

MORITZ MAIER

Die Übertragbarkeit der
Mitbestimmungsvereinbarung
gem. § 21 SEBG auf
Konzernsachverhalte

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
28*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von den Direktoren
des Instituts für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
der Bucerius Law School in Hamburg

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

28



Moritz Maier

Die Übertragbarkeit der
Mitbestimmungsvereinbarung
gem. § 21 SEBG auf
Konzernsachverhalte

Mohr Siebeck

Moritz Maier, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg und Cambridge; 2015 Promotion; Rechtsanwalt in München.

ISBN 978-3-16-154331-9 / eISBN 978-3-16-158828-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISSN 2193-7273 (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommertrimester 2015 an der Bucerus Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Das Promotionsverfahren wurde am 6. Juli 2015 mit der mündlichen Prüfung abgeschlossen. Für die Drucklegung ist die bis August 2014 veröffentlichte Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt worden. Ausgewählte Rechtsprechung und Beiträge zu zentralen Themen konnten auch noch nach diesem Zeitpunkt einbezogen werden.

Ich danke meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christoph H. Seibt, der mein Interesse für die Mitbestimmung in der Societas Europaea geweckt und gefördert hat. Er hat die Arbeit inspirierend und wohlwollend begleitet und mir dabei alle wissenschaftlichen Freiheiten gewährt. Ebenso bin ich ihm für die Gelegenheit verbunden, ihn als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei lehrreichen Publikationsprojekten und Mandaten zu unterstützen.

Ebenfalls danken möchte ich Herrn Professor Dr. Matthias Jacobs für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, seine wertvollen Anmerkungen und die frühzeitige Bereitstellung seiner Kommentierung zum SE-Mitbestimmungsgesetz. Herrn Dr. Roland Köstler danke ich für weiterführende Hinweise aus der Praxis sowie der SURTECO SE und der Allianz SE für die gewährte Einsicht in ihre Mitbestimmungsvereinbarungen. Dank gebührt weiterhin der Konrad-Adenauer-Stiftung für die großzügige ideelle und finanzielle Förderung durch ein Graduiertenstipendium, der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses sowie den Herausgebern für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Meiner Studienfreundin Frau Dr. Ramona Francuski danke ich sehr herzlich für die akribische Durchsicht des Manuskripts und ihren fachlichen und moralischen Beistand. Gewidmet ist die Arbeit meiner Familie, insbesondere meiner Ehefrau Katharina, meinen Eltern Christina Jachert-Maier und Peter Maier sowie meiner Großmutter Ursula Maier. Ihr steter Zuspruch und Rückhalt haben mein Studium und die Entstehung dieser Dissertation erst möglich gemacht.

Hamburg, im September 2015

Moritz Maier

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Einführung	1
I. Problemstellung und Gang der Untersuchung	1
II. Einführung zur unternehmerischen Mitbestimmung	4
III. Sozialpolitische Wertungsentscheidung vor neuen Herausforderungen	22
B. Gesellschaftsrecht und unternehmerische Mitbestimmung der Societas Europaea	25
I. Entwicklung der SE und die Rolle der Mitbestimmung	25
II. Rechtsquellen der SE in Deutschland	28
III. Gründung und Leitung	34
IV. Verhandelte Mitbestimmung in der SE	40
V. Kompromisslösung mit lückenhaftem Mitbestimmungsschutz ..	80
C. Societas Europaea als Fremdkörper im mitbestimmten deutschen Konzern	82
I. Konzernrecht der SE deutscher Prägung	82
II. Deutsche Konzernmitbestimmung	96
III. Kollision der SE mit deutscher Konzernmitbestimmung	107
IV. Doppelter Anlass zur Einführung verhandelter Konzernmitbestimmung	123

D. Realisierbarkeit von Konzernvereinbarungen	
<i>de lege lata</i>	125
I. Anforderungen an die Mitbestimmungsgestaltung	126
II. Mitbestimmungsvereinbarungen in autonom- nationalstaatlich verfassten Gesellschaften	130
III. Konzernvereinbarung im reinen SE-Konzern	158
IV. Konzernvereinbarung im gemischten Konzern	170
V. Begrenzte Gestaltungsmöglichkeiten abhängig von konzernbeteiligten Rechtsformen	183
E. Konzernvereinbarung <i>de lege ferenda</i>	185
I. Reformbedarf	185
II. Reformansätze	218
III. Eckpunkte eines zweistufigen Reformkonzepts	234
IV. Zukunftssicheres Mitbestimmungsmodell in zwei Schritten	286
F. Zusammenfassung in Thesenform	288
Literaturverzeichnis	297
Register	327

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Einführung	1
I. Problemstellung und Gang der Untersuchung	1
II. Einführung zur unternehmerischen Mitbestimmung	4
1. Abgrenzung zur betrieblichen Mitbestimmung	4
2. Entwicklung	6
a) Weimarer Republik	7
b) Anfangszeit der Bundesrepublik	8
c) Mitbestimmung in ihrer heutigen Form	9
(1) Mitbestimmungsgesetz	9
(2) Drittelbeteiligungsgesetz	10
(3) Gesetze zur Montanmitbestimmung	11
d) Bewertung	12
3. Diskussion um Berechtigung und Auswirkungen	14
a) Sozialethik und Sozialpolitik	14
(1) Menschenwürde und Wirtschaftsdemokratie	14
(2) Kapital und Arbeit in der Sozialen Marktwirtschaft	15
b) Ökonomische Auswirkungen	16
c) Verfassungsmäßigkeit	20
4. Europäischer Vergleich	21
III. Sozialpolitische Wertungsentscheidung vor neuen Herausforderungen	22
B. Gesellschaftsrecht und unternehmerische Mitbestimmung der Societas Europaea	25
I. Entwicklung der SE und die Rolle der Mitbestimmung	25
II. Rechtsquellen der SE in Deutschland	28

1. Normenhierarchie	28
2. Auslegung	30
a) Verordnung und Richtlinie	31
b) Mitgliedstaatliches Recht	33
III. Gründung und Leitung	34
1. Gründung	34
a) Gründungstatbestände	35
b) Gründungsprinzipien	35
2. Leitung	37
a) Dualistische Leitungsstruktur	38
b) Monistische Leitungsstruktur	38
IV. Verhandelte Mitbestimmung in der SE	40
1. Rechtsnatur der Mitbestimmungsvereinbarung	42
a) Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung	42
b) Schuldrechtlicher Vertrag	43
c) Kollektivvertrag sui generis mit normativer Wirkung	44
2. Verhandlung der Mitbestimmung	45
a) Erfordernis von Verhandlungen	45
(1) Neuverhandlungen gem. § 18 Abs. 3 SEBG	46
(a) Begriff der strukturellen Änderung	47
(b) Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer	48
(2) Arbeitnehmerlose SE	49
(a) Teleologische Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO	50
(b) Nachholung bei Aktivierung von Vorratsgesellschaften ...	51
(c) Keine Nachholung beiwerbenden Gesellschaften	52
(3) Sekundärgründung	53
(4) Fazit	54
b) Verhandlungsparteien	54
(1) Arbeitnehmerseite	55
(a) Wahlberechtigte Arbeitnehmer	55
(b) Internationale und nationale Sitzverteilung	58
(2) Unternehmensseite	59
(3) Beteiligungsdefizit der Anteilseigner	60
(a) Keine generelle Zustimmungsbedürftigkeit sämtlicher Mitbestimmungsvereinbarungen	61
(b) Keine Zustimmungsbedürftigkeit nach der Holzmüller-Doktrin	62
(c) Bedingter Gründungsbeschluss als (hinderliche) Kontrollmöglichkeit	63
(4) Fazit	64
c) Verhandlungsverfahren	65

3. Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung	65
a) Bestandsschutz und Beschlusssschwellen	66
b) Obligatorische Vereinbarungsgegenstände	67
c) Fakultative Vereinbarungsgegenstände	69
(1) Beschränkte Vereinbarungsautonomie	69
(2) Kernregelungen zur Mitbestimmung, § 21 Abs. 3 SEBG	70
(3) Sonstige Mitbestimmungsregelungen	71
(a) Innere Ordnung des Aufsichts- bzw. Verwaltungsrats	72
(b) Größe des Aufsichts- bzw. Verwaltungsrats	73
(c) Verlagerung der Arbeitnehmervertretung in ein externes Gremium	74
(d) Einsetzung eines „Arbeitsdirektors“	76
(4) Strukturelle Änderungen, § 21 Abs. 4 SEBG	76
(5) Unbenannte Regelungsgegenstände	77
d) Fazit	78
4. Auffangregelung	79
V. Kompromisslösung mit lückenhaftem Mitbestimmungsschutz ..	80
C. Societas Europaea als Fremdkörper im mitbestimmten deutschen Konzern	82
I. Konzernrecht der SE deutscher Prägung	82
1. Bestimmung des anwendbaren Statuts	82
2. Integration der SE in nationales Konzernrecht	84
a) Allgemeine Vorschriften	85
(1) Abhängigkeit	85
(a) Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung	85
(b) Beherrschender Einfluss ohne Mehrheitsbeteiligung	87
(c) Abhängigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens	88
(2) Konzern	89
b) Besondere Vorschriften	90
(1) Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag	91
(2) Faktischer Konzern	94
(3) Eingliederung	95
3. Fazit	95
II. Deutsche Konzernmitbestimmung	96
1. Angepasste Bestimmung des Konzernbegriffes	97
2. Konzernmitbestimmung nach dem MitbestG	98
a) Vermeidung der Mitbestimmungspotenzierung	98
b) Mitbestimmter Teilkonzern	99
c) Tendenzkonzern	101

3. Konzernmitbestimmung nach dem DrittelbG	102
4. Zusammentreffen mit alternativen Konzernstrukturen	102
a) Betriebswirtschaftliche Einheit vs. gesellschaftsrechtliche Vielheit	102
b) Berücksichtigung variierender Führungsintensität	104
c) Abweichung von Entscheidungswegen und Mitbestimmungsstruktur	105
5. Fazit	106
III. Kollision der SE mit deutscher Konzernmitbestimmung	107
1. Grundlagen	108
a) Bestimmung des zuzurechnenden Arbeitnehmerkreises	108
b) Mitbestimmungsrechtliche „Konzernschränke“ zwischen SE und autonom-nationalstaatlichen Gesellschaften	109
2. Häufung mitbestimmter Gremien	110
a) Prinzipielle Bildung einer der SE nachfolgenden Konzernspitze? ..	112
b) Ineffizienz in Konzernstrukturen	113
(1) Reibungsverluste in der Konzernleitung	114
(2) Geringer Mehrwert für die Arbeitnehmerseite	115
(3) Mögliche Potenzierung der Mitbestimmung in inländischen Konzernen mit SE-Muttergesellschaft	116
c) Sonderkonstellationen der Konzernmitbestimmung	117
(1) Gemeinschaftsunternehmen	118
(2) Konzern im Konzern	119
d) Fazit	121
3. Vertretung ausländischer Arbeitnehmer	122
IV. Doppelter Anlass zur Einführung verhandelter Konzernmitbestimmung	123
D. Realisierbarkeit von Konzernvereinbarungen <i>de lege lata</i>	125
I. Anforderungen an die Mitbestimmungsgestaltung	126
1. Konzernindividuelle Mitbestimmungsgestaltung	126
a) Numerische und qualitative Anpassung	126
b) Auslagerung in externe Gremien	127
c) Beispiele	128
2. Beteiligung im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer	129
3. Klärung rechtlich oder tatsächlich unklarer Sachverhalte	129
4. Fazit	129
II. Mitbestimmungsvereinbarungen in autonom- nationalstaatlich verfassten Gesellschaften	130

1. Rechtsgrundlage	131
a) Tarifvertrag	132
b) Betriebsvereinbarung	132
c) Schuldrechtliche Vereinbarung sui generis	133
2. Enge rechtliche Grenzen für Vereinbarungen	133
a) Mitbestimmungsgesetze	133
b) Gesellschaftsrecht	134
(1) Aktiengesellschaft	134
(a) Satzungsstrenge	134
(b) Schuldrechtliche Stimmbindungsvereinbarungen	135
(c) Entsendungsrechte	137
(2) KGaA	138
(3) GmbH und andere Rechtsformen	139
c) Verfassungsrecht	139
d) Fazit	141
3. Fallgruppen	142
a) Statusbegründende Mitbestimmungsvereinbarungen	142
b) Rationalisierungsvereinbarungen	143
c) Vergleichsvereinbarungen	144
(1) Zulässigkeit	145
(2) Vereinbarungsgegenstände	145
(3) Voraussetzungen: Schuldrechtlicher Vergleich	146
(4) Faktische Rechtsbindung bei voller Nachprüfbarkeit	146
d) Fazit	149
4. Abschlusszuständigkeit	149
a) Unternehmensseite	150
b) Arbeitnehmerseite	150
c) Fazit	152
5. Relevanz für die SE deutschen Rechts	153
a) Statusbegründende Vereinbarungen	153
b) Rationalisierungs- und Vergleichsvereinbarungen	153
c) Verhandlungsparteien	155
6. Fazit	156
III. Konzernvereinbarung im reinen SE-Konzern	158
1. Keine supranationale Rechtsgrundlage	158
2. Anpassung der Mitbestimmung an die Konzernstruktur	160
a) Erhöhung und Absenkung des Mitbestimmungsniveaus	160
b) Verlagerung der Mitbestimmung in gesonderte Gremien	161
(1) Kein übergeordnetes Konzernmitbestimmungsorgan	161
(2) Einrichtung von Gremien in der Konzern-SE	162

3. Verknüpfung mehrerer Mitbestimmungsvereinbarungen	162
a) Verhandlungen der Arbeitnehmerseite	163
b) Verhandlungen der Unternehmensseite	165
c) Zeitliche und inhaltliche Koordination	166
(1) Vor Abschluss der Konzernvereinbarung	166
(2) Nach Abschluss der Konzernvereinbarung	167
4. Fazit	169
IV. Konzernvereinbarung im gemischten Konzern	170
1. Sonderkonstellationen der Konzernmitbestimmung	171
a) Abbedingung des § 5 Abs. 3 MitbestG	171
b) Konzern im Konzern	172
c) Gemeinschaftsunternehmen	172
2. Einbindung internationaler Arbeitnehmer	173
a) Keine Erstreckung des aktiven und passiven Wahlrechts	173
b) Freiwillige Zuwahl	174
(1) Zuwahl durch Gewerkschaften	174
(2) Zuwahl durch Anteilseigner	175
c) Zwischenergebnis	176
3. Anpassung der Mitbestimmung an die Konzernstruktur	176
a) Mitbestimmungsgestaltung in der SE	177
b) Mitbestimmungsgestaltung in Gesellschaften autonom-	
nationalstaatlicher Rechtsform	177
(1) Einführung oder Verstärkung der unternehmerischen	
Mitbestimmung	177
(2) Verringerung/Abbedingung der Mitbestimmung	178
(3) Verlagerung der Mitbestimmung in gesonderte Gremien	179
4. Konzernweite Verknüpfung von Einzelvereinbarungen	181
5. Fazit	182
V. Begrenzte Gestaltungsmöglichkeiten abhängig von	
konzernbeteiligten Rechtsformen	183
E. Konzernvereinbarung <i>de lege ferenda</i>	185
I. Reformbedarf	185
1. Strukturelle Mängel	186
a) Ineffiziente und unflexible Konzernzurechnung	186
b) Politisch-historisch bedingter Wildwuchs	187
2. Vermeidungsoptionen und Rechtsformkonkurrenz	189
a) Lückenhaftigkeit des DrittelbG	189
b) Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz	190

(1) Keine Erfassung von Auslandsgesellschaften	190
(2) Diskussion um ein „Mitbestimmungserstreckungsgesetz“ . . .	192
(3) Fazit	194
c) Konkurrenz durch die SE	195
(1) Gründe für den Erfolg der SE	195
(2) Verhandlung und „Einfrieren“ der Mitbestimmung	196
d) „Einfrieren“ der Mitbestimmung durch grenzüberschreitende Verschmelzung	198
3. Unionsrechtswidrige Beteiligungsbeschränkung	201
a) Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV)	204
(1) Mittelbare Benachteiligung der Arbeitnehmer im EU-Ausland	204
(2) Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	205
(3) Zwischenergebnis	209
b) Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) . .	210
c) Rechtsfolgen der Unionsrechtswidrigkeit	212
(1) Suspendierung der unternehmerischen Mitbestimmung?	212
(2) Alternativen zur Nichtanwendung	213
d) Wahrscheinlichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens	215
4. Fazit	217
II. Reformansätze	218
1. Kommission Mitbestimmung der Bertelsmann Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung	219
2. Berliner Netzwerk Corporate Governance	220
3. Kommission Mitbestimmung von BDA und BDI	221
4. Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag	223
5. Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung	224
6. Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung	226
7. Bundestagsfraktionen SPD und DIE LINKE	228
8. Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht	229
9. Auswertung	231
a) Einführung einer Verhandlungslösung	231
b) Gesetzliches Mindestniveau der Mitbestimmung	232
c) Beteiligung im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer	233
III. Eckpunkte eines zweistufigen Reformkonzepts	234
1. Verhandelte Mitbestimmung	234
a) Ökonomische Überlegenheit verhandelter Mitbestimmung	235
b) Weitere Öffnung für den europäischen Binnenmarkt	237
c) Flexible Anpassung an unternehmensindividuelle Anforderungen	238
d) Einbeziehung im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer	239
e) Bedenken und Bedingungen	240

2. Mitbestimmungsverhandlungen im SE-Konzern als Zwischenschritt	242
a) „Große“ und „Kleine Lösung“ als Handlungsoptionen	242
b) Umsetzungsaufwand und Auswirkungen	243
c) Politische Umsetzbarkeit	244
d) Fazit	246
3. Erste Stufe: Vereinbarte Mitbestimmung im SE-Konzern ...	247
a) Überwindung der „Konzernschanke“ im SE-Konzern	247
(1) Keine konzernübergreifende Anknüpfung	248
(2) Verhandelbarkeit der Mitbestimmung im Konzern und in Tochtergesellschaften	249
b) Erweiterung der Verhandlungsgegenstände	252
c) Verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen	255
d) Abschluss der Vereinbarung	257
(1) Vertretung der Unternehmensseite	258
(a) Anteilseignerbeteiligung ohne „Unternehmens- verhandlungsgremium“	258
(b) Vertretung der Tochterunternehmen	260
(2) Vertretung der Arbeitnehmerseite	263
(a) Beteiligung der Arbeitnehmer in mittelbaren Tochtergesellschaften	263
(b) Arbeitnehmervertretung auf Tochterebene	264
e) Gesetzliche Auffangregelung	265
f) Fazit	266
g) Gesetzgebungsvorschlag	267
4. Zweite Stufe: Allgemeine Einführung der verhandelten Mitbestimmung	271
a) Einführung der Verhandlungslösung und Modernisierung des Mitbestimmungsrechts	271
b) Abschluss der Vereinbarung	272
c) Auffangregelung	274
d) Beteiligung im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer	276
(1) Anforderungen an eine unionsrechtskonforme Mitbestimmung	277
(2) Einseitige Öffnung der unternehmerischen Mitbestimmung .	279
(a) Anknüpfung an die Konzernspitze	280
(b) Anknüpfung an Betriebsräte	281
(3) Zwischenergebnis	283
e) Mitbestimmungsverhandlungen in Auslandsgesellschaften mit Sitz im Inland	284
f) Fazit	285
IV. Zukunftssicheres Mitbestimmungsmodell in zwei Schritten	286

F. Zusammenfassung in Thesenform	288
a) Teil A.	288
b) Teil B.	288
c) Teil C.	289
d) Teil D.	290
e) Teil E.	292
 Literaturverzeichnis	 297
 Register	 327

Abkürzungsverzeichnis

Für allgemeine Abkürzungen wird verwiesen auf *Kirchner, Hildebert/Pannier, Dietrich*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl., Berlin 2008.

a.E.	am Ende
a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
AAK	Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht
abl.	ablehnend
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AUM	Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung
AuR	Arbeit und Recht
B.	Beschluss
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDA	Bundesverband der deutschen Arbeitgeberverbände
BDI	Bundesverband der deutschen Industrie
Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Drucksache des Bundesrats
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE bVG	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts besonderes Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DJT	Deutscher Juristentag
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
ebd.	ebenda
EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte
Einl.	Einleitung
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GS	Gedächtnisschrift
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.S.d.	Im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
krit.	kritisch

LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MitbestErgG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
n.F.	neue Fassung
Nachw.	Nachweis
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer/Randnummern
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite/Satz
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SCEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft
SE	Societas Europaea
SE-VO	SE-Verordnung
SEBG	SE-Beteiligungsgesetz
sog.	so genannt
SPE	Societas Privata Europaea
u.a.	unter anderen/und andere
UAbs.	Unterabsatz
v.	von/vom
Var.	Variante

vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zust.	zustimmend

A. Einführung

I. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Die Anhänger des europäischen Gedankens träumten bereits im Jahr 1959 davon, eine supranationale europäische Gesellschaftsform zu schaffen.¹ Die Idee wurde immer wieder als Prestigeprojekt der Europäischen Gemeinschaften verfolgt, sah sich aber hohen Hürden gegenüber. Als mit dem „Wunder von Nizza“ 2001 die Einführung der *Societas Europaea*² gelang, war sie über 40 Jahre lang diskutiert worden.³ Mittlerweile hat sie sich in der Wirtschaft etabliert: Ende 2013 war die Marke von 2100 bestehenden Gesellschaften überschritten.⁴

In Deutschland genießt die SE besondere Popularität, was unter anderem ihren innovativen Mitbestimmungsregeln geschuldet ist. Es gilt das Primat der Verhandlungslösung. Arbeitnehmer- und Unternehmensseite können das Mitbestimmungsniveau vorbehaltlich einiger Bestandsschutzvorschriften frei aushandeln. Erst nach ergebnislosem Ablauf der Verhandlungsfrist greift eine gesetzliche Auffanglösung. Das Modell hat sich als essentielles Mittel zur Überwindung der mitbestimmungsrechtlichen Differenzen zwischen den Mitgliedstaaten erwiesen und kommt mittlerweile auch in den Regelungen zur Europäischen Genossenschaft (SCE), zum Europäischen Betriebsrat (EBR) und zur grenzüberschreitenden Verschmelzung zum Einsatz.⁵ Die übrigen nationalen Gesetze zur unternehmerischen Mitbestimmung haben diese Entwicklung nicht nachvollzogen. Sie sind zwingend ausgestaltet, sehen keine privat-autonomen Abweichungen vor und lassen im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer in Mitbestimmungsfragen unberücksichtigt.

¹ Sanders, AWD 1960, 1 ff.; *Thibièrge*, in: Le statut de l'étranger et le marché commun: 57^e Congrès des notaires de France tenu à Tours, 270, 352, 360 ff.; zur Historie s. Punkt B.I.

² Die wörtliche Übersetzung von „*Societas Europaea*“ lautet „Europäische Gesellschaft“. Durch die Verwendung der lateinischen Sprache wird der völkerübergreifende Charakter der Rechtsform betont, allerdings ist der Begriff aufgrund der im Unionsrecht weiten Definition der „Gesellschaft“, etwa in Art. 54 AEUV, wenig trennscharf. Im Folgenden soll daher der treffendere Begriff „Europäische Aktiengesellschaft“ verwendet werden, der in der Literatur und stellenweise sogar bereits in der SE-Verordnung (Erwägungsgrund 8 sowie Art. 1 Abs. 1) gängig ist.

³ Vgl. *Hirte*, NZG 2002, 1 f.

⁴ Vgl. die ständig aktualisierte Übersicht des *European Trade Union Institute for Research* (ETUI), <http://www.worker-participation.eu/content/download/5829/97077/file/SE-Facts&Figures-21-03-2014-final.pdf> (Abruf: 04.08.2014).

⁵ Im Überblick *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613 ff.

Ein Bedarf zur Übertragung der liberaleren Mitbestimmungsvereinbarung nach § 21 SEBG auf Konzernsachverhalte kann sich daher zunächst in zwei Konstellationen ergeben: Für SE, die als Muttergesellschaft fungieren und autonom-nationalstaatlich verfasste deutsche Tochtergesellschaften beherrschen, oder umgekehrt SE mit vereinbarter Mitbestimmung, die einer zwingend mitbestimmten deutschen Gesellschaft unterstehen. In diesen Fällen kommt es zu einer Kollision der Mitbestimmungssysteme, die zu Friktionen in der Mitbestimmung und zu Komplikationen in der Konzernleitung führen kann. Hinzu kommt, dass die bislang auf die jeweilige Einzelgesellschaft beschränkte Mitbestimmungsvereinbarung weitaus größeren Nutzen entfalten kann, wenn ihr Wirkbereich auf Konzernsachverhalte ausgedehnt wird.

Auch im Hinblick auf die deutschen Mitbestimmungsgesetze ist die Frage nach der Implementierung einer Vereinbarungslösung von hoher Relevanz. Denn anders als zu den Zeiten der Sitztheorie kann der deutsche Gesetzgeber die Anwendbarkeit der deutschen Mitbestimmung nicht mehr lückenlos vorschreiben: Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland bleiben mitbestimmungsfrei und stellen zunehmend Konkurrenz auf dem Markt für Rechtsformen dar. Auch die Europäische Aktiengesellschaft trägt als flexiblere Alternative zur AG zu dem wachsenden Reformdruck bei. Zudem können grenzüberschreitende Verschmelzungsvorgänge – auch unabhängig von der Gründung einer SE – genutzt werden, um die unternehmerische Mitbestimmung auf einem gegebenen Niveau „einzufrieren“. Gleichzeitig wirkt es in Zeiten der Internationalisierung von Unternehmen und Konzernen hin zu grenzüberschreitend optimierten Produktionsketten anachronistisch, Arbeitnehmern und Arbeitgebern die Vereinbarung von Mitbestimmungsregelungen zu versagen und obendrein die stetig wachsenden Auslandsbelegschaften deutscher Konzerne auszuschließen.

Diese Arbeit widmet sich daher der Übertragbarkeit der Mitbestimmungsvereinbarung auf Konzernsachverhalte. Sie bewegt sich damit in einem Schnittstellenbereich von Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Europarecht. *Teil A.* führt zunächst eine Bestandsaufnahme der deutschen Unternehmensmitbestimmung durch und vergleicht ihre Entwicklung mit der Lage in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Zur Bewertung und Konzipierung von Reformansätzen werden auch die prägenden sozialpolitischen Grundgedanken der Mitbestimmung sowie ihre wirtschaftlichen Vor- und Nachteile gestreift. In *Teil B.* folgt ein Überblick über Gesellschaftsrecht und unternehmerische Mitbestimmung in der SE. Er muss sich aufgrund des weiten Themenbereichs auf die wichtigsten rechtssystematischen Grundlagen beschränken, um anschließend das Hauptaugenmerk auf Ausgestaltung und Reichweite der Mitbestimmungsvereinbarung nach § 21 SEBG zu richten. Der nächste Abschnitt (*Teil C.*) widmet sich der Integration der SE in das deutsche Konzernrecht und in die deutsche Konzernmitbestimmung und legt damit das Fundament für die Un-

tersuchung der konzernweiten Mitbestimmungsvereinbarung *de lege lata* und *de lege ferenda*. Zu diesem Zweck wird die Anwendbarkeit der jeweiligen inländischen Vorschriften auf die neue Rechtsform überprüft und auch auf Eigenheiten und Missstände der deutschen Konzernmitbestimmung eingegangen. Dabei zeigt sich, dass sich die Europäische Aktiengesellschaft zwar gut in das deutsche Konzernrecht integrieren lässt, dort auf dem Gebiet der Unternehmensmitbestimmung jedoch schnell zum Fremdkörper wird.

Teil D untersucht die Möglichkeiten, die Mitbestimmung im Konzern bereits nach geltendem Recht auf dem Vereinbarungsweg festzulegen. Zu diesem Zweck werden zunächst die Anforderungen an die Mitbestimmungsgestaltung definiert und die begrenzten Verhandlungsspielräume in autonom-nationalstaatlich verfassten Gesellschaften betrachtet. Aufgrund der grundlegend abweichenden Ausgangslagen in SE und anderen deutschen Gesellschaften müssen die Ausgestaltungsmöglichkeiten der Konzernmitbestimmung sodann differenziert nach reinen SE-Konzernen und gemischten Konzernen betrachtet werden. Der zweite Hauptteil der Arbeit (*Teil E*) befasst sich mit der „Konzernvereinbarung“ *de lege ferenda*. Er verwendet zunächst die bislang gefundenen Ergebnisse, um den Reformbedarf in der deutschen Unternehmensmitbestimmung aufzuzeigen. Die größte Bedeutung kommt dabei den mittlerweile umfassenden Vermeidungsmöglichkeiten sowie der unionsrechtlichen Beurteilung der Mitbestimmungsbeschränkung auf im Inland beschäftigte Arbeitnehmer zu. Nach einer überblicksweisen Analyse der wichtigsten Reformvorschläge wird sodann ein Reformkonzept entwickelt, das sich nach rechtsökonomischer und rechtspolitischer Betrachtung dafür ausspricht, die vereinbarte Mitbestimmung in zwei Reformstufen auf Konzernsachverhalte auszuweiten. Es wird empfohlen, die Konzernvereinbarung in einem ersten Schritt nur für Unternehmensgruppen mit einer SE an der Spitze zu kodifizieren und zu diesem Zweck Öffnungsklauseln in die bislang zwingenden nationalen Mitbestimmungsgesetze zu integrieren, um die Verhandlungslösung autonom-nationalstaatlich verfassten Tochtergesellschaften zugänglich zu machen. Zu diesem Themenbereich wird ein Gesetzgebungsvorschlag unterbreitet. Die zweite Reformstufe sieht eine umfassende Übertragung der Kombination aus verhandelter Mitbestimmung und flankierender Auffanglösung auf die deutsche Unternehmensmitbestimmung vor. Sie soll den festgestellten Reformbedarf decken und in politischer und praktischer Hinsicht von den Vorbereitungen der ersten Reformstufe profitieren. Schließlich werden die Ergebnisse der Arbeit in *Teil F* thesenartig zusammengefasst.

II. Einführung zur unternehmerischen Mitbestimmung

Zur Vermessung des Themenfeldes und um die besondere Rolle der Arbeitnehmermitbestimmung in Deutschland einschätzen zu können, wird nach einer Abgrenzung von der betrieblichen Mitbestimmung zunächst die von politischem und sozialem Richtungsstreit geprägte historische Entwicklung der unternehmerischen Mitbestimmung beleuchtet. Besonderes Augenmerk verdient dabei die Diskussion um Notwendigkeit und Auswirkungen der Mitbestimmung. Sie bildet letztlich die Ursache dafür, dass sich der deutsche Ansatz so stark von dem der übrigen Mitgliedstaaten unterscheidet. Der Überblick soll weiterhin Anhaltspunkte dafür aufzeigen, welche Elemente der deutschen Mitbestimmung auch im Zuge einer Reform beibehalten werden sollten und wo Modernisierungsbedarf besteht.

1. Abgrenzung zur betrieblichen Mitbestimmung

Mitbestimmung der Arbeitnehmer findet in Deutschland sowohl auf betrieblicher als auch auf unternehmerischer Ebene statt. Unter einem Betrieb ist die organisatorische Einheit zu verstehen, innerhalb derer der Inhaber allein oder gemeinsam mit seinen Mitarbeitern unter Einsatz von sachlichen und immateriellen Mitteln einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck unmittelbar fortgesetzt verfolgt.⁶ Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Betriebsrat findet gemäß den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes⁷ unabhängig von der Rechtsform des Arbeitgebers statt und umfasst Mitwirkungsrechte in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten. Zu diesem Zweck werden mit Betriebsräten, Gesamtbetriebsräten und Konzernbetriebsräten gesonderte Organe der Belegschaft gebildet. Die organisatorische Grundeinheit ist mit dem Betrieb räumlich-gegenständlich zu bestimmen.⁸ Die nach § 5 Abs. 3 BetrVG von der Betriebsratsarbeit ausgeschlossenen leitenden Angestellten werden nach dem Sprecherausschussgesetz⁹ vertreten. Dessen Aufbau ähnelt zwar dem des BetrVG, den Sprecherausschüssen kommen jedoch lediglich Unterrichts- und Beratungsrechte zu.¹⁰

⁶ BAG NZA 1988, 838; *Grobys*, NJW-Spezial 2006, 129; zur Geschichte des Betriebsverfassungsrechts *Weber*, ZfA 1993, 517 ff.; *Richardi/Richardi*, BetrVG Einleitung Rn. 6–41d.

⁷ Betriebsverfassungsgesetz (Neufassung) vom 19.01.1972, BGBl. I 13, im Folgenden BetrVG.

⁸ Vgl. einführend *ErfK/Koch*, § 1 BetrVG Rn. 3 m.w.N.

⁹ Sprecherausschussgesetz vom 20.12.1988, BGBl. I 2312, im Folgenden SprAuG.

¹⁰ Vgl. im Einzelnen *HWK/Annufß/Girlich*, §§ 25 ff. SprAuG.

Die unternehmerische Mitbestimmung knüpft demgegenüber nicht an einzelne Betriebseinheiten, sondern an den juristisch-organisatorischen „Überbau“ an: das Unternehmen. Dabei handelt es sich um eine rechtsfähige organisatorische Einheit zur Verfolgung wirtschaftlicher oder ideeller Ziele. Es wird häufig aus mehreren Betrieben bestehen, umgekehrt kann ein Betrieb auch von mehreren Unternehmen gemeinsam kontrolliert werden.¹¹ Die unternehmerische Mitbestimmung findet nur in den Aufsichtsräten größerer deutscher Kapitalgesellschaften statt.¹² Sie soll die Beteiligung der Arbeitnehmer an Planungs- und Entscheidungsprozessen sowie an der Gestaltung der Unternehmenspolitik durch Zuteilung von Aufsichtsratssitzen sowie ggf. eines Vorstandspostens (Arbeitsdirektor) sicherstellen.¹³ Über die „klassischen“ Domänen der Arbeitnehmer hinaus wird die Belegschaft durch dieses „integrative Modell“ somit in alle Geschäftsangelegenheiten einbezogen.¹⁴

Nach unionsrechtlicher Definition ist die Mitbestimmung gem. Art. 2 lit. k) SE-RL¹⁵ die Einflussnahme des Organs zur Vertretung der Arbeitnehmer und/oder der Arbeitnehmervertreter auf die Angelegenheiten einer Gesellschaft durch die Wahrnehmung des Rechts, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder des Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu wählen oder zu bestellen (Alt. 1) oder die Wahrnehmung des Rechts, die Bestellung eines Teils der oder aller Mitglieder des Aufsichts- oder des Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu empfehlen und/oder abzulehnen (Alt. 2). Der europäische Begriff nimmt damit auch Bezug auf das in Deutschland bislang unübliche monistische Leitungsmodell und die Arbeitnehmerbeteiligung durch Kooptation. Eine gesonderte Unterscheidung zwischen betrieblicher und unternehmerischer Mitbestimmung unterbleibt und wird durch eine funktionale Betrachtung der Arbeitnehmerbeteiligung überlagert.¹⁶

Die im Verlauf der Arbeit zu untersuchende Übertragung der SE-Mitbestimmungsvereinbarung auf Konzernsachverhalte kann Änderungen der bislang zwingenden deutschen Regeln zur unternehmerischen Mitbestimmung erfordern. Für die betriebliche Mitbestimmung gilt dies angesichts des dort herrschenden Rechtsträgerprinzips dagegen nicht, da ein Betriebsrat unabhängig von der Rechtsform eines übergeordneten Unternehmens zu bilden ist. Auch in Betrieben einer deutschen SE bleiben die nationalen gesetzlichen Regelungen über die Arbeitnehmerbeteiligung daher unberührt, so dass Betriebsräte,

¹¹ Sog. Gemeinschaftsbetrieb, § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG.

¹² Hierzu Punkt A.II.2.c).

¹³ Im Überblick GroßKommAktG/Oetker, Einl. MitbestG Rn. 1 ff. m.w.N.

¹⁴ Zur Abgrenzung zum „dualistischen Modell“ der betrieblichen Mitbestimmung Raiser, in: FS Duden, 423, 425 ff.; GK-BetrVG/Wiese, Einl. Rn. 44.

¹⁵ Richtlinie 2001/86/EG des Rates, ABl. L 294/22 vom 10.11.2001, im Folgenden SE-RL.

¹⁶ Donner, Kollektivrechtliche Vereinbarungslösungen im Bereich der Arbeitnehmerbeteiligung, 137.

Gesamtbetriebsräte und Konzernbetriebsräte nicht etwa aufzulösen wären.¹⁷ Der – ebenfalls verhandelte – SE-Betriebsrat ersetzt lediglich den auf Unter- richtung und Anhörung beschränkten Europäischen Betriebsrat. Obwohl die betriebliche und die unternehmerische Mitbestimmung von der europäischen Verhandlungslösung und damit auch in der SE einheitlich betrachtet werden,¹⁸ nimmt die folgende Untersuchung die betriebliche Mitbestimmung daher ledig- lich dann in den Blick, wenn die Betrachtungen zur unternehmerischen Mitbe- stimmung es erforderlich machen.¹⁹

2. Entwicklung

Die unternehmerische Mitbestimmung entwickelte sich gegen eine starke ideo- logische und politische Tradition, die das Unternehmen als bloßen Vermögens- gegenstand in der Hand des wirtschaftlichen Eigentümers betrachtete.²⁰ Die Arbeitnehmer sind nach dieser Sichtweise zwar durch schuldrechtlichen Aus- tauschvertrag an das Unternehmen gebunden, nehmen aber weder an dessen Leitung teil, noch bedarf die Ausübung unternehmerischer Herrschaftsmacht ihrer Legitimation.²¹ Dem traten schon früh Forderungen nach mehr Beteili- gung entgegen, die das Unternehmen nicht mehr als bloßes Eigentum der Ka- pitaleigner, sondern darüber hinaus als sozialen Verband verstanden.²² Ihren politischen Ursprung nahm diese Idee im Frühsozialismus, später vermischte sie sich mit den radikaleren Gedanken des marxistischen Programms. Als poli- tische Forderung trat sie erstmals im Rahmen der Paulskirchenrevolution 1848 zu Tage.²³

Die sozialetischen Lehren der katholischen Kirche sprachen sich schon im 19. Jahrhundert für Mitbestimmung der Arbeiterschaft aus.²⁴ In späteren

¹⁷ Begr. RegE SEEG, BT-Drucks. 15/4305, 44; *Merkt*, ZIP 2011, 1237, 1238 f.

¹⁸ Gegen eine strikte Trennung auch *de lege ferenda* MünchKommAktG/*Jacobs*, § 21 SEBG Rn. 2; *Rieble*, in: Vereinbarte Mitbestimmung in der SE, § 3 Rn. 6.

¹⁹ Die Frage, inwieweit die getrennte Betrachtung von betrieblicher und unternehmeri- scher Mitbestimmung angesichts personeller und funktionaler Verflechtungen noch sinnvoll ist, muss hier daher nicht erörtert werden. Vgl. dazu nur *Raiser*, in: FS Duden, 423, 425 ff.; GK-BetrVG/*Wiese*, Einl. Rn. 41 ff.

²⁰ So noch *von Gierke*, ZHR 111 (1948), 1 ff.; *Brecher*, Das Unternehmen als Rechtsgegen- stand, 141 ff.; instruktiv *Raiser/Veil*, Einl. Rn. 37.

²¹ *Kunze*, Wirtschaftliche Mitbestimmung als Legitimationsproblem, *passim*; *Raiser/ Veil*, Einl. Rn. 38 f.

²² *Boettcher/Hax/Kunze/von Nell-Breuning/Ortlieb/Preller*, Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, 24 f. m.w.N.

²³ *Weis*, Wirtschaftsunternehmen und Demokratie, 59 ff.; *Raiser*, JZ 1974, 273, 274; *Teute- berg*, Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, 1 ff.

²⁴ Ansätze bereits in der Enzyklika *rerum novarum* Papst Leo XIII von 1891, vgl. hierzu *Raiser*, JZ 1974, 273, 275; *Weis*, Wirtschaftsunternehmen und Demokratie, 338 f.; *Bocksch*, So- zialetik und Mitbestimmungsgesetzgebung, 38 ff.

Jahren unterstützte und forderte sie den Ausbau der Mitbestimmung auch im Unternehmen als Verbund von freiverantwortlichen Menschen.²⁵ Auch die evangelische Kirche stand der Mitbestimmung positiv gegenüber und nahm über die erste *Biedenkopf*-Kommission sogar Einfluss auf die Ausgestaltung des Mitbestimmungsgesetzes von 1976.²⁶ Eine weitere Strömung zur Realisierung der Mitbestimmung stellt der deutsche Liberalismus dar. *Lorenz von Stein* und später *Friedrich Naumann* verfochten sie zur Herstellung eines institutionalisierten sozialen Gleichgewichts zwischen den Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital und erblickten darin ein Gegenkonzept zur Verstaatlichung.²⁷

a) Weimarer Republik

Die Praxis, Arbeitnehmervertreter verpflichtend an unternehmerischen Entscheidungen teilhaben zu lassen, nahm ihren Anfang in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts. Nach dem Ersten Weltkrieg musste die geschwächte Großindustrie die Gewerkschaften als Partner für einen Wiederaufbau gewinnen. Gleichzeitig war das politische Klima als Folge der Novemberrevolution aufgeheizt, Forderungen nach Verstaatlichung der Großindustrie waren populär.²⁸ Um die Unterstützung der Gewerkschaften zu erlangen und radikalere Reformbestrebungen zu dämpfen wurde im Betriebsrätegesetz sowie im Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat²⁹ erstmals die Besetzung von Aufsichtsratssitzen mit Arbeitnehmervertretern vorgesehen. Das dualistische System aus Vorstand und Aufsichtsrat – bereits 1870 als deutscher Sonderweg zum einheitlichen Leitungsgremium vorgeschrieben – entwickelte sich parallel und bot der unternehmerischen Mitbestimmung einen geeigneten Ansatzpunkt.³⁰

²⁵ Papst *Johannes XXIII* 1961 in der Enzyklika *Mater et magistra* sowie das Zweite Vatikanische Konzil 1965, vgl. *Boksch*, Sozialethik und Mitbestimmungsgesetzgebung, 266 f.

²⁶ *Boksch*, Sozialethik und Mitbestimmungsgesetzgebung, 270, 273.

²⁷ *Von Stein*, Schriften zum Sozialismus, 104–138; *Naumann*, Schriften zum Parteiwesen und zum Mitteleuropaproblem, 85 ff., 93; hierzu *Raiser*, JZ 1974, 273, 275.

²⁸ Ausf. *Raiser*, JZ 1974, 273, 274; *ders.*, in: Verh. 66. DJT Bd. 1, B 11 ff.

²⁹ Betriebsrätegesetz von 1920, RGBl. 147 und Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat von 1922, RGBl. 209; vorbereitet durch Art. 156 Abs. 2, 165 Abs. 1 Weimarer Reichsverfassung; vertiefend *Raiser*, in: Verh. 66. DJT Bd. 1, B 11 f.

³⁰ Hierzu *Raiser*, in: Verh. 66. DJT Bd. 1, B 12, 14 f.

b) Anfangszeit der Bundesrepublik

Mit dem „Führerprinzip“ des Nationalsozialismus war die Arbeitnehmerbeteiligung unvereinbar, was zur Aufhebung des Betriebsrätegesetzes durch § 64 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit führte.³¹ Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges wuchs der Einfluss der Gewerkschaften wieder, da Staat und Wirtschaft unter dem Druck von Reparationspflichten und Entflechtung der Rüstungsindustrie standen.³² Ihnen wurde für ihre Kooperation die paritätische Besetzung von Aufsichtsräten mit Anteilseigner- und Arbeitervertretern zugesagt und für die Montanindustrie im Montanmitbestimmungsgesetz³³ festgeschrieben, dem später das Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz³⁴ zur Seite gestellt wurde. Wie schon nach den Revolutionswirren 1918 stellte dieses Ergebnis einen Kompromiss zu wesentlich tiefer greifenden Veränderungen des Wirtschaftssystems dar.³⁵

In der Folgezeit erlebte Deutschland unter Bundeskanzler *Konrad Adenauer* das sog. Wirtschaftswunder. Die Fremdbestimmung durch die Besatzungsmächte ging zurück, *Alfred Müller-Armack*, *Werner Eucken* und *Ludwig Erhard* prägten den Begriff der Sozialen Marktwirtschaft.³⁶ Die schnelle Erholung der Ökonomie und die stabile Regierung ließen den Einfluss der Gewerkschaften zurückgehen.³⁷ In der Folge wurde die unternehmerische Mitbestimmung im Betriebsverfassungsgesetz 1952³⁸ auf ein Drittel der Aufsichtsratssitze reduziert. Sie blieb indes auch weiterhin fest in der politischen Agenda verankert. Dies fußte nicht zuletzt auf dem „Systemwettbewerb“ mit den Ostblockstaaten, insbesondere der DDR, in dem nachgewiesen werden sollte, dass die Integration der Arbeiterklasse in einer sozialen Wirtschaft erfolgreicher gelingt, als in einer sozialistischen Wirtschaft.³⁹

³¹ Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.01.1934, RGBl. I 54, vgl. *Raiser/Veil*, Einl. Rn. 4.

³² *Boldt*, RdA 1951, 169, 170; *ErfK/Oetker*, Einl. Montan-MitbestG Rn. 1 f.

³³ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21.05.1951, BGBl. I 347, im Folgenden MontanMitbestG.

³⁴ Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 07.08.1956, BGBl. I 707, im Folgenden MitbestErgG.

³⁵ Vgl. *Raiser*, in: *Verh. 66. DJT Bd. 1*, B 13.

³⁶ Hierzu *Müller-Armack*, *Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft*, 11 ff.

³⁷ *Raiser*, *JZ* 1974, 273, 274; *ders.*, in: *Verh. 66. DJT Bd. 1*, B 14.

³⁸ Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952, BGBl. I 681, im Folgenden BetrVG 1952.

³⁹ *Schneevoigt*, *ZfA* 2005, 233, 235; *Reichold*, *JZ* 2006, 812, 813.

c) Mitbestimmung in ihrer heutigen Form

Die letzte größere Entwicklung durchlief die Arbeitnehmerbeteiligung in den 1970er Jahren. Durch eine Erneuerung des Betriebsverfassungsgesetzes⁴⁰ wurden die Einflussrechte der Betriebsräte erweitert.⁴¹ Auf Seiten der unternehmerischen Mitbestimmung folgte 1976 die Verabschiedung des Mitbestimmungsgesetzes.⁴² Sein Konzept, bei minimaler Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Strukturen eine „gleichberechtigte und gleichgewichtige Mitbestimmung der Arbeitnehmer“⁴³ einzuführen, wurde im Bundestag beinahe ohne Gegenstimme verabschiedet. Dennoch war es Gegenstand heftiger Kontroversen und verfassungsrechtlicher Bedenken.⁴⁴ Im Jahr 2004 wurde das BetrVG 1952 durch das weitgehend inhaltsgleiche Drittelbeteiligungsgesetz⁴⁵ ersetzt, so dass die unternehmerische Mitbestimmung nun in vier Gesetzen geregelt ist: dem Mitbestimmungsgesetz, dem Drittelbeteiligungsgesetz, dem Montanmitbestimmungsgesetz und dem Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz.

(1) Mitbestimmungsgesetz

Das MitbestG erfasst nach seinem § 1 Abs. 1 Unternehmen in der Form der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der GmbH⁴⁶ und der Genossenschaft, wenn sie in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Ausgenommen sind gem. § 1 Abs. 2 und 4 MitbestG montanmitbestimmte Unternehmen, Tendenzunternehmen sowie Religionsgemeinschaften und deren karitative oder erzieherische Einrichtungen.⁴⁷ Tritt eine der genannten Kapitalgesellschaften als Komplementärin einer KG auf, können ihr die Arbeitnehmer der KG bei der Berechnung des Schwellenwertes zugerechnet werden.⁴⁸

⁴⁰ Neufassung des Betriebsverfassungsgesetzes vom 15.01.1972, BGBl. I 13, im Folgenden BetrVG 1972.

⁴¹ Hierzu *Raiser*, in: Verh. 66. DJT Bd. 1, B 16.

⁴² Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 04.05.1976 BGBl. I 1153, im Folgenden MitbestG; zu Vorgeschichte und Entstehungsschritten vgl. *Raiser/Veil*, Einl. Rn. 24 ff.; WWKK/*Wißmann*, Vorbem. Rn. 11 ff.

⁴³ BT-Drucks. 7/2172, 17; *Raiser*, in: Verh. 66. DJT Bd. 1, B. 16.

⁴⁴ Vgl. den Bericht der ersten *Biedenkopf*-Kommission, BT-Drucks. VI/334. Zur Verfassungsmäßigkeit sogleich Punkt A.II.3.c).

⁴⁵ Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vom 18.05.2004, BGBl. I 974, im Folgenden DrittelbG.

⁴⁶ Als Unterform bzw. „Variante“ der GmbH unterfällt die Unternehmergesellschaft (UG) theoretisch ebenfalls der unternehmerischen Mitbestimmung, vgl. *Forst*, GmbHR 2009, 1131, 1132 ff.; HWK/*Seibt*, § 1 MitbestG Rn. 2.

⁴⁷ Hierzu *Raiser/Veil*, § 1 MitbestG Rn. 37 ff.; HWK/*Seibt*, § 1 MitbestG Rn. 12 ff. m.w.N.

⁴⁸ Voraussetzung ist, dass die Mehrheit der Kommanditisten mehrheitlich an der Komplementärin beteiligt ist und diese zudem keinen eigenen Geschäftsbetrieb mit regelmäßig mehr als 500 Arbeitnehmern führt, § 4 Abs. 1 MitbestG; vgl. ausf. HWK/*Seibt*, § 4 MitbestG Rn. 1, 9.

Sämtliche anderen Personengesellschaften sind aus dem *numerus clausus* der mitbestimmten Gesellschaftsformen ausgenommen. Dies beruht auf der gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung, dass bei unbeschränkter persönlicher Haftung der Gesellschafter auch ihre Entscheidungsbefugnis ungeteilt bleiben muss (Gleichlauf von Herrschaft und Haftung). Ausländische Kapitalgesellschaften bleiben dagegen trotz beschränkter Haftung ihrer Gesellschafter selbst dann mitbestimmungsfrei, wenn sie ihren Sitz in Deutschland haben.⁴⁹ Ende 2013 waren 651 Unternehmen paritätisch mitbestimmt.⁵⁰

Die Mindestgröße des Aufsichtsrats wird abhängig von der Zahl der Arbeitnehmer vorgeschrieben. Von zwölf Mitgliedern (bis 10.000 Arbeitnehmer) reicht diese über 16 (bis 20.000 Arbeitnehmer) bis zu 20 (über 20.000 Arbeitnehmer). Abweichungen sind nur in Form einer Erhöhung der Mitgliederzahl und nur bis zur Höchstgrenze von 20 zulässig.⁵¹ Die Hälfte der Aufsichtsratssitze ist gem. § 7 MitbestG mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen. Von den Sitzen der Arbeitnehmervertreter steht einer stets den leitenden Angestellten⁵², mindestens zwei den betriebsfremden Vertretern einer Gewerkschaft zu.⁵³ Trotz des zahlenmäßigen Gleichgewichts handelt es sich dabei lediglich um eine „quasiparitätische“ Mitbestimmung. Grund hierfür ist das in den §§ 27 bis 31 MitbestG statuierte Abstimmungsverfahren, welches dem anteilseignerseitig bestellten Aufsichtsratsvorsitzenden in Pattsituationen ein Zweitstimmrecht zuspricht.⁵⁴

Für Konzernsachverhalte stellt das MitbestG umfassende Sonderregeln auf, die jedoch einige Defizite offenbaren. Diese können sich im Konzernverbund mit der SE noch weiter verstärken. Die Thematik wird – gemeinsam mit Lösungsansätzen aus der Praxis – ab Teil C. behandelt.

(2) Drittelbeteiligungsgesetz

Zusätzlich zu den Gesellschaftsformen, die dem MitbestG unterfallen, gilt das DrittelbG auch für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.⁵⁵ Wenn das entsprechende Unternehmen regelmäßig mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt und kein Tendenzunternehmen i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 2 DrittelbG ist, muss dort ein Aufsichtsrat gebildet werden, der zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen ist. Eine Ausnahme gilt für Gesellschaften, die vor dem 10.08.1994 eingetragen wurden und nicht als „Familiengesellschaft“ zu quali-

⁴⁹ Hierzu ausf. Punkt E.I.2.b).

⁵⁰ *Ehrenstein*, Mitbestimmung 5/2014, 58 f.

⁵¹ § 7 MitbestG, hierzu *ErfK/Oetker*, § 7 MitbestG Rn. 1.

⁵² § 15 Abs. 1 S. 2 MitbestG.

⁵³ Ab zehn Arbeitnehmervertretern sitzen drei Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, § 7 Abs. 2 MitbestG; zur Wählbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder vgl. *HWK/Seibt*, § 7 MitbestG Rn. 3 f.

⁵⁴ Vgl. *HWK/Seibt*, § 29 MitbestG Rn. 5 ff.; zu verfassungsrechtlichen Bedenken vgl. Punkt A.II.3.

⁵⁵ Nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG jedoch nur, wenn ein Aufsichtsrat besteht.

Register

- Abhängigkeit 85
- Aktiengesellschaft
 - Abspaltungsverbot 136
 - Entsendungsrecht 137
 - Mitbestimmungsvereinbarung 134
 - Stimmbindungsvereinbarung 135
- Anteilseigner
 - Beteiligungsdefizit in Mitbestimmungsverhandlungen 60
 - Freiwillige Zuwahl von Arbeitnehmervertretern 175
 - Vertretung in Mitbestimmungsverhandlungen de lege ferenda 258, 272
- Arbeitnehmer, im Ausland beschäftigte
 - Einbeziehung de lege ferenda 276
 - Einbeziehung de lege lata 173
 - Lösungsmöglichkeit im Rahmen verhandelter Mitbestimmung 239
 - Ungleichbehandlung als Erschweris der Konzernleitung 122
- Arbeitnehmerfreizügigkeit 210
- Arbeitnehmervertreter
 - Im Ausland beschäftigte 122, 129, 173
 - Unionsrechtswidrige Beteiligungsbeschränkung 201
 - Zuwahl durch Anteilseigner 175
 - Zuwahl durch Gewerkschaften 174
- Arbeitnehmerzurechnung
 - Drittelbeteiligungsgesetz 10
 - In Konzern mit SE-Beteiligung 108
 - Mitbestimmungsgesetz 9
 - Reformbedarf 186
- Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht 229
- Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung 226
- Auffangregelung 79, 265, 274
- Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz 190
- Beherrschungsvertrag 91
 - Grenzüberschreitender 91
 - SE als Vertragspartei 93
- Beirat
 - Konzernbeirat 161, 179
 - Vereinbarung in Mitbestimmungsvereinbarung 74
- Berliner Netzwerk Corporate Governance 220
- Besonderes Verhandlungsgremium
 - Bildung de lege ferenda 257
 - Bildung de lege lata 54
 - Gewerkschaftsvertreter 58
- „Biedenkopf-Kommission“ 224
- Centros-Urteil 190
- Coase-Theorem 235
- Davignon-Bericht 27
- Delaware-Effekt 67
- Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV 204
- Divisionalkonzern 104, 128
- Drittelbeteiligungsgesetz
 - Funktionsweise 10
 - Lückenhaftigkeit 189
- „Einfrieren“ der Mitbestimmung 196, 198
- Eingliederung 95
- „Einheitskonzern“ 102, 248
- Entherrschungsvertrag 86
- Gemeinschaftsunternehmen 118
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
 - GmbH & Co KG als Vermeidungsoption 12, 189
 - Mitbestimmung 9, 10
 - Zulässigkeit von Mitbestimmungsvereinbarungen 139

- Gepräge­theorie 101
 Gewerkschaften
 – Einfluss auf die Entwicklung der Mitbestimmung 7
 – Legitimation als Interessenvertreter der Arbeitnehmer 17
 – Vertretung der Arbeitnehmer bei Verhandlung einer Mitbestimmungsvereinbarung in autonom-nationalstaatlich verfassten Gesellschaften 150
 – Vertretung der Arbeitnehmer im Besonderen Verhandlungsgremium 55
 – Zuwahl im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer 174
 Gewinnabführungsvertrag 91
 Grenzüberschreitender Beherrschungsvertrag 91
- Holdingkonzern 104, 167
- Inspire Art 191, 277
- Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)
 – Rechtsrahmen für Mitbestimmungsvereinbarungen 138
 – Schaffung eines externen Mitbestimmungsgremiums 179
- Kommission Mitbestimmung der Bertelsmann Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung 219
- Kommission Mitbestimmung von BDA und BDI 221
- Konsultationsrat 220, 223
- Konzern 85
 – Begriff 89
 – Eingliederung 95
 – „Einheitskonzern“ 102, 248
 – Faktischer Konzern 94
 – Gleichordnungskonzern 90
 – Mitbestimmungsrechtlicher Konzernbegriff 97
 – SE als Fremdkörper 82
 – Unterordnungskonzern 89
- Konzern im Konzern 119, 172
- Konzernmitbestimmung in autonom-nationalstaatlich verfassten Gesellschaften 96
 – Angepasster Konzernbegriff 97
 – DrittelbG 102
 – MitbestG 98
 – Reformbedarf 185
- Konzernmitbestimmung in der SE 107
 „Konzernschränke“, mitbestimmungsrechtliche 109, 247
- Konzernvereinbarung de lege ferenda 185
 – Auffangregelung 265, 274
 – Vereinbarungsparteien 257
 – Verhandlungsgegenstände 252
- Konzernvereinbarung de lege lata
 – Anforderungen 126
 – Im gemischten Konzern 170
 – Im reinen SE-Konzern 158
 – Konzernweite Verknüpfung von Einzelvereinbarungen 180
- Konzernvorstand/-aufsichtsrat 161
- Matrixkonzern 105, 128
- Mehrmütterschaft 88
- Missbrauchsverbot 66
- Mitbestimmung
 – Betriebliche 4
 – Unternehmerische, s. unternehmerische Mitbestimmung
- Mitbestimmungsergänzungsgesetz 11
- Mitbestimmungserstreckungsgesetz 192
- Mitbestimmungsgesetz 9
 – Öffnungsklausel für vereinbarte Mitbestimmung 247
 – Ökonomische Auswirkungen 16
 – Reformvorschlag 271
 – Vermeidungsoptionen 189
- Mitbestimmungspotenzierung 98, 116
- Mitbestimmungsvereinbarung
 – Fallgruppen 142
 – Im Konzern: s. „Konzernvereinbarung“
- Mitbestimmungsvereinbarung in der SE 40
 – Bestandsschutz 66
 – Geltungsdauer 68
 – Missbrauchsverbot 66
 – Rechtsnatur 42
 – Vereinbarungsgegenstände 67, 252
 – Verhandlungsparteien 54, 257
 – Verhandlungsverfahren 65
- Mitbestimmungsvereinbarung in autonom-nationalstaatlich verfassten Gesellschaften 130

- Beweggründe zum Abschluss 126
- Rechtliche Grenzen 133
- Rechtsnatur 131
- Verhandlungsparteien 149
- Mitbestimmungsvermeidung 190
- Montanmitbestimmungsgesetz 11

- Normenhierarchie der SE 28

- Organautonomie 134
- Organisationsautonomie 71

- Pareto-Optimalität 236
- Personengesellschaften und Mitbestimmungsvereinbarung 139
- Principal-agent-Konflikt
 - Besonderes Verhandlungsgremium der SE 63
 - Unternehmerische Mitbestimmung 16

- Rationalisierungsvereinbarung
 - Autonom-nationalstaatlich verfasste Gesellschaften 143
 - SE 153
- Rechtsformkonkurrenz 195
- Rechtsquellen der SE
 - Normenhierarchie 28
 - Auslegung 30

- Satzungsautonomie 72
- Scheinauslandsgesellschaft 189, 191, 284
- SEAG 28
- Sekundärgründung einer SE 53
- Societas Europaea (SE)
 - Arbeitnehmerlose 49
 - Beweggründe zur Rechtsformwahl 195
 - Dualistische 38
 - Entwicklung 25
 - Gesellschaftsrecht 34
 - Gründung 34
 - Konzernrecht 82
 - Leitung 37
 - Monistische 38
 - Rechtsquellen 28
- Stammhauskonzern 104, 128
- Statusverfahren 146, 212, 216
- Statusbegründende Mitbestimmungsvereinbarung
 - Autonom-nationalstaatlich verfasste Gesellschaften 142
 - SE 153
- Stimmbindungsvereinbarung
 - Aktiengesellschaft 135, 153
 - Zur Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung 87
- Strukturelle Änderung 47
 - Aktivierung von Vorratsgesellschaften 51
 - Einstellung von Arbeitnehmern bei werbender Gesellschaft 52
 - Verhandelbarkeit 76

- Tendenzkonzern 101
- Teilkonzern 99
- Teilkonzernspitze
 - Kollision mit der SE 110, 171
 - Nach dem MitbestG 99
- Territorialitätsprinzip 206

- Überseering 190
- Unternehmen, herrschendes 85
- Unternehmensverhandlungsgremium 258
- Unternehmerische Mitbestimmung
 - Entwicklung 6
 - Europäischer Vergleich 21
 - Ökonomische Auswirkungen 16
 - Reformansätze 218
 - Reformvorschlag 234, 271
 - Verfassungsmäßigkeit 20
 - Vermeidungsoptionen 189
 - Verstoß gegen Unionsrecht 201

- Vereinbarungsautonomie 69
- Vergleichsvereinbarung
 - Autonom-nationalstaatlich verfasste Gesellschaften 144
 - Faktische Rechtsbindung 146
 - SE 153
- Verfassungsrecht
 - Begrenzung von Mitbestimmungsvereinbarungen 139
 - Paritätische Mitbestimmung 20
- Verhandlungslösung
 - Ausgestaltung in der SE 40
 - Entwicklung 1
 - Ökonomische Überlegenheit 235

- Reformansatz für die deutsche Mitbestimmung 271
- Verschmelzung, grenzüberschreitende 198
- „Vielheitsprinzip“ 102
- Vorher-Nachher-Prinzip 67, 197
- Vorrats-SE 51