

MARTIN HENSSLER

Deutsche Mitbestimmung und europäisches Gemeinschaftsrecht – Die Zukunft der Mitbestimmung –

I. Mitbestimmung in internationalen Unternehmensverbindungen

Ist die deutsche Unternehmensmitbestimmung ein Modell, das in einem europäischen Binnenmarkt mit einem offenen Wettbewerb der Gesellschaftsformen und Unternehmensstandorte überlebensfähig ist? Zweifel sind in den letzten Jahren laut geworden und zwar durchaus nicht nur bei notorischen Gegnern des MitbestG. Europäische Entwicklungen bilden neben der Corporate-Governance-Diskussion sogar die Haupttriebfeder für die aktuellen Reformforderungen.

Der status quo des MitbestG und des MontanmitbestG ist in einem durch die Grundfreiheiten geprägten Europa nicht konservierbar. Soll die Mitbestimmungsidee lebendig bleiben, sind Reformen unausweichlich. Dass ein Reformbedarf besteht, ist im Grunde genommen in Politik und Wissenschaft unbestritten. Anders lässt sich die Einsetzung der von Herrn Biedenkopf geleiteten Kommission und die in den Koalitionsvertrag aufgenommene Bindung an ein einvernehmliches Votum dieser Kommission kaum erklären.

Bedeutung und Brisanz unseres europarechtlichen Themas lassen sich nur dann richtig einordnen, wenn man berücksichtigt, dass die europarechtlichen Fragestellungen nur einen Ausschnitt aus einem umfassenderen Problemfeld bilden, nämlich dem Einfluss der Internationalisierung der Wirtschaft auf das deutsche Mitbestimmungsrecht. Das deutsche MitbestG ist ebenso wie das DrittelbG das typische Ergebnis eines politischen Kompromisses. Beide Gesetze streben keine in sich konsistente Ordnung an, sondern wählen eine formalistische, an bestimmte Rechtsformen anknüpfende Regelungstechnik.¹ Mit dieser Technik hat der Gesetzgeber bewusst Regelungslücken in Kauf genommen. Internationale Sachverhalte werden teils als Folge dieses formalistischen Ansatzes, teils aber auch aufgrund der durch das Territorialitätsprinzip gezogenen Grenzen nicht zufrieden stellend geregelt.

Um es bewusst zugespitzt und provokativ zu formulieren:

Aus Rechtsgründen ist derzeit kein deutsches Unternehmen gezwungen, einen mitbestimmten Aufsichtsrat zu installieren, und zwar auch dann nicht, wenn die Gesellschafter eine persönliche Haftung vermeiden wollen.

¹ So zutreffend *Rehberg*, ZGR 2005, 859, 871; *Raiser*, MitbestG, 4. Aufl. 2002, § 4 Rdn. 11; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 1, Rdn. 18 f.

Evident ist dies für die Mitbestimmung nach dem DrittelbG, dessen Anwendbarkeit auf einfachstem Wege, nämlich schlicht durch faktische Konzernkonstellationen unterlaufen werden kann. § 2 Abs. 2 DrittelbG, der für faktische Unternehmensverbindungen keine Zurechnung der Arbeitnehmer kennt, öffnet den Weg zu einer rechtssicheren Vermeidungsstrategie, ohne dass es eines Ausweichens in internationale Sachverhalte bedarf.²

Ganz so einfach geht es im Geltungsbereich des MitbestG angesichts der Konzernklausel des § 5 MitbestG nicht. Gleichwohl trifft auch das MitbestG 1976 nur Unternehmen, die entweder aus Überzeugung oder aber aufgrund faktischer Zwänge – öffentliches Ansehen, faktischer Druck von Seiten der Arbeitnehmer – eine Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat installieren. Einen rechtlichen Zwang gibt es angesichts bestehender Rechtsformwahlfreiheit nicht, sieht man einmal von börsennotierten Gesellschaften ab, die nur eine eingeschränkte Rechtsformwahlfreiheit haben. Die von der Rechtsprechung abgesicherte Gestaltung ist im Anwendungsbereich des MitbestG die deutsche OHG oder KG, deren persönlich haftende Gesellschafter ausschließlich ausländische Kapitalgesellschaften sind. Diese Variante bietet alle Vorteile der Haftungsbeschränkung über die Kapitalgesellschaft, eine deutsche Rechtsform (OHG, KG) und garantiert zugleich Mitbestimmungsfreiheit.³ § 4 MitbestG, der in der rein deutschen „GmbH & Co KG“ die Belegschaft der KG der Komplementär-GmbH zurechnet, greift hier nicht. Damit bleibt die ausländische Kapitalgesellschaft & Co KG mitbestimmungsfrei, obwohl keine natürliche Person mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden haftet. Bekannt, aber bei weitem nicht das größte Unternehmen, das auf diesem Wege die Mitbestimmung vermeidet, ist der Speditionskonzern Kühne & Nagel, ein deutsches Familienunternehmen. Das größte in Deutschland ansässige Unternehmen dürfte UPS Deutschland mit hierzulande 14.000 Arbeitnehmern sein, aber auch Unternehmen, bei denen man es nicht vermutet – etwa die Drogeriekette Müller oder Rolls-Royce-Deutschland – wählen diese Konstruktion.

Daneben gibt es zahlreiche andere Gestaltungsvarianten, über die sich ganz legal die Mitbestimmung vermeiden lässt. Aus der Sicht des Standorts Deutschland nachdenklich stimmen sollte insbesondere die Variante der ausländischen Holding, unter der als deutsche Töchter nur Kapitalgesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern angesiedelt sind.⁴ Meist sind es von ausländischen Unternehmen aufgekaufte mittelständische Familienunternehmen, die auf diese Weise geführt werden. Die Holdingvariante hat den negativen Effekt, dass auch die unternehmerischen Entscheidungen nicht mehr in Deutschland gefällt werden.

Nicht vom MitbestG erfasst werden schließlich die schlichten, rechtlich nicht selbstständigen Niederlassungen ausländischer Rechtsträger. Beileibe nicht nur kleine Vertriebsniederlassungen, sondern Betriebe mit deutlich über 1.000 Arbeitnehmern werden in dieser Form hierzulande geführt. Beispiele bieten wiederum US-Firmen wie FedEx, McKinsey oder American Express.

² Dazu OLG Zweibrücken ZIP 2005, 1966 („Eckes“).

³ *Braun*, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005, S. 136 ff.; *Henssler*, RdA 2005, 330.

⁴ Dazu *Henssler*, ZfA 2005, 289.

Niemand redet gerne über diese Entwicklungen, einer der Gründe, weshalb sie in der Öffentlichkeit wenig bekannt sind. Auf den Bitburger Gesprächen sollten sie indes nicht ausgeklammert werden. Richtig ist, dass der Kreis der Unternehmen, die diese Vermeidungsstrategie wählen, angesichts 746 paritätisch mitbestimmter Kapitalgesellschaften,⁵ davon viele mit ausländischer Beteiligung, insgesamt noch relativ klein ist. Das ist sicherlich nicht nur ein Ergebnis unzulänglicher rechtlicher Beratung, sondern zeigt, dass viele Unternehmen einen vernünftigen Umgang mit der Unternehmensmitbestimmung praktizieren, Mitbestimmung also kein Standortnachteil sein muss.

Ich erwähne diese Vermeidungsstrategien in erster Linie, um deutlich zu machen, dass gerade diejenigen, die die Mitbestimmungsidee weiterführen möchten, daran gelegen sein muss, die Mitbestimmung trotz der internationalen Herausforderungen attraktiv zu erhalten. Der nur faktische Anreiz oder Druck, von dem die Mitbestimmung derzeit lebt, wird nämlich in zunehmend internationalisierten Konzernen deutlich zurückgehen. Nationale Besonderheiten, deren Vorteile den internationalen Kapitalgebern, insbesondere den institutionellen Anlegern, nicht einfach eingängig sind, fallen dann bei der Standortwahl negativ zu Buche. Insofern verstehe ich mich als Mitbestimmungstraditionalist im Sinne von *Adorno*,⁶ dem das kritische Verhältnis zur Tradition als Medium ihrer Bewahrung diene.

II. Mitbestimmung in ausländischen Gesellschaften mit Sitz in Deutschland

1. Die Anwendung deutschen Arbeits- und Mitbestimmungsrechts auf im Ausland gegründete Firmen mit Hauptverwaltungssitz in Deutschland

Wenn wir nun entsprechend der thematischen Vorgabe zunächst auf das europäische Primärrecht im Sinne der europäischen Grundfreiheiten schauen, so haben wir seit der Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Überseering“⁷ und „Inspire Art“⁸ eine grundlegend neue Konstellation.⁹ Die Folge dieser Rechtsprechung ist ein Quantensprung in der Rechtsformwahlfreiheit für deutsche Unternehmen. Jede in einem der 25 Mitgliedstaaten der EU anerkannte Rechtsform kann nunmehr auch für ein rein deutsches Unternehmen gewählt werden. Zwar muss der Gründungsakt im Ausland erfolgen, das Unternehmen kann jedoch sofort den tatsächlichen Hauptverwaltungssitz nach Deutschland verlegen, ohne dass dies ein Missbrauch der ausländischen Gesellschaftsform wäre.¹⁰ Soweit bekannt haben wir noch keinen Fall, in dem diese Gestaltung von einem Unternehmen mit mitbestimmungsrelevanter Größe gewählt worden wäre. Es dürfte aber nur eine Frage der Zeit sein, bis eine der vielen tausend

⁵ Dazu http://www.boeckler.de/cps/rde/xchg/SID-3D0AB75D-9B1B460F/hbs/hs.xsl/256_36217.html.

⁶ *Adorno*, Kulturkritik und Gesellschaft I (Gesammelte Schriften Bd. 10/1+2), Darmstadt 1998, S. 310-320.

⁷ EuGH Slg. 2002, S. I-9919 = NJW 2002, 3614.

⁸ EuGH NJW 2003, 3331.

⁹ Vgl. nur statt vieler *Franzen*, RdA 2004, 257; *Henssler*, GS Heinze, 333, 347; *Thüsing*, ZIP 2004, 381, 382.

¹⁰ *Henssler*, GS Heinze, 333, 347.

Ltd., die inzwischen in Deutschland aktiv sind, eine Größe erreicht, bei der in einer deutschen GmbH zumindest das DrittelbG einschlägig wäre.

Ob in einem solchen Fall die deutsche Mitbestimmung auf die ausländische Gesellschaftsform übertragbar ist, wird bekanntlich im deutschen Schrifttum sehr kontrovers diskutiert.¹¹ Selbst bei denjenigen, die sich im Ergebnis einig sind, gehen die Begründungen weit auseinander. Ganz überwiegend wird die Geltung des Mitbestimmungsrechts abgelehnt. Die entscheidenden juristischen Weichenstellungen können hier nur in knapper Form aufgezeigt werden. Am Anfang aller Überlegungen steht die der europäischen Betrachtung vorgelagerte, international privatrechtliche Frage, ob auf die ausländische Gesellschaft überhaupt die deutschen Mitbestimmungsgesetze anzuwenden sind. Aus dem vom EuGH quasi erzwungenen Wechsel zur Gründungstheorie folgt, dass sich die Besetzung der Unternehmensorgane der ausländischen Gesellschaft grundsätzlich nach dem ausländischen Verbandsrecht richtet, also gerade nicht nach deutschem Recht. Die Mitbestimmung in den Unternehmensorganen ist grundsätzlich ein Teil des Gesellschaftsstatuts.¹² Ein Rückgriff auf das deutsche Recht ist nur denkbar, wenn man das Mitbestimmungsrecht zum international privatrechtlich zwingenden Recht erklärt oder aber den Weg über eine analoge Anwendung des MitbestG wählt.¹³

§ 1 MitbestG nennt bekanntlich explizit nur deutsche Gesellschaften und überdies betonen auch noch die Gesetzesmaterialien, dass das Gesetz sich auf Unternehmen beschränkt, die ihren Sitz im Geltungsbereich des Grundgesetzes haben, Gesellschaften ausländischen Rechts daher nicht erfasst werden.¹⁴ Die Aussagekraft dieser Materialien ist freilich begrenzt, denn zum Zeitpunkt der Verabschiedung des MitbestG stellte sich die Problematik auf dem Boden der damals absolut herrschenden Sitztheorie überhaupt nicht. Die ausländische Kapitalgesellschaft verlor ja mit der grenzüberschreitenden Neuwahl ihres Sitzes ihre bisherige Rechtspersönlichkeit und wurde – wenn sie hierzulande nach einer Sitzverlegung gleichwohl unternehmerisch aktiv wurde – im deutschen Recht als OHG oder BGB-Gesellschaft behandelt.¹⁵ Mit guten Gründen konnte daher eine durch die EuGH-Rechtsprechung und den Wechsel zur Gründungstheorie verursachte, erst nachträglich entstandene Regelungslücke bejaht werden,¹⁶ zumal der deutsche Gesetzgeber verschiedentlich zu erkennen gegeben hat, dass er der Mitbestimmung eine überragende sozialpolitische Bedeutung beimisst.¹⁷

¹¹ Eidenmüller, JZ 2004, 24, 29; Franzen, RdA 2004, 257; Henssler, GS Heinze, 333, 347; Müller-Bonanni, GmbHR 2003, 1235, 1238; Thüsing, ZIP 2004, 381, 382; Braun, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005, S. 155 ff.

¹² BGH NJW 1982, 933, 934; Braun, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005, S. 132 ff.; a.A. Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 143 ff.

¹³ Zum Ganzen Franzen, RdA 2004, 257, 258; Braun, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005, S. 162 ff.

¹⁴ Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung BT-Drucks. 7/4845, S. 4.

¹⁵ Zu der durchaus umstrittenen Beurteilung und dem Zwang zur Liquidation der Gesellschaft vgl. Staudinger/Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rdnr. 617 f.; MünchKomm-Kindler, InterGesR, Rdnr. 393.

¹⁶ Franzen, RdA 2004, 257, 259 ff.; Henssler, GS Heinze, 333, 343 ff.; dagegen Braun, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005, S. 169 ff.; Thüsing, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, S. 95, 98.

¹⁷ So auch das Verständnis des BGH BGHZ 83, 106, 110 (Fn. 171).

Seit dem 29. Dezember 2004 ist dieser Weg über eine Sonderanknüpfung indes verbaut. Zu diesem Zeitpunkt ist das SEBG in Kraft getreten, das die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) regelt. In Kenntnis der Parallelproblematik und obwohl im Schrifttum wiederholt – auch von mir selbst¹⁸ – auf den vergleichbaren Regelungsbedarf hingewiesen wurde, hat der Gesetzgeber auf eine Anpassung der §§ 1 MitbestG und DrittelbG verzichtet. Das Schweigen der Mitbestimmungsgesetze zu den ausländischen Rechtsformen kann seither nur als beredtes Schweigen verstanden werden im Sinne eines Verzichts auf eine Erstreckung der Mitbestimmung. Man wird sogar noch einen Schritt weiter gehen müssen: Das SEBG enthält eine eindeutige gesetzliche Wertung, nach der das deutsche Mitbestimmungsrecht auf international agierende Gesellschaften mit Arbeitnehmern in unterschiedlichen Ländern gerade nicht übertragbar ist.

Das verdeutlichen zum einen die eigenständigen, vom MitbestG abweichenden Regelungen zur Sitzverteilung und zum Wahlverfahren in § 36 Abs. 1 und Abs. 4 i.V.m. §§ 6, 8 ff. SEBG, die eine gleichberechtigte Einbeziehung der ausländischen Arbeitnehmer vorsehen.

Ein sehr anschauliches Votum gegen die schlichte Anwendung des deutschen Mitbestimmungsrechts auf eine monistisch strukturierte ausländische Gesellschaft enthält zum anderen der während der Beratungen des Rechtsausschusses eingefügte § 35 Abs. 3 SEAG. Er gibt in einer monistisch strukturierten SE dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates – über das ohnehin bestehende Zweitstimmrecht in Pattsituationen hinaus – ein zusätzliches Mehrfachstimmrecht, wenn von den Anteilseignern bestellte, geschäftsführende Direktoren aus rechtlichen Gründen gehindert sind, an der Beschlussfassung teilzunehmen. Denkbar sind solche Fälle bei Weisungen an die geschäftsführenden Direktoren oder wenn ein geschäftsführender Direktor in sonstiger Weise unmittelbar und persönlich betroffen und daher aufgrund einer Interessenkollision gehindert ist, an der Abstimmung mitzuwirken.¹⁹ Vermieden werden soll über dieses Mehrfachstimmrecht, dass die Arbeitnehmer im paritätisch besetzten Verwaltungsrat sogar ein Übergewicht erreichen und die Unternehmensführung partiell an sich ziehen.²⁰

Nur am Rande sei angemerkt, dass diese Regelung missglückt ist.²¹ Sie zeigt nur allzu deutlich, wie verfehlt die Übertragung des deutschen Mitbestimmungsmodells auf das monistische System ohnehin ist. Denn was passiert eigentlich, wenn der Chairman des Board, der gleichzeitig der CEO des Unternehmens ist, selbst befangen und daher von der Abstimmung ausgeschlossen ist? Die gesetzliche Regelung versagt hier kläglich. Im monistischen System wird die Parität in der Kontrolle, auf die das MitbestG zielt, zur Parität in der Unternehmensleitung, die mit Art. 12 GG nicht zu vereinbaren ist.

¹⁸ *Henssler*, GS Heinze, 333, 355.

¹⁹ BT-Drucks 15/4053 S. 59.

²⁰ Vgl. *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Hrsg.), Einführung SE, Rdn. 127; *Braun*, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005, S. 99 ff.

²¹ Zur Kritik etwa *Hoffmann-Becking*, ZGR 2004, 370 ff.; *Ihrig/Wagner*, BB 2003, 975.

Eines jedenfalls hat der deutsche Gesetzgeber mit dem Mehrfachstimmrecht sehr deutlich gemacht: Die schlichte Übertragung des deutschen Mitbestimmungsrechts auf eine monistisch strukturierte ausländische Gesellschaft entspricht nicht seinem Willen. Allein konsequent wäre es gewesen, wenn das Konzept des SEBG auf ausländische Gesellschaften mit Hauptverwaltungssitz in Deutschland erstreckt worden wäre, eine Lösung, zu der sich der Gesetzgeber in Kenntnis der Problematik aber nicht entschließen konnte. Angesichts der seither herrschenden vollständigen Konfusion über das gesetzliche Regelungsanliegen bleibt bei methodologisch korrekter Betrachtungsweise nur der Rückzug auf den klaren Wortlaut des § 1 MitbestG und damit die Mitbestimmungsfreiheit der ausländischen Gesellschaft. Alles andere – Spekulationen über das „Warum“ des gesetzlichen Regelungsverzichts: Unfähigkeit oder Unwilligkeit – ist methodologisch nicht fassbar. Für Eingriffe in die verfassungsrechtlich geschützte unternehmerische Entscheidungsfreiheit, zu der auch die Organisation der Unternehmensorgane zählt, gilt der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz, dessen Boden eine Analogie zum MitbestG angesichts der diffusen gesetzlichen Wertungen verlässt.

Seit Inkrafttreten des SEBG können damit auf ausländische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland die deutschen Mitbestimmungsgesetze nicht (mehr) angewendet werden. Es ist damit eine weitere Lücke im Gesamtsystem entstanden.

2. Durch die europäische Niederlassungsfreiheit gezogene Schranken

a) Diskriminierende Wirkung des deutschen Mitbestimmungsmodells

Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung eine Sonderanknüpfung bzw. eine durch analoge Anwendung der Mitbestimmungsgesetze zu schließende Regelungslücke bejahen wollte, so scheitert der Rückgriff auf das deutsche Modell der Mitbestimmung aber jedenfalls an der europäischen Niederlassungsfreiheit. Die Anwendung nationalen Mitbestimmungsrechts auf eine aus dem europäischen Ausland zuziehende Gesellschaft ist eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die nach allgemeinen Grundsätzen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann, zu denen anerkanntermaßen auch der Arbeitnehmerschutz zählt.²² Um europäischen Anforderungen an Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zu genügen, müsste das deutsche Mitbestimmungsmodell jedoch außerdem

- in nicht diskriminierender Weise angewendet werden,
- geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten und
- nur so weit gehen, wie es zur Erreichung des Zieles erforderlich ist.²³

²² EuGH Slg. 2002, I-9919 (Überseering); *Henssler*, GS Heinze, 333, 350; *Braun*, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005, S. 176 ff.; *Franzen*, RdA 2004, 259, 262; *Bayer*, BB 2004, 1496, 1500; gegen die Annahme zwingender Allgemeininteressen *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 28; *Müller-Bonanni*, GmbHR 2003, 1235, 1238.

²³ EuGH, Slg. 1995, S. I-4165, RdNr. 37 – *Gebhard*; 30.09.2003, C 167/01, RdNr. 133 – *Inspire Art*.

Zweifel kann man bereits an der diskriminierungsfreien Wirkung des deutschen MitbestG haben. In einem weit verstandenen Sinne ist dem deutschen Mitbestimmungsmodell die Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer immanent. Nach deutschem Mitbestimmungsrecht werden im EU-Ausland beschäftigte Arbeitnehmer, die bislang in einem Unternehmensorgan der ausländischen Gesellschaft vertreten waren, zwingend aus dem Aufsichts- oder Verwaltungsrat hinausgedrängt. Die Folgen dieser nationalen Ausrichtung lassen sich an einfachen Beispielen verdeutlichen. Eine österreichische GmbH mit 5.000 Arbeitnehmern weltweit, davon 550 in Deutschland, sei – entsprechend der in Österreich geltenden Rechtslage – drittelparitätisch mitbestimmt und verfüge deshalb über einen Aufsichtsrat, in dem ein Drittel der Sitze von Arbeitnehmern des Unternehmens bzw. Betriebsräten besetzt ist.²⁴ Diese GmbH verlege nun unter Berufung auf die EuGH-Rechtsprechung unter Beibehaltung ihrer Rechtsform ihren Verwaltungssitz nach Deutschland. Die Anwendung des deutschen Mitbestimmungsrechts hätte zwingend zur Folge, dass der Aufsichtsrat neu besetzt und nunmehr alle Vertreter der ausländischen Arbeitnehmer aus dem Aufsichtsrat entfernt werden müssten. Allein die 550 in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer dürften sich an der Wahl beteiligen. Die Interessen der großen Belegschaftsmehrheit aus dem EU-Ausland würden als unbeachtlich angesehen, ausländische Arbeitnehmer von Mitspracherechten ausgeschlossen. Es entspricht ganz herrschender Meinung im mitbestimmungsrechtlichen Schrifttum, dass sowohl jene Arbeitnehmer, die in ausländischen Tochtergesellschaften deutscher mitbestimmter Unternehmen beschäftigt sind, als auch die Arbeitnehmer in unselbständigen ausländischen Niederlassungen deutscher Unternehmen nicht an der Aufsichtsratswahl beteiligt werden können. Die Gesetzesmaterialien zum MitbestG betonen sogar ausdrücklich, dass „die im Gesetzesentwurf festgelegten Beteiligungsrechte nur den Arbeitnehmern der in der Bundesrepublik Deutschland gelegenen Betriebe“ zustehen.²⁵

Vergleichbare Beispiele lassen sich mit Gesellschaften aus anderen Ländern bilden, die ebenfalls ein Mitbestimmungsmodell kennen. Besonders ärgerlich ist die Diskriminierung für die ausländischen Arbeitnehmer, wenn diese mit ihrer Unternehmensleitung eine vernünftige Vereinbarung getroffen haben, die ihnen – und Arbeitnehmern aus Konzerntöchtern – bestimmte Sitze in den Unternehmensorganen sichert. Das deutsche Mitbestimmungsrecht nimmt in seiner Rigidität keine Rücksicht auf solche Vereinbarungen. Schon angesichts des Wettbewerbs, der bei drohenden Werksschließungen zwischen den Standorten herrscht, ist diese einseitig auf die Interessen der in Deutschland tätigen Arbeitnehmer ausgerichtete Regelung aus europäischer Sicht nicht akzeptabel. Selbst wenn man mangels Bezuges zum Recht der Arbeitnehmer auf Freizügigkeit einen Diskriminierungstatbestand verneinen will, so fehlt es jedenfalls an der Erforderlichkeit, gerade das deutsche Mitbestimmungsmodell zur Geltung zu bringen, wenn für die SE bereits eine Form der Arbeitnehmerbeteiligung existiert.²⁶

²⁴ Dazu *Kalss*, in: *Baums/Ulmer* (Hrsg.), Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, S. 95, 97. Wahlberechtigt sind dort auch ausländische Arbeitnehmer in ausländischen Betriebsstätten.

²⁵ BT-Drucks. 7/4845, S. 4.

²⁶ Dazu *Franzen*, RdA 2004, 257, 259 ff.

Die Ausklammerung der ausländischen Arbeitnehmer führt meines Erachtens dazu, dass das deutsche Mitbestimmungsrecht generell nicht angewendet werden kann, wenn auch im Ausland Mitarbeiter beschäftigt werden. Nur in solchen Fällen stellt sich bei einer Sitzverlegung überhaupt ein Mitbestimmungsproblem. Bei arbeitnehmerlosen Gesellschaften oder Kleinstunternehmen spielt die Unternehmensmitbestimmung ohnehin keine Rolle.

b) Fehlende Erforderlichkeit

Unabhängig davon, ob man die unter a) geschilderte Problematik unter dem Aspekt der Diskriminierung oder demjenigen der Erforderlichkeit würdigen möchte, fehlt es jedenfalls aus gleich mehreren weiteren Gründen an der Erforderlichkeit, gerade das deutsche Modell formal ausländischen Gesellschaften aufzuzwingen. Zahlreichen europäischen Richtlinien – angefangen von derjenigen zur Einführung des Europäischen Betriebsrats²⁷ über die Richtlinien zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE²⁸ und der Europäischen Genossenschaft²⁹ bis hin zur Verschmelzungsrichtlinie³⁰ – lässt sich der Grundsatz entnehmen, dass eine Verhandlungslösung der strikten Anwendung eines starren gesetzlichen Mitbestimmungsmodells vorzuziehen ist. Die Verhandlungslösung ist aufgrund der Möglichkeit, maßgeschneiderte Lösungen für das mitbestimmte Unternehmen zu entwickeln, stets ein die Niederlassungsfreiheit weniger belastender Eingriff in die freie Unternehmensentscheidung über die Sitzwahl. Mir ist bewusst, dass damit auch zahlreiche andere Regelungen von EU-Mitgliedstaaten nicht mehr dem Europarecht standhalten. Das ist m. E. aber kein Gegenargument. Aus europäischer Sicht ist ein Zwang, zumindest für formal ausländische Gesellschaften einen generellen Vorrang der Verhandlungslösung einzuführen, nur konsequent, ja ein erster Schritt zur überfälligen Harmonisierung der nationalen Mitbestimmungssysteme. Nur das Verhandlungsmodell ermöglicht zugleich die sachgerechte Einbeziehung aller Arbeitnehmer von ausländischen Standorten.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die Anwendung gerade des rigiden deutschen Mitbestimmungsmodells nicht erforderlich ist, um die hinter den Mitbestimmungsgesetzen stehenden Allgemeinwohlinteressen zu verwirklichen.

III. Reformdruck als Folge der Einführung der SE

1. Die SE als nicht originär mitbestimmte Gesellschaftsform

Im Rahmen der Ausführungen zur Thematik der Sitzverlegung ist der Reformdruck, der sich aus der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft SE ergibt,

²⁷ Richtlinie 94/45/EG ABl. Nr. L 254/64.

²⁸ Richtlinie 2001/86/EG ABl. Nr. L 294/22.

²⁹ Richtlinie 2003/72/EG ABl. Nr. L 207/25.

³⁰ Richtlinie 2005/56/EG v. 26.10.2005 ABl. EG L 310/1 v. 25.11.2005.

bereits angeklungen. Der Einfluss der SE auf die rechtspolitische Mitbestimmungsdiskussion geht aber noch weit darüber hinaus. Fälle, wie die StrabAG oder die Allianz zeigen, dass die neue supranationale Rechtsform durchaus keine Fehlgeburt ist, sondern für international operierende Gesellschaften zahlreiche Vorteile bietet und mit der bevorstehenden Regelung der steuerrechtlichen Fragen noch zusätzlich an Attraktivität gewinnen wird.

Das europäische Recht wählt für die Mitbestimmung in der SE einen völlig anderen Ansatz als das deutsche Mitbestimmungsrecht. Die SE selbst ist keine originär mitbestimmte Gesellschaftsform. Ihr Mitbestimmungsmodell ist – sofern es nicht auf einer freien Vereinbarung zwischen Unternehmensleitung und einem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer beruht – immer nur ein von den Gründungsgesellschaften entlehntes Modell. Der gesamte Regelungsrahmen der SE-Richtlinie und des deutschen SEBG ist vorrangig darauf gerichtet, im Sinne eines „Vorher-Nachher-Vergleichs“ eine Minderung der stärksten, in den Gründungsgesellschaften gelebten Mitbestimmungsform zu verhindern.³¹ Kennen die Gründungsgesellschaften keine Arbeitnehmerbeteiligung, dann gilt auch in der SE keine gesetzliche Mitbestimmung. Noch wichtiger erscheint aus deutscher Sicht: Die mitbestimmungsfrei gegründete SE bleibt auch dann außerhalb jeder gesetzlichen Mitbestimmung, wenn sie anschließend organisch wächst und die für das deutsche Mitbestimmungsrecht relevanten Schwellenwerte von 500 oder 2.000 überschreitet.

Die Hintergründe für diesen auf den ersten Blick ungewöhnlichen Regelungsansatz sind bekannt: Die SE-Richtlinie ist ein nach langem Ringen erzielter Kompromiss.³² Diejenigen Länder, die – wie Deutschland – bereits ausgeprägte Mitbestimmungsstandards kennen, wollten eine „Flucht aus der Mitbestimmung“ verhindern; diejenigen Länder, für die eine Arbeitnehmerbeteiligung in den Unternehmensorganen ein Fremdkörper ist, wollten die Unternehmensmitbestimmung über die SE keinesfalls in ihr Land importieren.

Da die SE eine europäische Rechtsform ist, hat der Verzicht des europäischen Gesetzgebers auf ein eigenes Mitbestimmungsregime eine einschneidende Konsequenz: Die SE ist gegen einen mitbestimmungsrechtlichen Zugriff der nationalen Gesetzgeber sozusagen „immunisiert“.³³ Die SE-RL regelt die Mitbestimmung abschließend, weitergehende nationale Regelungen wären europarechtswidrig. Zwar gibt es nicht „die“ SE, sondern aufgrund der weit reichenden Verweisungen in der SE-VO auf nationale aktienrechtliche Vorschriften 25 verschiedene Europäische Aktiengesellschaften.³⁴ Bereits im gesellschaftsrechtlichen Bereich greift diese Öffnung für nationale Besonderheiten aber nur in dem durch die SE-VO abgesteckten Rahmen. Im Bereich der Arbeitnehmerbeteiligung gibt die Richtlinie ebenso zwingend nicht nur den Vorrang

³¹ Dazu § 1 Abs. 1 S. 2 und 3 SEBG; ferner Erwägungsgrund Nr. 18 der SE-RL.

³² Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Blanquet*, ZGR 2002, 20 ff. und *Heinze*, ZGR 2002, 66 ff., sowie die Zusammenfassungen bei *Fleischer*, AcP 204 (2004), S 502, 505 ff., *Oetker*, ZESAR 2005 3 f. und *Reichert/Brandes*, ZGR 2003 769 ff.

³³ So zutreffend *Rehberg*, ZGR 2005, 859, 864.

³⁴ *Henssler*, FS Ulmer, 193 ff.

der Verhandlungslösung vor, sondern auch die Eckdaten der gesetzlichen Mitbestimmung im Sinne der Auffangregelung. So heißt es in Art. 13 Abs. 2 SE-RL ausdrücklich: „Einzelstaatliche Rechtsvorschriften ... in Bezug auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Gesellschaftsorganen ... finden keine Anwendung“ auf Europäische Aktiengesellschaften. Teil 3 lit. b der Auffangregelung ergänzt dies um die Klarstellung: „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.“

An dieser eindeutigen Regelung kommen die nationalen Gesetzgeber nicht vorbei. Eine Anknüpfung an das Mitbestimmungsrecht des jeweiligen Sitzes würde der Gesamtkonzeption der SE als supranationaler Gesellschaft zuwiderlaufen, denn dann müsste sich bei einem Sitzwechsel zwangsläufig auch das Mitbestimmungsregime der SE ändern. Genau dies aber will das europäische Recht nicht. Sitzverlegungen sollen durch solch massive Eingriffe in die Unternehmensleitung nicht erschwert werden.³⁵

Die SE öffnet damit weitere Türen für Vermeidungsstrategien, und zwar solche, die de lege ferenda nicht wieder geschlossen werden können.

2. Unterschiede zum deutschen Mitbestimmungsmodell

a) Übersicht

Vergleicht man die Unternehmensmitbestimmung in der SE mit derjenigen in einer deutschen Kapitalgesellschaft, so ergeben sich vier signifikante Unterschiede, die eine Wahl der supranationalen Rechtsform attraktiv erscheinen lassen können:

- Der Vorrang der Verhandlungslösung.
- Der bereits erwähnte Verzicht auf ein eigenständiges Mitbestimmungsregime mit eigenständigen Eingriffskriterien, etwa Schwellenwerten.
- Der Verzicht auf eine Konzernzurechnung.
- Der Verzicht auf von der Arbeitnehmerzahl abhängige Mindestgrößen für die Unternehmensorgane.

b) Die Verhandlungslösung

Der für die Praxis sicherlich bedeutsamste Unterschied ist der erstgenannte Vorrang der Verhandlungslösung. Er führt zwar zu einer lästigen Verzögerung des Gründungsverfahrens, erlaubt aber für die Unternehmen maßgeschneiderte Lösungen. Wie viel Flexibilität überhaupt umsetzbar sein wird, ist freilich völlig offen. Die Verhandlungspositionen sind ganz ungleichgewichtig verteilt, solange für den Fall des Scheiterns das am weitesten reichende Mitbestimmungsrecht greift. Ausschlaggebend wird sein, in welchem Umfang insbesondere die Vertreter der ausländischen Arbeitnehmer auf einer Beibehaltung des Modells des deutschen MitbestG als Mindestlevel beharren werden. Da dieses Modell für ein international agierendes Unternehmen zugleich die

³⁵ Vgl. dazu den Erwägungsgrund 24 sowie Art. 8 SE-VO.

absolute Obergrenze des Akzeptablen darstellt, ist der Spielraum in solchen Fällen minimal. Ich erhoffe mir gleichwohl eine höhere Effizienz der Gremienarbeit durch stärkere Professionalisierung, wenn etwa die Arbeitnehmersitze auch für nicht unternehmensangehörige Fachleute geöffnet werden, die zugleich das Vertrauen der Arbeitnehmer genießen.

Die künftige Öffnung auch des deutschen Mitbestimmungsrechts für Verhandlungslösungen dürfte ein konsensfähiger Reformansatz sein. Mir erscheint fast sicher, dass auch die von Herrn Biedenkopf geleitete Kommission, wenn sie denn überhaupt zu einer Einigung kommt, auf diesen Reformansatz zurückgreifen wird.

c) Verzicht auf ein eigenes Mitbestimmungsregime

Auf die – als zweiter Vorteil einzustufenden – Konsequenzen des Verzichts auf ein eigenes Mitbestimmungsregime und die Konzentration auf einen Bestandsschutz über das Vorher-Nachher-Prinzip wurde bereits hingewiesen. Sie eröffnet deutschen Unternehmen den Weg zu einer Kapitalgesellschaft, die nicht qua Rechtsform mitbestimmungspflichtig ist. Wächst das mitbestimmungsfrei gegründete Unternehmen über die Schwellenwerte, so ist dies mitbestimmungsrechtlich bedeutungslos. Man mag sich darüber streiten, ob das Überschreiten nationaler Schwellenwerte eine nachträgliche strukturelle Veränderung im Sinne von § 18 Abs. 3 SEBG ist, die eine Wiederaufnahme von Verhandlungen mit dem Besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer nach sich zieht.³⁶ Unbezweifelbar ist aber auch bei Anerkennung einer Neuverhandlungspflicht, dass eine Auffangregelung im Sinne einer erzwingbaren gesetzlichen Mitbestimmung jedenfalls nicht greift.³⁷ Hier liegt ein ganz wesentlicher Unterschied zur organischen Entwicklung einer deutschen Kapitalgesellschaft. Wer den gesetzlichen Zwang zur Mitbestimmung scheut, dem bietet die Umgründung in eine SE eine legale Alternative. Sollen rein nationale Rechtsformen angesichts dieser Konkurrenz attraktiv bleiben, wird sich der Gesetzgeber etwas einfallen lassen müssen.

d) Der Verzicht auf eine Konzernklausel

Attraktiv erscheint die SE – im Sinne einer dritten Besonderheit – ferner deshalb, weil sie keine Konzernzurechnung von Arbeitnehmern kennt. Angesichts des Verzichts auf ein originäres Mitbestimmungsregime war für eine § 5 MitbestG vergleichbare Vorschrift kein Raum. Die SE erlaubt damit die Bildung einer mitbestimmungsfreien, in Deutschland ansässigen Holding eines transnationalen Konzerns. Die mitbestimmungsfrei gegründete SE kann beliebig in- und ausländische Gesellschaften erwerben und faktisch oder über Unternehmensverträge beherrschen, ohne dass dies einen gesetzlichen Mitbestimmungstatbestand auslösen würde. Für den Anspruch der Arbeitnehmer auf Neuverhandlung gilt das soeben zum organischen Wachstum Ausgeführte entsprechend. Der Erwerb wesentlicher Beteiligungen kann eine strukturelle

³⁶ Dazu *Wollburg/Banerjea*, ZIP 2005, 278; *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 195.

³⁷ So auch *Henssler*, RdA 2005, 330; *Rehberg*, ZGR 2005, 859, 875.

Veränderung im Sinne von § 18 Abs. 3 SEBG darstellen. Eine Auffangregelung greift dagegen nicht. War die neu erworbene Tochter bislang mitbestimmt, wird diese Mitbestimmung durch den Eigentümerwechsel ohnehin nicht berührt. Waren die Arbeitnehmer lediglich mittelbar über die 3. WO zum MitbestG (und die Konzernklausel des § 5 MitbestG) an der Wahl der Arbeitnehmervertreter in der bisherigen Konzernholding beteiligt, so ist diese Mitbestimmungsform in der SE nicht geschützt. §§ 34 ff. SEBG betreffen diesen Fall nicht. Von einem Missbrauch der SE kann schon deshalb nicht gesprochen werden, weil auch in den sonstigen Fällen eines Eigentümerwechsels die nur mittelbare Konzernmitbestimmung entfällt. Die Mitbestimmungsfreiheit ist keine spezifische Folge der SE, sondern eine vom Gesetzgeber in Kauf genommene Folge der Lückenhaftigkeit des deutschen Mitbestimmungsrechts.

e) Verzicht auf Mindestgrößen

Reformdruck auf das deutsche MitbestG geht schließlich – im Sinne meines vierten Pluspunktes – von der flexibleren Regelung der Größe der Unternehmensorgane aus. §§ 17, 23 SEAG schreiben für die SE grundsätzlich drei Mitglieder des Aufsichts- bzw. Verwaltungsrates vor.³⁸ In einer SE, die unter Beteiligung einer paritätisch mitbestimmten deutschen AG als Gründungsgesellschaft entsteht, müssen dem Aufsichtsrat mindestens vier Personen angehören. Im Übrigen kennt das Recht der SE nur Höchstzahlen, im Gegensatz zu § 7 MitbestG keine von der Belegschaftsstärke abhängige Mindestgrößen. Nicht nur unter Effektivitäts-, sondern auch unter Kostenaspekten fällt dieser Vorteil ins Gewicht. Im Falle der Allianz AG ist die Chance zur Verkleinerung des Aufsichtsrates als willkommener Nebeneffekt der Verschmelzung auf eine SE genannt worden.

Insgesamt lässt sich prognostizieren, dass die SE nach ihrem etwas mühsamen Start im Jahr 2005 künftig erhebliche Bewegung in die deutsche und europäische Mitbestimmungsdiskussion bringen wird.

IV. Künftige Weiterungen aufgrund der Verschmelzungsrichtlinie

Der von Europa ausgeübte Druck auf die deutsche Mitbestimmung wird künftig noch zunehmen. Der europäische Gesetzgeber ist ersichtlich immer weniger bereit, Rücksicht auf den deutschen Sonderweg zu nehmen. Den nächsten Schritt bildet die bis zum Dezember 2007 umzusetzende Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG vom 26.10.2005.³⁹ Der Schutz der Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften gem. Art. 16 der Richtlinie 2005/56/EG orientiert sich zwar an dem Modell der SE-Richtlinie. Der erleichterte Ausstieg aus einem in den sich verschmelzenden Gesellschaften praktizierten Mitbestimmungssystem ist jedoch nicht

³⁸ Im Fall des Aufsichtsrates kann eine höhere Zahl, im Fall des Verwaltungsrates sowohl eine höhere als auch eine niedrigere Zahl in der Satzung vereinbart werden.

³⁹ Dazu *Neye*, ZIP 2005, 1893; *Maul/Teichmann/Wenz*, BB 2003, 2633; *Pluskat*, EWS 2004, 1.

erst dann möglich, wenn die Belegschaft der mitbestimmten Gesellschaft weniger als 25 % der Gesamtbelegschaft stellt, sondern bereits ab einer Quote von weniger als einem Drittel. Noch gefährlicher für die deutsche Mitbestimmung dürften die Folgewirkungen des Art. 16 Abs. 4 c der Richtlinie sein. Danach können die EU-Mitgliedstaaten die Auffangregelung für monistisch⁴⁰ verfasste Gesellschaften auf die Drittelparität beschränken. Es ist zu erwarten, dass zahlreiche unserer Nachbarstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch machen werden, da die Drittelbeteiligung ihrem Mitbestimmungsverständnis durchgängig eher entspricht als das deutsche Modell. Man wird dieser Regelung zugleich die Wertung des europäischen Gesetzgebers entnehmen können, dass die paritätische Mitbestimmung jedenfalls für die monistische Unternehmensverfassung kein geeignetes Modell der Arbeitnehmerbeteiligung ist. Die Folge der Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten wird sein, dass die deutsche Mitbestimmung über eine grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine monistisch verfasste ausländische Rechtsform schlicht abgewählt werden kann. Die Vermeidungsstrategien werden also auch in Zukunft sukzessive erweitert werden, ohne dass dies der deutsche Gesetzgeber verhindern könnte.

V. Ausblick auf die Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

Wie muss ein europarechtskonformes Mitbestimmungsmodell der Zukunft aussehen, das die Mitbestimmungsidee fortschreibt? Einige Eckdaten hoffe ich in meinem Vortrag verdeutlicht zu haben:

- Den Vorrang der Verhandlungslösung.
- Die Möglichkeit, ausländische Arbeitnehmer an der Wahl zu beteiligen, unabhängig davon, ob sie in Tochtergesellschaften oder Niederlassungen beschäftigt sind.
- Die Absenkung der einer effektiven Aufsichtsratsarbeit nicht dienlichen Mindestgröße von bis zu 20 Mitgliedern.
- Die Möglichkeit, als Vertrauenspersonen der Arbeitnehmer auch Sachverständige zu wählen, die weder Belegschaftsmitglied noch Gewerkschaftsfunktionär sind.
- Für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen bedarf es einer gesetzlichen Auffangregelung, die – um beiderseits Verhandlungsspielräume zu eröffnen – dem Modell der Drittelbeteiligung entspricht. Kommt es zur Zulassung einer monistischen Unternehmensverfassung im deutschen Gesellschaftsrecht, ist diese Einschränkung sogar zwingend.

Ich weiß, den Gewerkschaften fällt es schwer, sich insbesondere mit dem letztgenannten Punkt anzufreunden. Wenn diese Auffangregelung aber gleichzeitig so beschaffen ist, dass sie die bestehenden Vermeidungsstrategien einschränkt und endlich ein in sich konsistentes System verwirklicht, dann wäre dies eine ausgewogene, auch für die Arbeitnehmer insgesamt vorteilhafte Regelung, die eine Stärkung der Mitbe-

⁴⁰ Ungenau insoweit *Neye*, a.a.O., der die Regelung auch auf das Aufsichtsorgan erstrecken will.

stimmungsidee zur Folge hätte. Ebenso wichtig aber erscheint mir, dass Deutschland mit diesem Modell die Mehrheit der EU-Staaten auf seine Seite ziehen und endlich wieder einmal in einer wichtigen rechtspolitischen Frage als Meinungsführer agieren könnte.

VI. Zusammenfassende Thesen

1. Der status quo des MitbestG und des MontanmitbestG ist in einem durch die Grundfreiheiten geprägten Europa nicht konservierbar. Soll die Mitbestimmungsidee bewahrt werden, sind Reformen unausweichlich.

2. Internationale Sachverhalte werden durch die deutschen Mitbestimmungsgesetze nur unzureichend erfasst.

3. Aus Rechtsgründen ist derzeit kein deutsches Unternehmen gezwungen, einen mitbestimmten Aufsichtsrat zu installieren, und zwar auch dann nicht, wenn die Gesellschafter eine persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden über die gewählte Rechtsform vermeiden wollen.

a) Im Geltungsbereich des DrittelbG eröffnet § 2 Abs. 2 DrittelbG, der für faktische Unternehmensverbindungen keine Zurechnung der Arbeitnehmer kennt, eine rechtssichere Vermeidungsstrategie, ohne dass es eines Ausweichens in internationale Sachverhalte bedarf.

b) Unternehmen von einer Größe, die vom MitbestG 1976 erfasst wird, haben mit der OHG oder KG, deren persönlich haftende Gesellschafter ausschließlich ausländische Kapitalgesellschaften sind, ebenfalls eine Gestaltungsvariante, die neben einer deutschen Rechtsform (OHG, KG) alle Vorteile der Haftungsbeschränkung über die Kapitalgesellschaft bietet und zugleich Mitbestimmungsfreiheit garantiert.

c) Weitere Vermeidungsstrategien bieten die ausländische Holding und die rechtlich unselbständigen Niederlassungen, die ausländische Gesellschaften in Deutschland unterhalten.

4. Seit Inkrafttreten des SEBG zum 29.12.2004 können auf ausländische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland die deutschen Mitbestimmungsgesetze nicht (mehr) angewendet werden.

5. Selbst wenn man eine Sonderanknüpfung für das deutsche Mitbestimmungsrecht bejahen will, so scheitert seine Anwendung jedenfalls an zwingendem Europarecht. Das deutsche Mitbestimmungsrecht diskriminiert Arbeitnehmer aus anderen europäischen Mitgliedstaaten. Seine Anwendung ist außerdem nicht erforderlich, um die berechtigten Arbeitnehmerschutzbelange umzusetzen. Europarechtlichen Wertungen zufolge ist die Verhandlungslösung als milderer, die Unternehmen weniger belastendes Mittel der Geltung eines starren gesetzlichen Regimes vorzuziehen.

6. Die SE ist als europäische Rechtsform gegen einen mitbestimmungsrechtlichen Zugriff der nationalen Gesetzgeber „immunisiert“. Der deutsche Gesetzgeber wäre daher nicht berechtigt, die SE deutschem Mitbestimmungsrecht zu unterwerfen.

7. Ist eine SE einmal mitbestimmungsfrei gegründet worden, so kann sie organisch über die für deutsche Rechtsformen maßgeblichen Schwellenwerte wachsen, ohne dass eine gesetzliche Form der Unternehmensmitbestimmung greift.

8. Die SE eröffnet die Möglichkeit, eine in Deutschland angesiedelte mitbestimmungsfreie Holding eines großen internationalen Konzerns zu bilden.

9. Das Recht der SE erlaubt – im Gegensatz zum deutschen MitbestG – die Bildung effektiver kleiner Unternehmensorgane.

10. Die Montanmitbestimmung kann über die SE auf einfachem Weg schlicht abgewählt werden.

11. Die Vermeidungsstrategien werden durch die zum Dezember 2007 umzusetzende Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG noch erweitert werden.

12. Eckdaten eines zukunftsfähigen und europarechtskonformen Mitbestimmungsmodells sind:

- Der Vorrang der Verhandlungslösung.
- Die Möglichkeit, ausländische Arbeitnehmer an der Wahl zu beteiligen, unabhängig davon, ob sie in Tochtergesellschaften oder Niederlassungen beschäftigt sind.
- Der Verzicht auf die einer effektiven Gremientätigkeit nicht dienlichen Mindestgröße von bis zu 20 Mitgliedern.
- Die Möglichkeit, als Vertrauenspersonen der Arbeitnehmer auch Sachverständige zu wählen, die weder Belegschaftsmitglied noch Gewerkschaftsfunktionär sind.
- Für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen bedarf es einer gesetzlichen Auffangregelung, die – um Verhandlungsspielräume für beide Seiten zu eröffnen – dem Modell der Drittelbeteiligung entsprechen muss. Ist diese Auffangregelung gleichzeitig so beschaffen, dass sie die bestehenden Fluchtmöglichkeiten aus der Mitbestimmung ausschließt, dann kommt es zu einer ausgewogenen, auch für die Arbeitnehmer insgesamt vorteilhaften Regelung.