichen Unterschiede der nationalen Systeme der Arbeitnehmerbeteiligung sollte die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE durch Verhandlungen zwischen der Seite der Leitungen und der Seite der Arbeitnehmer gelöst werden. Eine Auffangregelung über die Information, die Anhörung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer sollte dann eingreifen, wenn die Verhandlungen nicht zu einem einvernehmlichen Ergebnis führen.<sup>6</sup> Die Arbeitnehmerseite sollte durch mindestens zwei Personen im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat repräsentiert sein.

In den folgenden Verhandlungen auf der Ebene des Rats wurden unter luxemburgischer und britischer Präsidentschaft die wesentlichen Punkte des Berichts der Davignon-Kommission beibehalten. Während die Davignon-Kommission allerdings vorgeschlagen hatte, dass in je-

---

<sup>4</sup> Vgl. hierzu die Veröffentlichung der Europäischen Kommission in: Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb, Nr. 6, Brüssel 1967

<sup>5</sup> Erster geänderter Vorschlag einer Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft vom 30. 4. 1975, Kom. Dok. (75), 150 endg, abgedr. In BT-Drucks. 7/3713

<sup>6</sup> Vgl. Abschlussbericht der Kommission Nr. 94, abgedruckt in Bundesratsdrucksache 527/97 vom 6. 8. 1997; vgl. ferner zur Entstehungsgeschichte *Kleinsorge* in Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft-SE, 2005 Einführung Rn. 7-10

dem Fall als Auffanglösung zwei Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat der SE Sitz und Stimme haben sollten, setzten sich im Laufe der Verhandlungen die britischen Vorstellungen durch, wonach der Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsrat nicht schematisch und europaweit einheitlich bestimmt werden sollte, sondern sich nach der Qualität der Mitbestimmung der an der SE beteiligten Unternehmen richten sollte. Erstmals wurden auch Regelungen über die Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft in eine SE aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht geprüft. Auf der Grundlage des britischen Vorschlags konnten unter der österreichischen und deutschen Präsidentschaft die noch ausstehenden Fragen über die Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums der Arbeitnehmerseite, die notwendigen Mehrheiten und Schwellenwerte für das Verhandlungsverfahren und die Frage, ab welchen Schwellenwerten die Auffangregelung automatisch zur Anwendung kommen sollte, für alle Mitgliedstaaten außer Spanien zufriedenstellend gelöst werden.

Widerstände Deutschlands, die sich auf die Variante der Gründung durch eine formwechselnde Umwandlung bezogen, konnten dadurch ausgeräumt werden, dass eine Garantie für die Beibehaltung der bisherigen Qualität der Mitbestimmung und Mitwirkung gegeben werden sollte. Schließlich konnten auf der Regierungskonferenz in Nizza auch die Widerstände Spaniens, die sich auf die Verschmelzungsvariante der SE-Gründung bezogen, ausgeräumt werden.

Die Entscheidung dafür, dass das gleiche Niveau für alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung gesichert werden sollte, liest sich in sieben Sprachen der EU zu Artikel 4 Abs. 4 der Richtlinie wie folgt:

Englisch:

„the agreement shall provide for at least the same level of all elements of employee involvement as the ones exiting...“

Französisch:

“pour tous les éléments de l’implication des travailleurs, un niveau au moins équivalent à celui qui existe dans la société qui doit être transformé en SE...”

Spanisch:

„un nivel des implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse en SE.“

Italienisch:

„il coinvolgimento dei lavoratori sia in tutti i suoi elementi di livello quantomeno identico a quello che esisteva nella società da trasformare in SE.“

Niederländisch:

“ten minste in dezelfde mate voorzien in elk aspect van de rol van de werknemers...”

Portugiesisch:

„no mínimo e em relação a todos os elementos relativos ao envolvimento dos trabalhadores, um nível identico...”

Schwedisch:

“samma nivå när det gäller alla aspekter av arbetstagarinflytande som den som finns inom det bolag som skall ombildas till ett SE-bolag.“

Aus dem Sprachenvergleich ergibt sich, dass der strenge Bestandsschutz unzweideutig in allen Sprachen abgesichert ist. Es wird ferner (z. B. im Englischen aus den Worten „at least“) deutlich, dass Verbesserungen zugunsten der Arbeitnehmerseite durch Verhandlungen jederzeit möglich sind.<sup>7</sup> Demnach gilt also auch für den Fall der Umwandlung der Vorrang der Verhandlungslösung. Andererseits findet gleichzeitig ein strenger Bestandsschutz Anwendung.

Im Folgenden sollen zuerst die Spielräume einer Beteiligungsvereinbarung im Falle der formwechselnden Umwandlung ausgelotet werden. Sodann soll die Beteiligung kraft Gesetzes analysiert werden, die eingreift, wenn die Verhandlungen scheitern.

---

<sup>7</sup> Vgl. *Freis* in Nagel/Freis/Kleinsorge § 21 Rn. 31 f.



## 2. Spielräume der Beteiligungsvereinbarung

### a) Auslegungsgrundsätze

Wenn die Beteiligungsvereinbarung zwischen der Anteilseignerseite und der Arbeitnehmerseite der SE nach § 21 Abs. 6 SEBG das gleiche Ausmaß in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung sicherstellen muss, stellt sich eine Reihe von Fragen, die mit einer möglichen Ausweitung der Beteiligung auf Arbeitnehmer der SE in anderen EU-Mitgliedstaaten zusammenhängen. Soweit die grammatikalische Auslegung der Begriffe „alle Komponenten“ und „gleiches Ausmaß“ nicht weiterhilft, kommt eine am Ziel (Telos) der Richtlinie orientierte, teleologische Auslegung in Frage.

Eines der wesentlichen Ziele bei der Einführung der SE war und ist es, eine möglichst weitreichende Verhandlungsautonomie der Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE abzusichern.<sup>8</sup> Ergänzt wird diese Verhandlungsautonomie durch den Gedanken der Mitbestimmungssicherung, die im Falle der formwechselnden Umwandlung nach der Richtlinie und nach § 21 Abs. 6 SEBG zumindest das gleiche Ausmaß an Arbeitnehmerbeteiligungsrechten in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung gewährleisten muss wie bisher. Dieser strenge Bestandsschutz im Falle der formwechselnden Umwandlung geht über den allgemeinen Bestandsschutz hinaus, der für die Fälle der Verschmelzung, der Tochtergründung und der Holdinggründung vorgesehen ist und rechtstechnisch durch sogenannte Schwellenwerte von 25% bei der Verschmelzung und 50% bei der Holding- bzw. Tochtergründung (Zahl der betroffenen, von der Mitbestimmung erfassten Arbeitnehmer im Verhältnis zu allen Arbeitnehmern) umgesetzt wird.

Der Europäische Gerichtshof hat bislang zu Fragen der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE noch nicht Stellung genommen. Sehr wohl aber gibt es bereits Entscheidungen des EuGH zur Frage der Arbeitnehmerbeteiligung in den Europäischen Betriebsräten. Die Ausgangslage ist ähnlich: In der EU sollte eine Europäisierung der Arbeitnehmerbeteiligung dadurch erreicht werden, dass für Unternehmen und Konzerne ab einer bestimmten Arbeitnehmerzahl eine europaweite Beteiligung der Arbeitnehmer durchgesetzt werden sollte. Schon in der Entschei-

---

<sup>8</sup> Vgl. außer den oben Genannten *Teichmann*, Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, *Der Konzern* 2007 S. 89 ff. und *Blanke*, Europäische Beteiligungsvereinbarungen und Betriebsverfassung, *Die AG* 2006 S. 493 ff.

dung Bofrost<sup>9</sup> im Jahre 2001 hat der EuGH den Grundsatz der teleologischen Auslegung als gegenüber dem nationalen Recht vorrangig anerkannt. Er hat seine Entscheidungspraxis in weiteren Fällen bestätigt.<sup>10</sup> Diese Rechtsprechung ist in der Literatur anerkannt.<sup>11</sup> Speziell für die Auslegung der SE-VO gilt dieser Grundsatz ebenso wie für die Auslegung von Richtlinie und SEBG<sup>12</sup>.

Zu beachten bei der teleologischen Auslegung ist auch Erwägungsgrund 10 Satz 2 der Richtlinie, in dem es heißt:

Wenn eine SE im Wege der Umwandlung oder Verschmelzung gegründet wird, ist diese Gefahr (der Beseitigung oder Einschränkung der bestehenden Mitbestimmungssysteme, B. N.) größer, als wenn die Gründung im Wege der Errichtung einer Holdinggesellschaft oder einer gemeinsamen Tochtergesellschaft erfolgt.

Dieser Satz bezieht sich zwar auf die Abstimmungsregeln im Besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmerseite, enthält aber den allgemeinen Schutzgedanken, dass der Gefährdungsbereich im Falle der Umwandlung und der Verschmelzung besonders groß ist und dass diesem Umstand bei den Verhandlungen zugunsten der Arbeitnehmerseite Rechnung zu tragen ist.

Im Folgenden sind unter Anderem die Möglichkeit und die Reichweite einer teleologischen Auslegung von Richtlinie und SEBG zu prüfen, wenn die Spielräume der Beteiligungsvereinbarung untersucht werden.

---

<sup>9</sup> Vgl. EuGH vom 29. 3. 2001, Slg. 2001, I-2579, 2608-Bofrost

<sup>10</sup> Vgl. nur EuGH vom 29. 3. 2001-Bofrost Slg. 2001, I-2579, 2608; vom 13. 1. 2004 – Kühne & Nagel, NZA 2004, 160; ständ. Rechtsprechung. ErfK-Wißmann EGV Art. 234 Rn. 11 Speziell für die Auslegung der SE-VO Nagel, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft-SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, S. 34 Rn. 9

<sup>11</sup> Vgl. Erfurter Kommentar-Wißmann EGV Art. 234 Rn. 11 und Blanke, Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmungsrechte der Europäischen Arbeitnehmervertretung durch Beteiligungsvereinbarung? In: Hänlein/Roßnagel (Hg.): Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa, Festschrift für Bernhard Nagel, Kassel 2007, S. 229 ff., 241 m. w. N.

<sup>12</sup> Vgl. Nagel in Nagel/Freis/Kleinsorge, die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft-SE, Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005 S. 34 Rn. 9; vgl. auch derselbe S. 62 Rn. 136 wonach im Falle einer „Renationalisierung“ der SE Mitbestimmungsrechte dadurch gesichert werden können, dass zuvor eine entsprechende Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einem solchen Fall abgeschlossen wurde; vgl. auch § 21 SEBG und die Kommentierung von Freis in Nagel/Freis/Kleinsorge Rn. 31 ff.

## **b) SE-Betriebsrat**

Es fragt sich, ob der SE-Betriebsrat dieselben oder ähnliche Befugnisse wie ein in einer deutschen AG nach dem Betriebsverfassungsgesetz von 1972 bestehender Konzernbetriebsrat haben muss. Aus § 54 Abs. 1 BetrVG folgt, dass die Einrichtung eines Konzernbetriebsrats optional ist. Erforderlich ist die Zustimmung der Gesamtbetriebsräte der Konzernunternehmen, in denen insgesamt mehr als 50 % der Arbeitnehmer der Konzernunternehmen beschäftigt sind. Die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats bemisst sich nach § 58 BetrVG. Er behandelt die Angelegenheiten, die den Konzern oder mehrere Konzernunternehmen betreffen und nicht durch die einzelnen Gesamtbetriebsräte innerhalb ihrer Unternehmen geregelt werden können; seine Zuständigkeit erstreckt sich insoweit auch auf Unternehmen, die einen Gesamtbetriebsrat nicht gebildet haben, sowie auf Betriebe der Konzernunternehmen ohne Betriebsrat. Der Konzernbetriebsrat ist den einzelnen Gesamtbetriebsräten nicht übergeordnet. Nach § 58 Abs. 2 BetrVG kann der Gesamtbetriebsrat mit der Mehrheit der Stimmen seiner Mitglieder den Konzernbetriebsrat beauftragen, eine Angelegenheit für ihn abschließend zu behandeln. Der Gesamtbetriebsrat kann sich dabei die Entscheidungsbefugnis vorbehalten, so dass der Konzernbetriebsrat nur beratend und sondierend tätig wird.

Da Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie und § 21 Abs. 6 SEBG den strengen Bestandsschutz auf die bestehende Beteiligung der Arbeitnehmerseite beschränken, kommt eine Sicherung für den Konzernbetriebsrat nur insoweit in Betracht, als er zuvor in der umzuwandelnden AG eingerichtet war. In die Beteiligungsvereinbarung ist dann ein Passus aufzunehmen, wonach die Kompetenzen des SE-Betriebsrats denen des Konzernbetriebsrats nach § 58 Abs. 1 und 2 BetrVG entsprechen. Seine Zuständigkeit geht funktional ebenso weit wie die der Gesamtbetriebsräte, für die er handelt. Zusätzliche Voraussetzung für sein Tätigwerden ist ein im Sinne des SEBG unternehmensübergreifender Sachverhalt im Konzern (Abs. 1) oder eine Beauftragung durch die jeweiligen Gesamtbetriebsräte (Abs. 2). Die Verknüpfung zwischen Gesamtbetriebsräten und Konzernbetriebsrat muss nach dieser Überlegung in der Beteiligungsvereinbarung ebenso weit gehen wie zwischen Gesamtbetriebsräten und Konzernbetriebsrat nach § 58 BetrVG. Richtlinie und SEBG wollen aber auch die Verhandlungsautonomie der Beteiligten schützen. Es ist daher im Wege einer Gesamtbetrachtung festzustellen, ob die Beteiligungsvereinbarung dieselben Rechte in der SE sichert, wie sie in der umgewandelten AG bestanden haben. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nach § 47 Abs. 2 SEBG ein zuvor in der

AG eingerichteter Konzernbetriebsrat weiterbesteht, die entsprechenden Beteiligungsrechte also erhalten bleiben.

Es können Probleme entstehen, wenn ein unternehmensübergreifender Sachverhalt Betriebe und Konzernunternehmen der SE ergreift, die in EU-Mitgliedstaaten ohne nationale Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer außerhalb der durch die EU vorgeschriebenen Mindestrechte der Unterrichtung und Anhörung ihre Wirkung entfalten. Die Legitimationsgrundlage einer Einigungsstelle, die je nach Vereinbarung im Falle einer Nichteinigung entscheiden kann (vgl. unten), ist dann nicht mehr das deutsche Betriebsverfassungsgesetz sondern die Beteiligungsvereinbarung. Der Spruch kann aber ebenso wie jeder Spruch einer Einigungsstelle nach dem deutschen Betriebsverfassungsgesetz gerichtlich durchgesetzt werden. Wie dies in Mitgliedstaaten der EU geschehen soll, die keine der deutschen entsprechende Betriebsverfassung besitzen, sei dahingestellt. Es kann im Rahmen dieser Untersuchung offen bleiben, ob ein praktisches Bedürfnis für die Einrichtung eines SE-Betriebsrats mit den Kompetenzen eines deutschen Konzernbetriebsrats besteht, soweit es um die Regelung von grenzüberschreitenden Sachverhalten geht. Die meisten betriebsbezogenen Streitigkeiten dürften auf den jeweiligen nationalen Rahmen beschränkt sein. Aus dem Gedanken des strengen Bestandschutzes ergibt sich aber, dass auf jeden Fall ein SE-Betriebsrat mit substantiellen Beteiligungsrechten eingerichtet werden muss.

Der Streit darüber, ob allgemein im Rahmen einer Beteiligungsvereinbarung in einer SE echte Mitbestimmungsrechte auf betrieblicher Ebene für den gesamten Geltungsbereich der Vereinbarung vereinbart werden können<sup>13</sup>, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang. Für den Sonderfall der formwechselnden Umwandlung gilt nach § 21 Abs. 6 SEBG den Vorgaben der Richtlinie zufolge ein strenger Bestandsschutz, der alle Ausprägungen der Arbeitnehmerbeteiligung ergreift, also auch die betriebliche Mitbestimmung und Mitwirkung nach deutschem Muster.

---

<sup>13</sup> Vgl. dazu zuletzt *Blanke*, Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmungsrechte der Europäischen Arbeitnehmervertretung durch Beteiligungsvereinbarung? In: Hänlein/Roßnagel (Hg.): *Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa*, Festschrift für Bernhard Nagel, Kassel 2007, S. 229 ff., insbesondere S. 241 f. m. w. N.; ders. Edition der Hans-Böckler-Stiftung 170, *Erweiterung der Beteiligungsrechte des SE-Betriebsrats durch Vereinbarung*, Düsseldorf 2006.

### c) Wahlverfahren

Die Sicherung aller Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung im Falle einer formwechselnden Umwandlung ist schon deshalb nicht möglich, weil das Wahlverfahren für das Besondere Verhandlungsgremium (BVG) anlässlich der Schaffung der SE in allen siebenundzwanzig Mitgliedstaaten der EU unterschiedlich geregelt ist. Es wäre abwegig, aus dem Gedanken des strengen Bestandsschutzes heraus einen Export der Wahlvorschriften, die für die deutschen Arbeitnehmervertreter im Besonderen Verhandlungsgremium gelten, in die anderen Mitgliedstaaten zu folgern. Dies wäre auch insofern nicht möglich, als im Rahmen dieses deutschen Wahlverfahrens die Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte und Konzernbetriebsräte eine maßgebliche Rolle spielen; in anderen EU-Mitgliedstaaten gibt es zum Teil keine Betriebsräte (vgl. Schweden) oder andere Konstruktionen (vgl. Frankreich). Ein derartiger Export des deutschen Wahlverfahrens wäre schon rein rechtstechnisch nicht umsetzbar, entspricht aber auch nicht dem Sinn und Zweck des strengen Bestandsschutzes, der sich im SEBG zu Recht auf Teil 3 (Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE) und nicht auf Teil 2 (Besonderes Verhandlungsgremium und darin Kapitel 2 – Wahlgremium-) bezieht.

Im Wege der teleologischen Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelungen in der SE-VO und in der Richtlinie ist daher anzunehmen, dass auch für den Fall der formwechselnden Umwandlung das gleiche Wahlverfahren gelten soll, das auch für alle anderen Gründungsformen der SE nach den Vorgaben der Richtlinie in den einzelnen Mitgliedstaaten eingeführt wurde. Dies bedeutet auch, dass nach § 8 Abs. 1 SEBG jedes dritte Mitglied der auf Deutschland entfallenden Mitglieder des Besonderen Verhandlungsgremiums (BVG) auf Vorschlag einer Gewerkschaft zu wählen ist; im Falle des § 6 Abs. 4 SEBG ist demnach jedes siebte auf Deutschland entfallende Mitglied des BVG auf Vorschlag der Sprecherausschüsse der Leitenden Angestellten zu wählen. Dies ergibt sich nicht aus dem Gedanken des strengen Bestandsschutzes in § 21 Abs. 6 SEBG, sondern unmittelbar aus den Normen zum Wahlverfahren, die im SEBG übergreifend für alle Formen der Gründung einer SE geregelt sind. Erfasst sind auch Vorschlagsrechte, da diese integraler Bestandteil des einheitlichen Wahlverfahrens sind.

Ähnliches gilt, was das Wahlverfahren für den SE-Betriebsrat anbetrifft. Dieses kann in der Beteiligungsvereinbarung frei geregelt werden, sofern die Vorgaben des SEBG beachtet sind.

Es müssen keinesfalls die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes kopiert werden, die auf andere Mitgliedstaaten auch nicht übertragbar wären.

#### **d) Aufsichtsrat**

Etwas komplizierter ist die Frage, inwieweit auch die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat durch den Gedanken des strengen Bestandsschutzes in § 21 Abs. 6 SEGB determiniert ist. Dieser Frage soll im Zusammenhang mit der Analyse der Zusammensetzung des Aufsichtsrats und seiner Kompetenzen weiter nachgegangen werden.

##### ***aa) Ausmaß der Arbeitnehmervertretung und Zahl der Mitglieder***

Es ist umstritten, ob der Gedanke des strengen Bestandsschutzes in § 21 Abs. 6 SEBG eine Weiterführung der zahlenmäßigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Falle einer formwechselnden Umwandlung gebietet. Dafür spricht der Wortlaut der Regelung, die sich auf „alle Komponenten“ der Arbeitnehmerbeteiligung beziehen soll. Allerdings ist die Regelung insofern nicht exakt, als sie nicht zusätzlich auf die zahlenmäßige Zusammensetzung und den zahlenmäßigen Anteil der Arbeitnehmervertreter abstellt. Eindeutig ist nur geregelt, dass der Bestandsschutz im Falle der formwechselnden Umwandlung mit seiner Erstreckung auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung weiter gehen muss als in den Fällen der Gründung durch Verschmelzung, Holding-Gründung oder Tochtergründung. Die Begründung des Regierungsentwurfs, wonach sich die Absicherung durch § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG „nicht nur auf den zahlenmäßigen Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan“<sup>14</sup> bezieht, legt zwar eine Deutung in Richtung des Schutzes der zahlenmäßigen Zusammensetzung nahe, sie könnte aber auch dahin verstanden werden, dass sich die Absicherung durch § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG nicht nur auf die Unternehmensmitbestimmung, sondern auch auf die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer erstrecke. Das Wort „zahlenmäßig“ könnte einschränkend auch dahin ausgelegt werden, dass in der Vereinbarung nur der Proporz zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite gewahrt werden muss.<sup>15</sup>

Wenn man vom Gedanken der Verhandlungsautonomie (vgl. oben) ausgeht, liegt es nahe, auch eine Verkleinerung des Aufsichtsrats beziehungsweise Verwaltungsrats im Falle einer formwechselnden Umwandlung zuzulassen, wenn nur der Proporz zwischen Anteilseignersei-

<sup>14</sup> Reg. Begr., BT-Drucks. 15/3405, S. 52

<sup>15</sup> Vgl. *Oetker*, unveröffentlichtes Gutachten 2007 S. 5

te und Arbeitnehmerseite gewahrt wird. Die teleologische Auslegung gebietet, hier nicht auf die reine Zahlenarithmetik, sondern auf eine Gesamtwürdigung der Beteiligungsvereinbarung abzustellen. Es kann durchaus sein, dass die Arbeitnehmerseite für ihr Zugeständnis in der Frage der zahlenmäßigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats Kompensationen erhält, die sie für ebenso wichtig oder vielleicht sogar wichtiger ansieht als die reine Zahlenarithmetik. So ist es zum Beispiel denkbar, dass dem SE-Betriebsrat besondere Mitbestimmungsrechte (mit Streitschlichtung in der paritätisch besetzten Einigungsstelle) für die Fälle der Betriebsänderung nach dem Muster des Betriebsverfassungsgesetzes zugestanden werden.<sup>16</sup> Es wäre den Verhandlungspartnern nicht zu vermitteln, ihnen eine Lösung aufzuzwingen, wonach sie die zahlenmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats beibehalten und die im Wege einer Gesamtbetrachtung gleichwertigen oder sogar höherwertigen Vorteile im Falle der Betriebsänderung nicht nutzen sollen. Insofern ist der Verhandlungsautonomie der Parteien der Verzug gegenüber dem Gedanken der rein zahlenmäßigen Absicherung der Aufsichtsratsmandate zu geben, der sich dem ersten Anschein nach aus der Begründung des Regierungsentwurfs § 21 Abs. 6 SEBG ergibt (zur Mindestgröße s. unten cc.).

### ***bb) Innere Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank***

Es fragt sich, ob sich der Vorrang der Verhandlungslösung auch auf die innere Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat der umzuwandelnden Gesellschaft bezieht. Ganz konkret ist zu fragen, ob die Leitenden Angestellten, wenn die Gesellschaft bisher dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterfallen ist, eine Repräsentanz auch im Aufsichtsrat der SE beanspruchen können. Die Frage bezieht sich teilweise auf das Wahlverfahren, teilweise auf die Zusammensetzung des Gremiums „Aufsichtsrat“ beziehungsweise „Verwaltungsrat“. Wie oben dargelegt ist das Wahlverfahren durch die Regelungen der Richtlinie und des SEBG für Deutschland beziehungsweise die entsprechenden Umsetzungsbestimmungen in den übrigen Mitgliedstaaten der EU abschließend geregelt. Eine ausdrückliche Absicherung der Rechtspositionen der Leitenden Angestellten ergibt sich nur aus § 8 Abs. 1 SEBG, wonach jedes siebte Mitglied des Besonderen Verhandlungsgremiums als Leitender Angestellter auf Vorschlag

---

<sup>16</sup> Zur Verhandlungsautonomie bei Abschluss der SE-Beteiligungsvereinbarung vgl. *Blanke*, Europäische Beteiligungsvereinbarungen und Betriebsverfassung, Die AG 2006 S. 493 ff., 495 f; *ders.* Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmungsrechte der Europäischen Arbeitnehmervertretung durch Beteiligungsvereinbarung? In: Hänlein/Roßnagel (Hg.): Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa, Festschrift für Bernhard Nagel, Kassel 2007, S. 229 ff., 241 m. w. N.; *Teichmann*, Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, Der Konzern 2007 S. 89 ff., 94

der Sprecherausschüsse zu wählen ist. Für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats oder Verwaltungsrats gibt es keine entsprechenden Vorschriften. Diese wären auch nach den Vorgaben der Richtlinie nicht zulässig.

Eine andere Problemlösung könnte sich daraus ergeben, dass nach § 21 Abs. 6 SEBG alle Komponenten der Mitbestimmung zu sichern sind. Auch in der Frage der Sicherung der Rechte der Leitenden Angestellten laufen die Regelungsziele des strengen Bestandsschutzes und der Europäisierung der Arbeitnehmerbeteiligung teilweise parallel, teilweise gegeneinander. Eine Parallelität ergibt sich zum Beispiel dann, wenn die Arbeitnehmerseite alle Sitze im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat mit deutschen Arbeitnehmern besetzen kann (siehe zur Beschlussfassung bei einer Vereinbarung § 15 Abs. 2 SEBG). Hinzu muss nur kommen, dass die umgewandelte AG dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterfallen war. Dann ergibt sich aus dem Gedanken der Sicherung aller Komponenten der Mitbestimmung zwingend, dass auch ein Leitender Angestellter für die Arbeitnehmerseite in den Aufsichtsrat zu wählen ist. Die Lösung der Frage, welches Wahlverfahren für diese Repräsentanz bestimmt wird, obliegt den verhandelnden Parteien. Bei Nichteinigung entscheiden die jeweiligen nationalen Regelungen. Es ist demnach zulässig, dass der Leitende Angestellte nach der Beteiligungsvereinbarung ebenso wie alle anderen Arbeitnehmervertreter durch die Arbeitnehmervertreter gewählt wird, die in § 21 Abs. 3 Nr. 2 der Beteiligungsvereinbarung bestimmt sind. Wahlorgan könnte zum Beispiel der SE-Betriebsrat oder das BVG (zum Beispiel für den ersten Aufsichtsrat) sein.

Wenn alle Komponenten der Mitbestimmung zu sichern sind, bedeutet dies auch eine Sicherung des Verhältnisses von betrieblichen Arbeitnehmervertretern und Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat. Insofern gilt Dasselbe wie für die Sicherung der Position des Vertreters der Leitenden Angestellten.

### *cc) Mindestgröße*

Aus der Tatsache, dass bei der formwechselnden Umwandlung einer nach dem Gesetz von 1976 mitbestimmten AG in eine SE die innere Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat gesichert werden muss, weil es sich hier um eine Komponente der Mitbestimmung handelt, folgt auch, dass der Aufsichtsrat im Wege der Verhandlungslösung nicht be-



liebig verkleinert werden kann. Vielmehr ist eine angemessene Repräsentanz der Leitenden Angestellten erst dann möglich, wenn der Aufsichtsrat mindestens aus zwölf Mitgliedern besteht. Die Arbeitnehmerbank schließt dann einen Vertreter der Leitenden Angestellten ein. Würde der Aufsichtsrat nur aus zehn oder acht Mitgliedern bestehen, wäre die innere Zusammensetzung des Aufsichtsrats nicht im Sinne einer angemessenen Repräsentanz der betrieblichen Arbeitnehmervertreter, der Gewerkschaftsvertreter und unter den betrieblichen Arbeitnehmervertretern der Leitenden Angestellten zu bewerkstelligen.

Ist die AG vor der formwechselnden Umwandlung dem Drittelbeteiligungsgesetz von 2004 unterfallen, beträgt die Mindestgröße des Aufsichtsrats drei, da erst ab dieser Größe eine Drittelbeteiligung der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat möglich ist.

#### ***dd) Vorsitz, Wahl und Stimmrecht, Vorrang der SE-VO***

Der Aufsichtsrat wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden. Wird die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats von Arbeitnehmern bestellt, so darf nur ein von der Hauptversammlung der Aktionäre bestelltes Mitglied zum Vorsitzenden des Aufsichtsrats gewählt werden (vgl. Art. 42 SE-VO). Die Stimme des Vorsitzenden gibt bei Stimmgleichheit automatisch den Ausschlag (Art. 50 SE-VO). Diese Vorschrift der SE-VO ist unmittelbar geltendes Recht in allen Mitgliedstaaten. Sie ist durch die Satzung nicht abdingbar, wenn die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder aus Arbeitnehmervertretern besteht (Art. 50 Abs. 2 SE-VO). Die Anteilseignerseite kann sich also, wenn sie geschlossen abstimmt, im Konfliktfall stets durchsetzen weil die Stimme des Aufsichtsratsvorsitzenden doppelt zählt. Auch diese Vorschrift, welche die Mitbestimmung nicht unerheblich einschränken kann, gilt als Organisationsrecht der SE unmittelbar. Die Vorgabe der Sicherung aller Komponenten der Mitbestimmung im Falle der Umwandlung durch die Richtlinie ergreift diese Organisationsregelung der SE-VO nicht. Die Organisationsregelung geht auch dem nationalen Aktien- und Mitbestimmungsrecht vor.

Da die Anteilseignerseite den Vorsitzenden stellt und dieser nach Art. 50 Abs. 2 Satz 2 der SE-VO bei einer paritätischen Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Falle eines Abstimmungspatts den Ausschlag gibt, stellt sich die Frage, ob ein Vertreter der Arbeitnehmerseite als stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender im Falle einer Verhinderung des Aufsichtsratsvorsitzenden ebenfalls das pattlösende Doppelstimmrecht in Anspruch nehmen kann. Dies ist

zu verneinen, da das Doppelstimmrecht im Sinnzusammenhang als Reservatsrecht der Anteilseignerseite zu verstehen ist. Sie soll sich, wenn sie geschlossen abstimmt, im Falle eines Abstimmungspatts durchsetzen können. Wenn es mehrere stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende gibt, kann das Doppelstimmrecht nur einem stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden der Anteilseignerseite zugestanden werden, wenn er den verhinderten Aufsichtsratsvorsitzenden vertritt<sup>17</sup>.

Ein stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender, welcher der Arbeitnehmerseite angehört, kann im Falle des Abstimmungspatts das Doppelstimmrecht nicht ausüben. Der Gedanke der Sicherung aller Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung aus § 21 Abs. 6 SEBG verbietet es jedoch im Falle der formwechselnden Umwandlung, keinen Vertreter der Arbeitnehmerseite in die Position des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden zu wählen, bzw. in einer Vereinbarung darauf zu verzichten, wenn die umzuwandelnde AG dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 unterfällt. Nach § 27 Abs. 2 MitbestG steht eine derartige Position der Arbeitnehmerbank zu. Da jedoch das Wahlverfahren des Mitbestimmungsgesetzes mit der Möglichkeit, nach § 27 Abs. 1 MitbestG im ersten Wahlgang einen Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsratsvorsitzenden zu wählen, auf Grund der Vorgaben von Art. 42 und 50 SE-VO nicht zur Anwendung gelangt, entfällt auch die Voraussetzung für die Folgeregelung in § 27 Abs. 2, dass im zweiten Wahlgang die Anteilseignerseite den Aufsichtsratsvorsitzenden und die Arbeitnehmerseite den Stellvertreter wählt. Ein solches Verfahren kann zwar in der Beteiligungsvereinbarung vorgesehen werden, es kann aber auch die Wahl sowohl des Vorsitzenden als auch des Stellvertreters oder der Stellvertreter durch den Aufsichtsrat als Gesamtorgan vereinbart werden<sup>18</sup>. Eine Mindestsicherung der Arbeitnehmerseite ist jedoch insofern notwendig, als ihr das Vorschlagsrecht für die Wahl des der Arbeitnehmerseite zustehenden stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden zustehen muss. Andernfalls wäre diese Komponente der Mitbestimmung, die aus § 27 Abs. 2 MitbestG folgt, nicht gesichert.

### ***ee) Gesetzliche Rechte und Vorrang der SE-VO***

Die gesetzlichen Rechte des Aufsichtsrats bestimmen sich nach der SE-VO, dem SEAG und dem Aktiengesetz, das die Lücken ausfüllt, welche durch die SE-VO und das SEAG gelassen

<sup>17</sup> Schwarz SE-VO München 2006, Art. 50 Rz. 38-40

<sup>18</sup> S. z.B. Teil B 6. der Allianz-Vereinbarung, abgedruckt in Köstler: Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 6 Die Europäische Aktiengesellschaft 3. Aufl. 2007, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

werden. Eine Regelungskompetenz für die Beteiligungsvereinbarung ergibt sich hier nicht bzw. nur insoweit, als die gesetzliche Regelung abdingbar ist.

Nach § 111 Aktiengesetz (AktG) hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG nicht übertragen werden. Nach § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG bestellt der Aufsichtsrat die Vorstandsmitglieder. Beides stimmt mit den höherrangigen Vorgaben der SE-VO überein, allerdings mit einer gewichtigen Ausnahme: Die SE hat die Befugnis, zwischen der Vorstands-/Aufsichtsrats- und der Verwaltungsratsverfassung zu wählen. Diese Strukturvorgaben der SE-VO gehen dem Mitbestimmungssicherungsgedanken der Richtlinie vor. Insofern ist ein absoluter Bestandsschutz auch im Falle der formwechselnden Umwandlung in eine SE nicht möglich. In der Praxis verursacht dies keine Schwierigkeiten, da die Kompetenzen des Verwaltungsrats in der Regel umfassender als die des Aufsichtsrats sind. Auf die Diskussion darüber, ob sich hieraus eine unzulässige Ausweitung der Unternehmensmitbestimmung im Falle eines Wechsels der neuen SE in die Verwaltungsratsverfassung ergibt, braucht hier nicht eingegangen zu werden.<sup>19</sup> Die Furcht ist im Ergebnis unbegründet, da der Gesetzgeber in § 35 Abs. 3 des SE-Ausführungsgesetzes (SEAG) dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats eine zusätzliche Stimme zugebilligt hat, wenn der Geschäftsführende Direktor, der zugleich Mitglied des Verwaltungsrats ist, aus rechtlichen Gründen gehindert ist, an der Beschlussfassung im Verwaltungsrat teilzunehmen. Die Anteilseignerseite kann sich also auch in einem paritätisch zusammengesetzten Verwaltungsrat, wenn sie geschlossen abstimmt, im Konfliktfall stets durchsetzen.

Der Aufsichtsrat einer SE mit Sitz in Deutschland kann nach § 19 SEAG bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen. Ansonsten wird die Zustimmungspflichtigkeit von Geschäften in der Satzung der SE festgelegt (vgl. Art. 48 SE-VO). Es gelten die Vorgaben von Art. 48 Abs. 1 Satz 2 SE-VO, wonach den Mitgliedstaaten eine derartige Kann-Regelung (vgl. § 19 SEAG) ermöglicht wird. Diese Regelung weicht geringfügig von der Neufassung des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG im Jahre 2002 ab, wonach die Satzung oder der Aufsichtsrat selbst bestimmen müssen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Die Muss-Vorschrift in Deutschland geht über die Kann-Vorschrift der SE-VO aus dem Jahre 2001 hinaus. Trotzdem gilt in Deutschland § 19

---

<sup>19</sup> Vgl. dazu statt aller die Darstellung der Anhörung zum Gesetzentwurf, in der diese Einwände insbesondere von Veil vorgebracht wurden, bei *Kleinsorge* in Nagel/Freis/Kleinsorge, Einführung Rn. 46-51

SEAG, weil es sich um allgemeine Strukturvorgaben für die SE und nicht um Komponenten der Mitbestimmung im engeren Sinne handelt.

Die satzungsmäßige Verankerung eines Katalogs von zustimmungsbedürftigen Geschäften, die dem Aufsichtsrat ein erhebliches Gewicht sichern kann, ist an sich eine Angelegenheit, die in die Kompetenz der Hauptversammlung fällt. Allgemein regelt Art. 48 Abs. 1 Satz 1 SE-VO, dass die Arten von zustimmungsbedürftigen Geschäften in der Satzung festzulegen sind.<sup>20</sup> Auch hier handelt es sich an sich um eine aktienrechtliche Strukturentscheidung. Im Falle einer formwechselnden Umwandlung ergibt sich jedoch zusätzlich die Verpflichtung, alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zu sichern. Es ist denkbar, dass die Hauptversammlung die formwechselnde Umwandlung dazu nutzt, den bisherigen Umfang der im Katalog aufgeführten zustimmungsbedürftigen Geschäfte zu verringern. Zur Sicherung der Mitbestimmung ist es dann erforderlich, in der Beteiligungsvereinbarung den bisherigen Umfang des Katalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte des Aufsichtsrats wiederherzustellen. Damit ist eine der Komponenten der Mitbestimmung gesichert, die an der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat ansetzt. Die Hauptversammlung muss dann erneut Beschluss zur Satzung fassen, um diese an die Beteiligungsvereinbarung anzupassen (vgl. unten). Darüber hinaus kann die Leitung sich in der Beteiligungsvereinbarung verpflichten, weitere zustimmungsbedürftige Geschäfte zur Satzungsergänzung der Hauptversammlung vorzulegen bzw. dem SE-Aufsichtsrat zur Beschlussfassung vorzuschlagen.

#### *ff) Rechte des Aufsichtsrats kraft Satzung, Ausschüsse*

Es ist möglich, anlässlich der formwechselnden Umwandlung der AG in die SE die Satzung der SE so zu gestalten, dass die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmerseite erhalten bleiben. Eine teleologische Auslegung des Gebots der Sicherung aller Komponenten der Mitbestimmung darf aber nicht zu einer Veränderungssperre führen. Da sich die SE ebenso wie zuvor die AG auf wechselnde Umweltbedingungen einstellen muss, können auch die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmerseite nicht identisch bleiben, sondern müssen wie zuvor in der AG an veränderte Bedingungen angepasst werden können. Nach Sinn und Zweck des strengen Be-

---

<sup>20</sup> Die Verpflichtung der Hauptversammlung, in der Satzung zustimmungsbedürftiger Geschäfte festzulegen, wird in der englischen Fassung der SE-VO mit dem Wort „shall“ besonders deutlich, sie ergibt sich aber auch aus der Formulierung in Art. 48 Abs. 1 S. 1 SE-VO; vgl. zur englischen Fassung Manz/Mayer/Schröder (Hg.): Europäische Aktiengesellschaft SE, Baden-Baden 2005, Art. 48 SE-VO Rn. 3

standsschutzes ergibt sich aber die Notwendigkeit, in der Startphase der SE auch den Proporz zwischen Anteilseignerseite und Arbeitnehmerseite in den Aufsichtsratsausschüssen aufrecht zu erhalten. Es geht hier nicht um einen gesetzlichen Proporz. Nach deutschem Aktien- und Mitbestimmungsrecht gibt es keine Sitzgarantie für die Arbeitnehmerbank in den Aufsichtsratsausschüssen, sondern lediglich ein Diskriminierungsverbot. Sehr wohl ist aber die faktische Reichweite der Mitbestimmungsrechte zu sichern, die sich in der jeweiligen vereinbarten oder aus Gepflogenheiten resultierenden Präsenz der Arbeitnehmerseite in den Ausschüssen niederschlägt. Die Formulierung „alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung“ in Art. 13 Abs. 3 Buchstabe a der Richtlinie umfasst nach ihrem Wortlaut über die gesetzlichen Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer auch die sonstigen Komponenten der Beteiligung, die aus Gepflogenheiten, Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder sonstigen Verträgen folgen können.

Es ist möglich, in der Beteiligungsvereinbarung die Existenz der Ausschüsse zu bestätigen, eine Regelung über die Einrichtung neuer Aufsichtsratsausschüsse zu treffen oder Aufsichtsratsausschüsse wegfällen zu lassen. Es ist aber nicht möglich, die Beteiligung der Arbeitnehmerseite in einem Ausschuss auszuschließen. Das würde gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, das die deutsche Rechtsprechung in einer Reihe von Entscheidungen anerkannt hat.<sup>21</sup> Spätere Änderungen in der Zuschneidung und Zusammensetzung der Ausschüsse sind ohnehin möglich. Es ist auch möglich, hierbei eine Diskriminierung der Arbeitnehmerseite zu vermeiden: In der Beteiligungsvereinbarung kann ein Diskriminierungsverbot verankert werden.

Es ergibt sich: Der Gedanke der Sicherung aller Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung gilt nicht nur für die Repräsentanz der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat allgemein, sondern auch für das Verhältnis zwischen betrieblichen Arbeitnehmervertretern und Gewerkschaftsvertretern in den Ausschüssen im Besonderen. Insofern ergibt sich keine Abweichung gegenüber der gesetzlichen Zusammensetzung des Aufsichtsrats der AG. Dies bedeutet aber nicht, dass der neue Aufsichtsrat im Wege einer Veränderungssperre für die Zukunft daran gehindert wäre, Veränderungen in der Aufgabenverteilung und Zusammensetzung der Aufsichtsratsausschüsse vorzunehmen. Insofern bedeutet die Sicherung aller Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung lediglich eine Sicherung der Ausgangsbedingungen, nicht aber einen absoluten Bestandsschutz für die Zukunft.

---

<sup>21</sup> Vgl. z. B. BGHZ 83, 144 ff., 148 = DB 1982, S. 745 ff. und BGHZ 122, 342 ff., 362 = DB 1993, S. 1609 ff.

### *gg) Wechsel in die Verwaltungsratsverfassung*

Die AG kann die formwechselnde Umwandlung in die SE dazu nutzen, aus der Vorstands-/Aufsichtsratsverfassung in die Verwaltungsratsverfassung zu wechseln. Die entsprechenden Regelungen der SE-VO sind unmittelbar geltendes Recht in den EU-Mitgliedstaaten. Die Repräsentanz der Arbeitnehmerseite im Verwaltungsrat bemisst sich nach ihrer Repräsentanz im Aufsichtsrat der AG. Der Anteil der Arbeitnehmerseite muss, wenn die umzuwandelnde AG dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterfallen ist, dem Anteil der Anteilseignerseite entsprechen. Die Änderungen, welche sich gegenüber der deutschen Aufsichtsratsverfassung aus der SE-VO ergeben, sind oben ausgeführt. Die Auslegung der SE-VO ergibt, dass die Anteilseignerseite im Verwaltungsrat, wenn sie geschlossen abstimmt, nicht überstimmt werden kann, ja sich im Konfliktfall mit Hilfe des Doppelstimmrechts des von der Anteilseignerseite gestellten Verwaltungsratsvorsitzenden stets durchsetzen kann (vgl. oben).

### **d) Vorstand**

#### *aa) Die AG unterfiel dem Mitbestimmungsgesetz 1976*

Die Rechte und Pflichten des Vorstandes einer SE ergeben sich ebenso wie die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats aus der SE-VO, dem SEAG und hilfsweise dem deutschen Aktiengesetz, soweit die zuvor genannten beiden Normierungen Lücken lassen., Insofern gelten die §§ 15 ff. SEAG. In § 19 SEAG ist ausdrücklich geregelt, dass der Aufsichtsrat selbst bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen kann. (vgl. oben).

Wechselt die SE in die Verwaltungsratsverfassung, so gilt für sie nach §§ 29 ff. SEAG das monistische System. Das deutsche SEAG trifft eine Regelung, die es den Gesellschaften ermöglicht, eine SE in die Verwaltungsratsverfassung zu führen. Kennzeichnend für die deutsche Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist § 40 SEAG. Demnach bestellt der Verwaltungsrat einen oder mehrere Geschäftsführende Direktoren. Mitglieder des Verwaltungsrats können zu Geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, sofern die Mehrheit des Verwaltungsrats weiterhin aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern besteht. Bei cursorischer

Betrachtung bestimmen sich die Rechte der Geschäftsführenden Direktoren nach den Rechten der Geschäftsführer in einer deutschen GmbH. Sie führen die Geschäfte der Gesellschaft und vertreten sie im Außenverhältnis. Insofern gilt § 41 SEAG. Ihre Vertretungsmacht ist unbeschränkt (§ 44 Abs. 1 SEAG). In einer Reihe von Vorschriften wie zum Beispiel in der Frage der Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen verweist das SEAG auf das deutsche Aktiengesetz (vgl. zum Beispiel § 49 SEAG).

Wenn eine Beteiligungsvereinbarung abgeschlossen wird, muss im Falle der formwechselnden Umwandlung dem Vorstand auch ein Arbeitsdirektor angehören. Dies folgt aus einer teleologischen Auslegung der SE-VO, der Richtlinie und des § 21 Abs. 6 SEBG.<sup>22</sup> Die Kompetenzen des Arbeitsdirektors entsprechen im Wesentlichen den Kompetenzen eines Arbeitsdirektors nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976. Auch hier ergibt sich keine absolute Veränderungssperre. Die Kompetenzen des Arbeitsdirektors können wechselnden Erfordernissen der Unternehmensführung angepasst werden. Nicht zulässig ist es aber, die Position des Arbeitsdirektors in der SE zu streichen. Dies erfordert der Gedanke des strengen Bestandsschutzes in § 21 Abs. 6 SEBG. Beim Wechsel in die Verwaltungsratsverfassung ist eine sinngemäße Absicherung eines Ressorts für Arbeit und Soziales notwendig.

#### ***bb) Die AG unterfiel dem Drittelbeteiligungsgesetz von 2004***

Wenn die umgewandelte AG zuvor dem Drittelbeteiligungsgesetz von 2004 unterfallen ist, gelten weitgehend dieselben Regeln über die Rechte und Pflichten des Vorstandes wie in einer SE, die als AG zuvor dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterfallen war. Eine Ausnahme ergibt sich aber daraus, dass das Drittelbeteiligungsgesetz die Position des Arbeitsdirektors nicht vorsieht. Im Wege der Beteiligungsvereinbarung ist es daher nicht zwingend notwendig, einen Arbeitsdirektor einzuführen.

---

<sup>22</sup> a. A. *Jacobs*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 2006, § 21 SEBG Rn. 21; wie hier *Scheibe*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE unter besonderer Berücksichtigung des monistischen Systems, 2006 S. 149 ff.

*cc) Die AG unterfiel der Montanmitbestimmung von 1951*

Auch die Rechte und Pflichten des Vorstandes in einer SE, die zuvor als AG dem Montanmitbestimmungsgesetz von 1951 unterfallen war, bemessen sich nach den allgemeinen Vorgaben der SE-VO, des SEAG und, falls Lücken zu füllen sind, des deutschen Aktiengesetzes. Der Arbeitsdirektor kann nach der deutschen Montanmitbestimmung allerdings nicht gegen die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gewählt werden (vgl. § 13 Abs. 1 Montanmitbestimmungsgesetz). Der Gedanke des strengen Bestandsschutzes aus § 21 Abs. 6 SEBG ergibt zwingend, dass diese Rechtsposition der Arbeitnehmerseite auch im Falle der formwechselnden Umwandlung der AG in eine SE zu erhalten ist.

**e) Sonstiges**

Kommt es zu einem Konflikt zwischen Inhalten der Beteiligungsvereinbarung und Satzungsbestimmungen, so muss die Satzung in der nächsten Hauptversammlung an die Bestimmungen der Beteiligungsvereinbarung angepasst werden. Andernfalls kann die SE nach Art. 12 Abs. 2 und 4 SE-VO nicht eingetragen werden.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Vgl. Nagel in Nagel/Freis/Kleinsorge Rn. 7 zu Teil 2 der Einleitung



### **3. Beteiligung kraft Gesetzes**

#### **a) SE-Betriebsrat**

Scheitern die Verhandlungen zwischen der Leitung und der Arbeitnehmerseite um eine Beteiligungsvereinbarung in der durch eine formwechselnde Umwandlung entstehenden SE, so greift nach §§ 22 ff. SEBG die Beteiligung der Arbeitnehmer kraft Gesetzes. Es ist nach § 23 SEBG ein SE-Betriebsrat zu errichten, der sich aus Arbeitnehmern der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe zusammensetzt (§ 23 Abs. 1 Satz 1 SEBG). Für die Bestellung und Zusammensetzung des SE-Betriebsrats gilt dasselbe, was sich für die Gründungsvarianten der Verschmelzung, der SE-Tochtergründung und der SE-Holdinggründung ergibt. Nach § 23 Abs. 4 SEBG hat der SE-Betriebsrat einen Geschäftsführenden Ausschuss für die laufenden Geschäfte einzurichten.

Nach § 27 SEBG ist der SE-Betriebsrat für die Angelegenheiten zuständig, die die SE selbst, eine ihrer Tochtergesellschaften oder einen ihrer Betriebe in einem anderen Mitgliedstaat betreffen oder die über die Befugnisse der zuständigen Organe auf der Ebene des einzelnen Mitgliedstaates hinausgehen. Neben diesen Zuständigkeiten bleiben die Zuständigkeiten der Betriebsräte und Gesamtbetriebsräte der neuen SE, die nach dem Betriebsverfassungsgesetz bestehen, erhalten (vgl. § 47 Abs. 2 SEBG). Es kann im Rahmen dieser Untersuchung offen bleiben, ob die Rechte des SE-Betriebsrats im Falle der formwechselnden Umwandlung weiter als im Falle einer SE-Gründung nach den anderen Gründungsmodalitäten gehen. Jedenfalls darf die Arbeitnehmerseite nicht schlechter stehen als vor der formwechselnden Umwandlung. Der strenge Bestandsschutz bemisst sich schon im Falle der Beteiligungsvereinbarung nach dem Grundsatz, dass zumindest das gleiche Ausmaß an Arbeitnehmerbeteiligung gewährleistet sein muss, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll (§ 21 Abs. 6 SEBG). Anderenfalls würden die Verhandlungen in Bezug auf die Kompetenzen des SE-Betriebsrats lediglich ein kollektives Betteln darstellen. Die Anteilseignerseite könnte die Verhandlungen zum Scheitern bringen und die Arbeitnehmerseite auf die Unterrichts- und Anhörungsrechte beschränken, die im Falle der anderen Gründungsmodalitäten greifen. Nach § 47 Abs. 2 SEBG bleiben jedenfalls die bisherigen, in Deutschland geltenden Mitbestimmungsstrukturen erhalten. Dazu gehört auch und gerade die betriebliche Mitbe-

stimmung. Ist in der bisherigen AG ein Konzernbetriebsrat errichtet worden, so bleibt dieser erhalten.

### **b) Aufsichtsrat und Verwaltungsrat**

In der Literatur hat sich eine Kontroverse zu der Frage entwickelt, ob im Falle des Scheiterns der Verhandlungen um eine Beteiligungsvereinbarung der Schutz der Mitbestimmung sich nur auf den Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat bezieht, oder ob auch die Zahl der Arbeitnehmervertreter zu schützen ist. Es überwiegt die Ansicht, dass die für die SE vorgesehene Satzung auch von der bisherigen Anzahl der Arbeitnehmerseite abweichen kann und über die in der Satzung festgelegte Gesamtgröße des Aufsichtsbeziehungsweise Verwaltungsrats die Zahl der Arbeitnehmervertreter reduzieren darf. Notwendig sei, dass nur der bisherige Anteil der Arbeitnehmervertreter gewahrt bleibt.<sup>24</sup> Die Mehrheitsauffassung hält die Verringerung der Zahl der Arbeitnehmermandate im Aufsichtsrat durch die Satzung für möglich, gleichgültig, ob eine Beteiligungsvereinbarung zustande kommt oder nicht. Dies solle auch bedeuten, dass die bisherige innere Zusammensetzung der Arbeitnehmervertreter nicht durch § 35 Abs. 1 SEBG geschützt ist, dass also auch dann, wenn sechs oder mehr Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vertreten sind, kein leitender Angestellter bzw. Gewerkschaftsvertreter in der Arbeitnehmerbank enthalten sein muss.<sup>25</sup>

Die Mehrheitsmeinung entnimmt diese Schlussfolgerung einer Interpretation von § 36 SEBG, in der § 35 Abs. 1 SEBG schlicht ignoriert wird. Es heißt dort: „Liegen die Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 Nr. 1 (Gründung einer SE durch Umwandlung vor) vor, bleibt die Regelung zur Mitbestimmung erhalten, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat.“ Die Formulierung „Die Regelung zur Mitbestimmung erhalten“ geht weiter als die Formulierung „das gleiche Ausmaß in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung“. Es ist

---

<sup>24</sup> So *Habersack*, Der Konzern 2006, 105 (106 f.); *ders.*, Die AG 2006, 345 (347); *ders.*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 35 SEBG Rn. 6; *Jacobs*, Münch/Komm. AktG, 2. Aufl. 2006, § 35 SEBG Rn. 9; *Joost*, in: Oetker/Preis, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht EAS), B 8200, Rn. 225; *Müller-Bonnani/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 195 (197); *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zur SE, § 35 MitbestG Rn. 8 – im Erscheinen-; *Oetker*, unveröffentlichtes Manuskript 2007 S. 5; *Scheibe*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE unter besonderer Berücksichtigung des monistischen Systems, 2006, S. 175 f.; *Schwarz*, Kommentar zur SE-VO, 2006, Einleitung Rn. 311; a. A. *Güntzel*, Die Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, 2006, S. 460

<sup>25</sup> *Jacobs*, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2006, § 35 SEBG Rn. 9 a. E.; ähnlich *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 277 (308); a. A. zu Recht *Köstler*, in: Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, S. 331 (360 f.)

nicht nur der Anteil der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat zu erhalten, sondern die exakte zahlenmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats; auch seine innere Zusammensetzung ist auf die neue SE zu übertragen. Im Zusammenhang mit der Richtlinienregelung, wonach sämtliche Komponenten der in der bisherigen Gesellschaft bestehenden Arbeitnehmerbeteiligung, auch der Mitbestimmung, erhalten bleiben müssen, bedeutet dies auch einen Bestandsschutz für die Vertretung der Leitenden Angestellten bzw. der Gewerkschaftsvertreter. Würde man sich der Mehrheitsmeinung anschließen, so wäre der Unterschied des strengen Bestandsschutzes (alle Komponenten“) in Bezug auf die Arbeitnehmerrepräsentanz im Aufsichtsrat im Falle der formwechselnden Umwandlung gegenüber dem Bestandsschutz bei den übrigen Gründungsvarianten auf Null reduziert. Dies widerspricht sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck von Teil 3 a des Anhangs der Richtlinie und § 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG.

Konkurrierende Regelungsziele wie im Falle einer SE-Beteiligungsvereinbarung ergeben sich bei der Beteiligung der Arbeitnehmerseite in der SE kraft Gesetzes nicht. Die Verhandlungsautonomie beider Seiten kann hier nicht geschützt werden, da keine Beteiligungsvereinbarung zustande gekommen ist. Insofern ergibt sich auch keine Konkurrenz zum Gedanken des strengen Bestandsschutzes. Vielmehr ergibt sich aus dem Grundgedanken der Ausweitung der Arbeitnehmerbeteiligung auf andere EU-Mitgliedstaaten, der sich durch die Richtlinie und das SEBG hindurchzieht, dass gerade auch für die Repräsentanz der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat der strenge Bestandsschutz eine zahlenmäßige Identität im Verhältnis zur vorherigen Repräsentanz in der AG führen muss.<sup>26</sup> Dies gilt auch, wenn die SE in die Verwaltungsverfassung wechselt. Auch hier bleibt sowohl der Proporz als auch die Zahl der Arbeitnehmersitze erhalten.<sup>27</sup>

Die einzige „Verwässerung“ dieses Grundsatzes ergibt sich aus der Tatsache, dass das Wahlverfahren zum BVG nach den Vorgaben der Richtlinie in jedem Mitgliedstaat separat zu regeln ist und dass die durch die SE-VO bestimmten Rechte und Pflichten der Leitungs- und Kontrollorgane der SE nicht beeinflusst werden können. Insofern gilt das oben für die Beteiligungsvereinbarung Gesagte entsprechend.

Kommt es zu einem Konflikt zwischen der Satzungsbestimmung zur Größe des Aufsichtsrats und der zwingenden Schutzregelung der Mitbestimmung kraft Gesetzes nach § 34 Abs. 1 Nr.

<sup>26</sup> vgl. Nagel/Köklü, ZESAR 2004 S. 175, 179

<sup>27</sup> vgl. Nagel in Nagel/Freis/Kleinsorge Rn. 4 zu § 34 SEBG und *Blanke*, Europäisches Betriebsräte-Gesetz, 2. Aufl. Baden-Baden S. 161 F.N. 45

1 SEBG, wonach auch die zahlenmäßige Repräsentanz der Arbeitnehmerseite und ihre innere Struktur zu schützen ist, kann die SE nicht eingetragen werden. Die Satzung muss an die Vorgaben zur Mitbestimmung kraft Gesetzes angepasst werden. Dies ergibt sich aus Art. 12 Abs. 2 und 4 SE-VO im Zusammenhang mit § 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG.

Aus dem Gesagten ergibt sich folgende Verhandlungsprozedur: Zuerst legt die Hauptversammlung die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder fest. Anschließend wird die Beteiligungsvereinbarung abgeschlossen. Gegebenenfalls muss durch einen neuen Hauptversammlungsbeschluss die Satzung angepasst werden. Kommt es nicht zu einer Beteiligungsvereinbarung, wird die zahlenmäßige Repräsentanz der Arbeitnehmerbank und ihre innere Zusammensetzung (Proporz) eins zu eins aus den Vorgaben des Mitbestimmungsgesetzes 1976 beziehungsweise der anderen Mitbestimmungsgesetze (Drittelbeteiligungsgesetz 2004 oder Montanmitbestimmungsgesetz) übernommen. Die einzigen Korrekturen ergeben sich für die Zusammensetzung beider Bänke nach Art. 42 und 50 SE-VO (vgl. oben). Hier muss sicher gestellt werden, dass die Anteilseignerseite sich, wenn sie geschlossen abstimmt, im Falle eines Konflikts mit der Arbeitnehmerbank in jedem Fall durchsetzen kann (vgl. oben). Gegebenenfalls muss die Hauptversammlung die Zahl der Aufsichtsratssitze an die Zahl anpassen, welche sich aus den Vorschriften zur Mitbestimmung kraft Gesetzes ergibt.

Wechselt die SE aus der Vorstands-/Aufsichtsratsstruktur in die Verwaltungsratsstruktur, so gilt das soeben Gesagte entsprechend. Auch hier sind die Repräsentanz der Arbeitnehmerseite und die innere Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank streng zu sichern. Dies bedeutet, dass in einem Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat, in dem sechs oder mehr Arbeitnehmervertreter mit Sitz und Stimme vertreten sind, ein Leitender Angestellter bzw. Gewerkschaftsvertreter Platz haben müssen. Da nur in Deutschland ein gesetzliches Wahlverfahren für die Bestellung des Leitenden Angestellten besteht, muss der SE-Betriebsrat dies im Rahmen der Aufteilung der Sitze nach §§ 35, 36 SEBG berücksichtigen. Die Arbeitnehmervertreter sind dann nach § 36 Abs. 3 S. 2 SEBG zu wählen. Das Wahlverfahren für das BVG gilt entsprechend. Dieses Wahlverfahren muss auch dann übernommen werden, wenn sich die Anteilseignerseite und die Arbeitnehmerseite bei den Verhandlungen einig waren, ein anderes Wahlverfahren (z. B. Wahl durch den SE-Betriebsrat) an dessen Stelle zu setzen. Wenn insgesamt keine SE-Beteiligungsvereinbarung zustande gekommen ist, ist auch keine Beteiligungsvereinbarung zur Wahl des Leitenden Angestellten zustande gekommen.

Nach § 38 Abs. 1 SEBG haben die Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE die gleichen Rechte und Pflichten wie die Mitglieder, die die Anteilseigner vertreten.

Nach § 38 Abs. 2 SEBG beträgt die Zahl der Mitglieder des Vorstandes nach § 16 SEAG oder der Geschäftsführenden Direktoren im Falle der Verwaltungsratslösung nach § 40 SEAG mindestens zwei. Einer von ihnen ist für den Bereich Arbeits- und Soziales zuständig. Diese Regelung gilt auch für den Fall, dass die in eine SE umzuwandelnde AG zuvor dem Drittelbeteiligungsgesetz von 2004 unterfallen war.<sup>28</sup> Insofern führt die zwingende Regelung über die Organzusammensetzung zu einer Ausweitung der Arbeitnehmerbeteiligung in dem (möglicherweise seltenen) Fall, dass eine dem Drittelbeteiligungsgesetz von 2004 unterfallende AG sich in eine SE umwandelt und die Beteiligungsvereinbarung scheitert.

### **c) Sonstige Beteiligung**

Etwaige sonstige Mitbestimmungsvereinbarungen der bisherigen AG sind in der SE zu übernehmen, soweit dies nicht Strukturvorgaben der SE-VO oder Wahlgrundsätzen der Richtlinie widerspricht (vgl. oben).

---

<sup>28</sup> Vgl. *Oetker*, unveröffentlichtes Manuskript 2007 S. 7

#### 4. Zusammenfassung

Die Analyse der Sicherung der Arbeitnehmerbeteiligung bei der formwechselnden Umwandlung einer AG in eine SE ergibt unterschiedliche Lösungen für den Fall, dass eine Beteiligungsvereinbarung zustande kommt und für den Fall, dass die Beteiligung der Arbeitnehmerseite kraft Gesetzes eingreift. Im Falle des Zustandekommens einer Beteiligungsvereinbarung sind die Grundgedanken der Verhandlungsautonomie beider Seiten und des strengen Bestandsschutzes maßgeblich, wie sie aus der Richtlinie und dem SEBG folgen. Dies bedeutet, dass sich die Spielräume für die Verhandlungsautonomie nicht auf Null reduzieren können. Eine teleologische Auslegung der SE-VO, der Richtlinie, des SEAG und des SEBG ergibt, dass bei einer Gesamtbetrachtung das gleiche Ausmaß in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung gewährleistet bleiben muss, das in der ursprünglichen AG bestanden hat. Die Kompetenzen des Aufsichtsrats sind, wenn man eine Gesamtbetrachtung anstellt, zu erhalten. Die zahlenmäßige Repräsentanz der Arbeitnehmerseite muss aber nicht geschützt werden, es reicht, dass der Anteil der Arbeitnehmerseite gesichert wird. Zu sichern ist die Repräsentanz der Leitenden Angestellten sowie das Verhältnis zwischen betrieblichen Arbeitnehmervertretern und Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat. Das Wahlverfahren zum BVG ist durch die Sicherung der Arbeitnehmerbeteiligung nicht betroffen. Jedes Land regelte das Wahlverfahren, mit dem es die Richtlinie umsetzt, selbst. Die Repräsentanz der Arbeitnehmerbank ist auch bei der Zusammensetzung der Aufsichtsratsausschüsse zu sichern. Allerdings ergibt sich hieraus keine Sitzgarantie, sondern nur ein Diskriminierungsverbot. Schließlich ist ein Wechsel in die Verwaltungsratsverfassung möglich, wobei die Arbeitnehmerrepräsentanz ebenso gesichert sein muss wie im Aufsichtsrat. Zu schützen ist auch die Position des Arbeitsdirektors, der, wenn die ehemalige AG dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterfallen ist, wie jedes andere Vorstandsmitglied zu wählen ist. Wenn die vormalige AG dem Montanmitbestimmungsgesetz von 1951 unterfallen ist, kann der Arbeitsdirektor nicht gegen die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gewählt werden. Ist die ehemalige AG dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfallen, ist ein Arbeitsdirektor nicht zwingend vorgeschrieben.

Greift die Beteiligung der Arbeitnehmerseite in der SE kraft Gesetzes ein, weil keine Beteiligungsvereinbarung zustande gekommen ist, so ist die Mitbestimmungssicherung strenger als im Falle der SE-Beteiligungsvereinbarung. Der Gedanke der Verhandlungsautonomie spielt

hier keine Rolle mehr. Daher ist die bestehende Mitbestimmungsregelung der AG exakt auf die Mitbestimmung in der SE zu übertragen. Dies bedeutet, dass nicht nur ihre anteilmäßige, sondern auch die zahlenmäßige Repräsentanz der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat der SE gesichert wird. Dasselbe gilt für die innere Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat. Ihr gehört, wenn die umgewandelte AG dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterfallen ist, ein Vertreter der Leitenden Angestellten an; auch das Verhältnis von betrieblichen Arbeitnehmervetretern und Gewerkschaftsvertretern bleibt erhalten.

## Literatur

Blanke, Th.: Europäische Betriebsräte-Gesetz, Europäische Mitbestimmung SE, 2. Aufl. Baden-Baden 2006

Blanke, Th.: Europäische Beteiligungsvereinbarungen und Betriebsverfassung, Die AG 2006 S. 493

Blanke, Th.: Erweiterung der Beteiligungsrechte des SE-Betriebsrats durch Vereinbarung, edition der Hans Böckler Stiftung Band 170, Düsseldorf 2006

Däubler, W./Kittner, M./Klebe, Th.: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 10. Aufl. Köln 2006

Dieterich, Th./Müller-Glöge, R./Preis, U./Schaub, G. (Hg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl. München 2006

Güntzel, V.: Die Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, Frankfurt/M. 2006

Habersack, M., u. a. (Hg.): Festschrift für Peter Ulmer, München 2003

Hänlein, A./Rossnagel (Hg.): Festschrift für Bernhard Nagel, Kassel 2007

Ihrig, H.-Ch./Wagner, J.: Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) auf der Zielgeraden, Betriebs-Berater 2004 S. 1749

Kleinsorge, G.: Europäische Gesellschaft und Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, Recht der Arbeit 2002 S. 343

Köstler, R.: Die Mitbestimmung in der SE, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2003 S. 800

Köstler, R.: Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft nach den deutschen Umsetzungsgesetzen, Deutsches Steuerrecht 2005 S. 745

Köstler, R.: Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 6, Die Europäische Aktiengesellschaft, 3. Aufl. Düsseldorf 2007

Lange, O.: Überlegungen zur Umwandlung einer deutschen in eine Europäische Aktiengesellschaft, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2003 S. 301

Manz, G./Mayer, B./Schröder, A. (Hg.): Europäische Aktiengesellschaft SE, Baden-Baden 2005

Müller Bonnani, Th./Melot de Beauregard, P.: Mitbestimmung in der Societas Europaea, GmbH-Rundschau 2005 S. 195

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 9/2, darin Jacoobs, M., 2. Aufl. München 2006

Oetker, H./Preis, U.: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden, 2006 (Loseblatt)



Oetker, H.: Reichweite der Mitbestimmungssicherung bei Errichtung einer Europäischen Gesellschaft (SE) durch Umwandlung einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland - unveröffentlichtes Manuskript - 2007

Lutter, M./Hommelhoff, P.: Kommentar zur SE, Köln – im Erscheinen –

Nagel, B./Köklü, A.: „Societas Europaea“ und Mitbestimmung, ZESAR 2004 S. 175

Nagel, B.: Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) und die Beteiligung der Arbeitnehmer, Arbeit und Recht 2004 S. 281

Nagel, B./Freis, G./Kleinsorge, G.: Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE, München 2005

Scheibe, P.: Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE unter besonderer Berücksichtigung des monistischen Systems, 2006

Schwarz, G. Ch.: SE-VO (Kommentar), München 2006

Seibt, Ch./Reinhard, Th.: Umwandlung der Aktiengesellschaft in die Europäische Gesellschaft (SE). Der Konzern 2005 S. 407

Seibt, Ch.: Privatautonome Mitbestimmungsvereinbarungen: Rechtliche Gestaltungen und Praxishinweise, Die AG 2005 S. 413

Teichmann, Ch.: Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, Der Konzern 2007 S. 89

Theisen, M./Wenz, M.: Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. Stuttgart 2005

Ulmer, P./Habersack, M./Henssler, M.: Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. München 2006

Vossius, O.: Gründung und Umwandlung der deutschen Europäischen Gesellschaft (SE), ZIP 2005 S. 741

Willemsen, H.-J./Henssler, M./Kalb, H.-J. (Hg.): Arbeitsrecht-Kommentar, 2. Aufl. Köln 2006

gez. Nagel