

## Deutsche Mitbestimmung und europäisches Gemeinschaftsrecht – Die Zukunft der Mitbestimmung<sup>1</sup>

### I. Vorbemerkung

Die internationale Corporate Governance und die europäischen Rechtsentwicklung werden von vielen – so meine Eingangsthese – als ein Vehikel genutzt, um die Mitbestimmung in Deutschland zu attackieren.

#### 1. Unabhängigkeit und Qualifikation der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

Beim Thema *Unabhängigkeit* muss man zweierlei richtig stellen:

Was den sog. Sarbanes-Oxley Act in den USA anbelangt, gab es in der Tat damals dort die Frage, was machen wir mit Arbeitnehmervertretern. Da haben am Anfang tatsächlich die deutschen Konzerne, die gut zwanzig, die in New York gelistet waren, auch mitgearbeitet und haben gesagt, das Problem muss gelöst werden. Dies ist dann über die SEC Erläuterungen gelungen: Man hat geantwortet, das Phänomen haben wir in Amerika nicht. Wir haben aber kein Problem damit, wenn woanders Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sitzen.

Viel gravierender war der Beginn der Arbeiten bei der EU-Kommission. Es gab einen erstaunlichen ersten Entwurf zur Unabhängigkeit. Obwohl die SE sozusagen schon europäisches Recht war und andere Kollegen in der Kommission die Zehnte Verschmelzungsrichtlinie schon in der Schublade hatten, stand im Text zur Unabhängigkeit der Arbeitnehmerseite nichts Vernünftiges geschrieben. Da ist dann eine Debatte begonnen worden, auch in der EU-Kommission. Das Ergebnis ist im Anhang der EU-Empfehlung<sup>2</sup> ganz weit hinten versteckt. Das muss man genau zitieren, es heißt nämlich: „ausgenommen sind die Arbeitnehmervertreter, die im Rahmen eines gesetzlich anerkannten Systems gewählt worden sind.“ Das Thema ist also europäisch geklärt und wir müssen in Deutschland nicht noch einmal extra eine Diskussion führen.

---

<sup>1</sup> Geringfügig bearbeitete und um wenige Fußnoten ergänzte Vortragsfassung.

<sup>2</sup> Amtsblatt 25.2.2005, L 52/51 ff.

Zwei Bemerkungen noch zur *Qualifikation* der Arbeitnehmervertreter und auch zu dem, was gesagt wurde, zum Wettbewerb der Kandidaten untereinander. Die Ansicht war: jeder sollte für den Aufsichtsrat kandidieren können, wenn genug Kandidaten da seien, sei der Wettbewerb erst richtig eröffnet. Demgegenüber ist entschieden festzuhalten, wenn wir nicht qualifizierte Leute bei dieser Wahl bekommen – und das ist ja auch der Vorwurf von Herrn Genz gegenüber den Arbeitnehmervertretern gewesen – dann in der Tat wäre die Frage, was das Ganze wert ist. Es sollen nicht einfach da im Aufsichtsrat auch Arbeitnehmer sitzen.

Wir sagen, gleichberechtigte Aufgabe im Aufsichtsrat einschließlich Haftung, allerdings ist der Aufsichtsrat nicht eine reine Sachverständigen-Versammlung. Und zur Qualifikation nur noch ein letzter Satz: Bei der IG Metall muss jetzt jeder, der kandidieren will, auch unterschreiben, dass er die Schulung besuchen wird, sonst wird er nicht wieder auf einem Wahlvorschlag der IG Metall kandidieren dürfen. Das ist die richtige Lösung und nicht, indem wir sagen, jeder kann kandidieren und dann wollen wir mal sehen, was dabei herauskommt. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht nicht gefordert, als es das hohe Quorum für die Wahl der Delegierten in den Betrieben bei Aufsichtsratswahlen für verfassungswidrig erklärt hat<sup>3</sup>.

## 2. Rechtsvergleichung

Es liegt eine Tabelle aus<sup>4</sup>, die im europäischen Netzwerk SEEUROPE erarbeitet worden ist, in dem die Dinge, die im engeren Sinne als Partizipation anzusehen sind, zusammengestellt wurden. Wenn man wirklich Rechtsvergleichung bei Industrial Relations machen will, darf man nicht über Arbeitnehmerbeteiligung/Board Level Representation alleine sprechen. Aber wenn dies schon isoliert geschieht, muss man genauer hinsehen. Diese Tabelle der 25 EU-Staaten – demnächst erweitert auf 28 Staaten des europäischen Wirtschaftsraums – wird immer wieder aktualisiert. Nun kann man wie die Arbeitgeber sagen, das alles sei zu detailliert. Aber umgekehrt finde ich die holzschnittartigen Darstellungen, die es in manchen Arbeitgeberbroschüren gibt, viel weniger dienlich.

Zur *ausländischen Empirie* und zum Vortrag von Herrn Junker sei einiges kurz angemerkt:

Es wurde auf *Dänemark* hingewiesen und gesagt, zwanzig Prozent haben dort nur eine Mitbestimmungsregelung. Das ist richtig, wenn Sie in toto alle dänischen Kapitalgesellschaften zusammenzählen, wie dies in der englischen Kurzfassung einer Studie aus Dänemark geschieht. Man muss aber darauf hinweisen, dass es in Dänemark niedrigste Arbeitnehmer-Schwellenwerte gibt (35) und zweitens weitaus – in Relation zu Deutschland – mehr Aktiengesellschaften. Wenn man sich jedoch einmal die dänische Originalfassung der Studie ansieht und dann abschichtet nach Beschäftigtenzahlen,

<sup>3</sup> Beschluss v. 12.10.2004, ZIP 2004, 2201 ff.

<sup>4</sup> Gedruckt demnächst in *Kluge/Stollt*, The European Company – Prospects for worker board-level participation in the enlarged EU, Brüssel 2006. S. auch die Website: [www.seeurope-network.org](http://www.seeurope-network.org).

kommen Sie bei fünfhundert Arbeitnehmern auf eine Ausschöpfungszahl von 72,9 Prozent<sup>5</sup>.

Zu den *Niederlanden*, Herr Junker, da sind Sie nicht mehr ganz auf der Höhe der Zeit, die Kooptation durch den Aufsichtsrat ist im Oktober 2004 beseitigt worden. Es gibt jetzt eine Übergangssituation, die Hauptversammlung ist zuständig gemacht worden für die Bestellung der Aufsichtsräte insgesamt. Die Betriebsräte haben jetzt ihr gegenüber ein Nominierungsrecht bis ein Drittel der Sitze von Personen ihres Vertrauens eingenommen worden sind. Und das wird dann das allgemeine Recht sein. Richtig ist, die sog. Strukturregelung für diese Art der Arbeitnehmerbeteiligung hat bestimmte Ausnahmen. Konzerne, deren Mehrheit der Arbeitnehmer im Ausland beschäftigt ist, brauchen nach der niederländischen Gesetzgebung die Strukturregelung nicht anwenden. Dem muss man jedoch hinzufügen: Zahlreiche niederländische Konzerne haben das nicht genutzt, sie haben die Strukturregelung beibehalten. Insofern gilt wiederum, dass zum Rechtsvergleich die Empirie treten muss.

Eine abschließende Anmerkung zum Begriff, der auch im Auftrag der Biedenkopf-Kommission aufgetaucht ist, von der *europatauglichen Weiterentwicklung*. Er ist aus meiner Sicht nicht glücklich. Man kann nicht vergleichen wie Herr Junker, dann feststellen, was der „Schnitt“ in Europa ist, und dann sagen europatauglich ist, wenn wir uns dem ganz schnell annähern.

## II. Deutsche Mitbestimmung und europäisches Gesellschaftsrecht

Nach der Betrachtung einiger Rechtstatsachen (1.) sind hier kurz drei Aspekte zu erörtern:

- Internationale Sachverhalte und ausländischen Belegschaften (2.),
- Grenzüberschreitende Konzerne und Unternehmen (3.),
- Die Situation bei den europäischen Aktiengesellschaften (4.).

### 1. Die Rechtstatsachen

Entgegen manchen Behauptungen und Pressemeldungen: die Rechtstatsachen<sup>6</sup> taugen nicht als „Motor für Reformbestrebungen“. Man muss sich die Empirie ein bisschen genauer ansehen und auch über einige Rechtsfragen dabei diskutieren.

In Deutschland waren Ende 2004 746 Unternehmen unter dem Mitbestimmungsgesetz. Es ist darauf hinzuweisen, dass dreißig Prozent davon unmittelbar oder mittelbar einem ausländischen Investor gehörten<sup>7</sup>. Das *Handelsblatt* hat am 14.6.2005 geschrieben, dass die Auslandsinvestoren über die Hälfte der im deutschen DAX befindlichen

<sup>5</sup> S. dazu auch Böcklerimpuls 8/2005, S. 7, [www.boecklerimpuls.de](http://www.boecklerimpuls.de).

<sup>6</sup> Siehe Sick, Hans-Böckler-Stiftung, „Mitbestimmungsrelevante Unternehmen mit ausländisch/kombiniert ausländischen Rechtsformen“, Böcklerimpuls 2/2006, S. 7.

<sup>7</sup> Diel, Die Mitbestimmung 5/2005, S. 66 f.

Unternehmen schon mehrheitlich in der Hand hielten. Dabei unterlagen diese Unternehmen – bis auf die Deutsche Börse – dem Mitbestimmungsgesetz 1976.

Zur Drittelbeteiligung im Übrigen gibt es immer noch nur eine Schätz-Zahl von rund 2000. Erst im Drittelbeteiligungsgesetz 2004 wurde festgelegt, dass die Aufsichtsräte publiziert werden müssen. Auch in diesem Bereich – also ab mehr als 500 Arbeitnehmer – finden sie kaum eine ausländische Rechtsform<sup>8</sup>.

Nun zur Parole, dass legale Vermeidungsstrategien in Deutschland eine Konjunktur haben und dass wir jetzt deshalb etwas tun müssten.

Es ist umgekehrt so, dass ein großer Teil dieser Vermeidungsstrategien nur punktuelle sind, und da ist es eben die Frage, ob wir sagen:

Das Ganze ist jetzt so löchrig, dass es zusammenbricht und wir fangen gleich freiwillig tiefer an, wie es Herrn Henssler vorschwebt oder gehen zum Vorschlag von Herrn Weiß, der ja eine ganz andere Lösung der Arbeitnehmerbeteiligung heute Morgen angeschnitten hat. Oder sagen wir:

Wenn es die Probleme schon lange gibt, sollten wir über einzelne Korrekturen und Lückenschließungen reden.

Der deutsch-amerikanische Handelsvertrag, der Niederlassungen in Deutschland schützt, ist sogar von 1954. Wir haben aber derzeit als reine Niederlassung in Deutschland im Bereich der mitbestimmungsrelevanten Größen nur ein Unternehmen, dies allerdings auch schon seit Jahrzehnten. Zahllose Amerikaner haben trotz dieses Vertrages die Niederlassungs-Lösung nicht gewählt. Wir haben weiterhin einige Fälle noch in der Kombination mit der KG, darauf komme ich noch.

## 2. Internationale Sachverhalte und ausländische Beschäftigte

*Unselbstständige Zweigniederlassungen* ausländischer Unternehmen in Deutschland gibt es derzeit nur eine. Auf die Verwendung von ihnen als Komplementäre in einer deutschen KG komme ich gleich noch einmal zurück.

Dann zum Problem der *deutschen Konzernmutter mit den Auslandstöchtern*. Es gab und gibt noch immer welche, die sagen, das sei eine Diskriminierung nach dem EU-Vertrag, dass diese Beschäftigten nicht einbezogen seien. Da sind wir uns in der Mehrzahl wohl einig, dass kein Verstoß gegen EU-Recht vorliegt. Vor allen Dingen ist aktuell hervorhebenswert, dass Artikel 16 der Verschmelzungsrichtlinie vom November letzten Jahres genau das Gegenteil im Auge hat. Dort steht nämlich, dass wegen der Tatsache, dass es keine grenzüberschreitenden Partizipationsrechte gibt, bei Verschmelzungsabsichten immer zu verhandeln ist. Es wäre also sozusagen, wenn man eine Diskriminierung sähe, dann hier europarechtswidrig eine neue europäische Richtlinie entstanden. Das kann man wirklich nicht vertreten.

Das grenzüberschreitende Element der Partizipation in Europa gibt es bei nationalen Unternehmen eigentlich gar nicht. Kurz anzusprechen sind jedoch zwei Fälle, weil sie die Sache ein wenig illustrieren:

---

<sup>8</sup> Siehe Sick, a.a.O.

Die Niederlande mit ihrer Ausnahme von der Strukturregelung wurden bei der Vorbemerkung bereits angesprochen.

In Schweden entsenden in der Tat die Gewerkschaften, die tarifschließende Parteien sind, in den Verwaltungsrat. Das ist dort sogar so offen geregelt, dass das in der Regel die Gewerkschaftsvorsitzenden in dem Betrieb sind. Es gibt ja in Schweden keine Betriebsräte, sondern das einspurige System der Interessenvertretung. Und in bestimmten Fällen bei großen Konzernen nimmt man für die Entsendung in den Verwaltungsrat einen Hauptamtlichen aus dem Apparat, oder man nimmt aus der norwegischen oder finnischen Tochtergesellschaft einen Gewerkschafter. Auch das gibt es, aber nur in Schweden, und das zwar deswegen, weil dort die Gewerkschaften das Entsendungsrecht haben. Das wäre vielleicht eine Lösung für das Problem der Grenzüberschreitung, aber darüber wird ja hier keiner mit mir diskutieren wollen.

Man muss allerdings auch darauf hinweisen, dass die schwedischen Gewerkschaften auch das Recht auf einen Mitbestimmungstarifvertrag haben. Das ist eine andere Art der Partizipation im Ansatz. Dort ist dann der Gewerkschaft im Unternehmen die Unternehmensplanung vorzulegen, die Personalplanung usw. Das läuft durchaus parallel zum Verwaltungsrat. Und wenn wir heute Morgen über Parallelstrukturen der Beteiligung in Deutschland gesprochen haben, dann gibt es in anderen Ländern Europas derartiges auch.

Eins ist richtig: Das Problem mit den ausländischen Beschäftigten muss angegangen werden. Da wäre es natürlich das Sicherste und Vernünftigste, das gesamteuropäisch zu machen. Die Frage ist, welchen Zeithorizont man dafür hat. Was der Kommissionsbericht von BDI/BDA aus 2004 dazu enthält, ist nur plakativ. Wie es konkret gehen soll, steht da nicht.

Der DGB fordert, das passive Wahlrecht im deutschen Gesetz zu verankern. Das wäre der erste richtige Schritt. Heute haben sich schon zwei zum Thema geäußert. Herr Weiß hat z. B. gesagt, der Rest sei eigentlich eine technische Frage. Meiner Ansicht nach wäre es ein Politikum, je nachdem wie man das im Einzelnen macht. Da muss man sich jetzt länger den Kopf zerbrechen, auch vielleicht über Möglichkeiten, da oder dort anzudocken. Aber so einfach ist das nicht.

### 3. Grenzüberschreitende Konzerne und Unternehmen

Nun zur *ausländischen Holding*. Hier wurde heute Morgen einmal Electrolux erwähnt und vorhin ist Vodafone genannt worden. Dort habe ich immer noch das Vergnügen, im Aufsichtsrat zu sitzen. Da ist vieles anders gelaufen, als bei Electrolux jetzt. Es gibt den Zustimmungskatalog des Aufsichtsrates 1 : 1 noch aus der Mannesmann-Zeit im Bereich Telekommunikation. Die Wertgrenzen darin wurden vor der Übernahme schon nach oben gefahren und sind so geblieben. Und es gab – das muss man auch einmal festhalten dürfen – seitdem Vodafone den Kommunikationsbereich hat, einen enormen Personalaufbau in Deutschland.

Auf der anderen Seite beispielsweise hat Henkel Cognos in den Niederlande gegründet – dabei sogar den deutschen Betriebsratsvorsitzenden mit in die dortige Re-

gelung genommen – und ist dann wiedergekommen. Sie sagen, es sei vernünftiger, das von Deutschland aus zu machen.

Richtig ist, es gibt Lücken in den ganzen Konzernzurechnungsvorschriften bei der Arbeitnehmerbeteiligung. Wissmann hat in der Festschrift für Däubler<sup>9</sup> über den „Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung als Dauerpatienten“ geschrieben. Die ärgerlichste Lücke ist allerdings, dass im Drittelbeteiligungsgesetz 2004 die Zurechnungsvorschrift vom Aktiengesetz 1965 wieder übernommen wurde. Eine Zurechnung erfolgt bei weniger als 2000 Arbeitnehmern weiterhin nur im Vertragskonzern. Hier gibt es Reformbedarf.

Bei der *ausländischen Kapitalgesellschaft und Co KG* „gestalten“ auch Deutsche. Aber andererseits gibt es schon die eine oder andere interessante Geschichte bei der Kombination mit Ausländern als Gesellschaftern, die Sie Herr Henssler in einer Veröffentlichung<sup>10</sup> schon einmal angesprochen haben. Das OLG Stuttgart war damals ganz mutig in dem Vögele-Fall<sup>11</sup>. Es sagte: „Wir haben eine KG mit zwei Kapitalgesellschaften, das eine sind die Schweizer, die Kommanditisten jedoch sind eine deutsche GmbH. Also wenden wir § 5 Absatz 3 Mitbestimmungsgesetz auf die deutsche Gesellschaft an.“

Richtig ist, dass da eine gewisse Flurbereinigung im Mitbestimmungsgesetz, insbesondere in § 4, sinnvoll wäre. Nur Kühne & Nagel wurde falsch zitiert. Der Fall beim OLG Bremen<sup>12</sup>, handelte viel früher und da ging es um die ganz banale Frage: Sind die Aktien einer Familie zusammenzurechnen und kommen wir deshalb zur Anwendung von § 4 Mitbestimmungsgesetz oder sind sie es nicht? Das ist ein uraltes Thema, die Familie verteilt die Aktien untereinander und dann hat man das Ganze „gestaltet“.

Es wurde damals 1976 in einem Ringen um die Frage Kapitalgesellschaft/Personalgesellschaft ein Kompromiss gefasst, der eigentlich missglückt ist. Und in der Tat, da müsste etwas geschehen. Dann hat man dabei auch die Frage zu klären, was mit den ausländischen Komplementären gemacht werden soll?

Nur weise ich noch einmal auf die Rechtstatsachen hin, es sind derzeit wenige solcher Konstellationen existent. So ist z. B. United Parcel Service ursprünglich einmal als US-Niederlassung gekommen und inzwischen sind sie in der Kooperation von einer Incorporated und einer KG.

Ausländische Gesellschaft mit inländischem Verwaltungssitz:

Zur Limited in Deutschland gibt es Märchen und jeder, der eine Homepage eröffnet mit „Hau-ab.de“ und ähnlichen Begriffen, muss ja behaupten, es gäbe schon tausende Limited. Demgegenüber hat Herr Neye vom Bundesjustizministerium im Oktober auf einer Konferenz in München gesagt, er habe sich das Ganze mal genauer angesehen, und alle Zahlen die er gelesen habe, seien um ein Mehrfaches zu hoch. Es würden jeden Monat in Deutschland noch immer mehr GmbHs gegründet als Limited, und zwar im Faktor drei bis vier mehr.

<sup>9</sup> FS Däubler 1999, S. 385 ff.

<sup>10</sup> RdA 2005, S. 330 ff.

<sup>11</sup> 30.3.1995, ZIP 1995, S. 1004 ff.

<sup>12</sup> 30.4.1980, DB 1980, S. 1332 ff.

Weiterhin: Es gibt keine Limited als solche, die in irgendeiner mitbestimmungsrelevanten Größe schon heute existiert. Das Einzige, was es gibt, ist in der Tat der Fakt, dass wir bei KGs in einigen Fällen ausländische Komplementäre haben. Darunter einen spektakulären Fluchtfall, Prinovis, also die Druckereifusion von Springer und Bertelsmann; die haben eine englische Limited genommen. Das ist der erste größere Fall in Deutschland. Jetzt aber zu sagen, weil wir einen solchen Fall haben, müssen wir das Scheuentor gleich aufmachen, ist aus meiner Sicht nicht nachvollziehbar.

Die Frage ist allerdings: Fällt derartige z. B. unter § 4 MitbestG oder könnte der deutsche Gesetzgeber etwas machen? Meiner Ansicht nach auf alle Fälle letzteres. Der Auslegung geltenden Rechts im Übrigen kann man auch nicht aus der Debatte um die SE ein sog. beredtes Schweigen des deutschen Gesetzgebers entgegenhalten. Aus den Materialien zur SE ist nichts zu entnehmen, was man jenseits des Problems, wie mit der Mitbestimmung im Verwaltungsrat zu verfahren sei, diskutiert hätte. Fest steht, dass wir auch nach der Sevic-Entscheidung des EUGH<sup>13</sup> vor dem Problem stehen, dass es ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit ist; aber aus unserer Sicht ist das Allgemeininteresse für den deutschen Gesetzgeber hier zu reklamieren. Der Eingriff ist geeignet und auch erforderlich; da kann man nicht mit irgendwelchen Verhandlungslösungen stattdessen kommen. Das will ich jetzt wegen der Zeit nicht länger ausführen, aber auf die Beiträge von Franzen<sup>14</sup> und Thüsing und Bayer<sup>15</sup> hinweisen.

Fazit: Der deutsche Gesetzgeber könnte und sollte hier etwas tun.

Wir brauchen eine zügigen Umsetzung der *10. Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung*, weil gerade seit Sevic wieder eine Diskussion entstanden ist, ob das nun nur für Reinverschmelzen gilt, oder man auf die Art und Weise auch sich hinausverschmelzen kann. Als Anwalt würde ich momentan jedem raten: Seien Sie noch ein bisschen vorsichtig und seien Sie noch ein bisschen geduldig, die nationale Umsetzungs-Gesetzgebung ist in Arbeit. Der Mitbestimmungs-Kompromiss, der zum Schluss bei den Richtlinien-Verhandlungen gefällt worden ist, bedrückt nicht so sehr wegen der 33 1/3 Prozent statt 25 Prozent beim Arbeitnehmer-Schwellenwert für die Auffanglösung. Aber die Möglichkeit, dass einzelne Staaten für den Verwaltungsrat – nur für den – einen Deckel von einem Drittel für die Sitze der Arbeitnehmerseite einführen können, das ist in der Tat eine schlechte Lösung. Aber auch da muss man wieder sagen: „Wollen wir doch erst einmal sehen, wie das bei der Umsetzung in den einzelnen Ländern läuft.“

Darauf aufmerksam zu machen ist auch, dass die EU-Kommission momentan dazu neigt, sie hätten ihre Hausaufgaben gemacht. Zwar wurde 2003 ein *Aktionsplan*<sup>16</sup> veröffentlicht, aber jetzt meint die Kommission doch erst einmal alle Beteiligten zu befragen, ob es hier überhaupt noch notwendig ist, an diesen Plänen weiterzuarbeiten.

<sup>13</sup> 13.12.2005, BB 2006, S. 11 ff. mit Anm. Schmidt/Maul.

<sup>14</sup> RdA 2004, S. 257 ff.

<sup>15</sup> Thüsing, ZIP 2004, S. 381 ff.; Bayer AG 2004, S. 534 ff.

<sup>16</sup> 21.5.2003, KOM (2003), 284.

Das gilt für die Sitzverlegungsrichtlinie, sogar für die spannende Frage der Wahl in allen EU-Staaten zwischen monistischem und dualistischem System für nationale Aktiengesellschaften und manches mehr.

#### 4. Die Europäische Aktiengesellschaft

Die SE ist ein begrüßenswerter Kompromiss als Angebot zur Europäisierung der Unternehmen. Allerdings gibt es auf der anderen Seite auch nur sehr vorläufige Erfahrungen. Die Bandbreite ist groß. Es gibt die Kuriosität, dass in Österreich bei der Strabag die Europa-Präsidentin des EBR, die gleichzeitig Sekretärin des Vorstandsvorsitzenden ist, eine Vereinbarung alleine unterschrieben hat. Dort kommt man nun gewissermaßen erst in der zweiten Runde zu Verhandlungen, nachdem die Eintragung beim österreichischen Gericht angegriffen worden war.

Es sind noch nicht einmal alle Länder fertig mit der Umsetzung, das muss man ja auch feststellen.

Die ersten Fälle sind wirklich eine Gelegenheit zum Üben für alle. Es gibt die Möglichkeit des Boardmodells jetzt in Deutschland. Da werden andere wieder sagen: „Ja, aber mit zuviel Mitbestimmung.“ Aber wir haben sie erst einmal. Bei Vossloh war es angedacht (mit 8 : 4 dort im Verwaltungsrat) und nur weil der Aufsichtsratsvorsitzende dann weg gewesen wäre, wurde das Ganze torpediert.

Wir haben den Allianz-Fall, bei dem ich Mitglied der Deutschen im BVG sein werde. Da wird man über all diese Dinge in einer anderen Weise sprechen können, als in dem einen oder anderen Fall, den es bisher in Europa gegeben hat. Aber natürlich muss man einräumen: Wenn die Verhandlungen scheitern würden, dann kann es eine 6 : 6 Auflösung für den Aufsichtsrat geben. Es wäre aber, so wie das Recht nun einmal ist, mehr als eine Zumutung, wenn ausgerechnet die Italiener, die bei der Fusion ihr Unternehmen ja insgesamt untergehen sehen, nicht in diesen SE-Aufsichtsrat kämen. Der Wille zum Verhandeln muss auf beiden Seiten da sein, das wird bei der Allianz jetzt auszuloten sein.

Der zweite Unterpunkt, ist die mitbestimmungsfreie SE:

Es ist rechtstechnisch ein Kuriosum im Gespräch: die Vorrats-SE. Dabei haben wir den Artikel 11 und einen 18. Erwägungsgrund zur Richtlinie, die ja von Missverbrauchsverbot und strukturellen Veränderungen sprechen, und zwar auch für Fälle nachdem die SE gegründet ist. Es ist ein wenig zu verstehen, wenn sich Anwälte Gedanken machen, wie man mit neuen Produkten auf den Markt kommen und irgendetwas anbieten kann, was Geld bringt. Dann muss man aber festhalten, dass ein Fall jedenfalls schon gescheitert ist. Die Zollhafen-SE in Hamburg, bei der es hieß, „wir Gründer haben keine Arbeitnehmer, die Gesellschaft soll auch keine Arbeitnehmer haben und deswegen brauchen wir auch keine Vereinbarung“, ist nicht ins Handelsregister gekommen<sup>17</sup>. Es existieren derzeit zwei weitere solche Fälle, bei denen der Re-

<sup>17</sup> ZIP 2005, S. 2017, Faksimile auch bei Blanke, nächste Fn.

gisterrichter „nicht so genau hingeguckt hat“. Vorrats-SE, die zum einzigen Zweck gegründet werden, damit zu handeln und dabei die Mitbestimmungsfreiheit zu haben, sind nicht akzeptabel. Professor Blanke hat im Auftrag der Böckler-Stiftung dazu kürzlich ein Gutachten vorgelegt<sup>18</sup>. Weil die Gründer keine Arbeitnehmer haben, können sie auch nicht verhandeln, ist eine Art von Argumentation, die angesichts von Artikel 12 der SE-Verordnung, wo ja im Einzelnen steht, was die Voraussetzungen zur Eintragung einer SE sind, abzulehnen ist. Wenn man solche Angebote wirklich dann ins Internet stellt und sagt, „hier haben Sie eine SE, die können Sie kaufen, die ist mitbestimmungsfrei“, da fängt das mit dem Missbrauch wirklich schon an bzw. solche SE gehören gar nicht erst ins Handelsregister.

Man muss auch einräumen, dass der deutsche Gesetzgeber, indem er sehr am Wortlaut der Richtlinie geblieben ist bei der SE, bei manchen Fragen natürlich nur begrenzt weitergeholfen hat. Diese ganzen Missbrauchsfragen werden irgendwann zum EUGH kommen müssen oder wir schaffen es, das wäre vielleicht vom Zeitraum her das Gleiche, die Richtlinie noch einmal europäisch nachzubessern.

Richtig ist, dass es mitbestimmungsfreie SE's im Zuge von Verhandlungen auch geben könnte. Das kann am ehesten in Ländern sein, die bisher im Sinne von Herrn Junker mitbestimmungsfrei sind. Da muss man aber sagen, einige der Gestaltungen, an die momentan gedacht wird, sind zweifellos „strukturelle Änderungen“ und da ist auch der im SEBG geregelte Missbrauchstatbestand ins Auge zu fassen. Man kann nicht, wie es manche tun, die Missbrauchsvorschrift ganz eng auslegen, da die Strafvorschrift des § 46 SEBG zu bedenken sei. Richtigerweise sollte man das Strafrecht für sich betrachten. In der Tat würde ich nicht jemanden sofort zum Strafrichter ziehen wollen:

Aber zum Missbrauchsthema ist auf europäischer Ebene so viel gesagt worden, dass man da nicht einfach nur den Extremfall für aufgreifbar halten kann. Wenn man alles nachweisen kann und das alles innerhalb eines Jahres, denn das ist ein interessantes Detail des § 42 SEGB, nur dann könne man überhaupt hier etwas machen, greift meiner Ansicht nach zu kurz.

Das letzte Thema bei der SE ist die Konzernzurechnung: die Holding einerseits und das Einfrieren oder irgendwie die Mitbestimmung unterhalb von Schwellenwerten festzuhalten andererseits. Solange das kein Massengeschäft ist, und das ist die SE ja nicht, werden die Berater auf unserer Seite genauso wie die Anwälte auf der anderen Seite an dieser Stelle natürlich aufpassen. Für die Allianz kann ich Ihnen jetzt schon sagen, dass wir natürlich sogar die Frage der Rückumwandlung bedenken werden. Denn das ist ja sozusagen das Horrorszenario ganz am Ende: Jemand gründet in Deutschland die SE und geht dann irgendwo hin. Gewisse Zeit später wandelt er sich dann dort wieder in eine nationale Aktiengesellschaft. Ein Berater auf Arbeitnehmerseite, der an diesen Fall nicht denken würde, käme gar nicht erst zu den Verhandlungen.

---

<sup>18</sup> „Vorrats-SE“ ohne Arbeitnehmerbeteiligung, edition der Hans-Böckler-Stiftung 2005, Nr. 161.

Aber so lange wir in der Praxis an der einen oder anderen Stelle das auch einmal vernünftig diskutieren werden, und wir jetzt schon die Baukästen der anderen Seite studiert haben, wird das eigentlich selten praktisch werden. Die klassische Idee, die immer wieder auftaucht, ist der DaimlerChrysler-Fall sozusagen als SE: Also, dass man im ersten Schritt irgendeine kleine SE gründet oder gar arbeitnehmerlos, und dann das ganze große Gebilde darunter hängt. Da wird doch sofort der Missbrauch offensichtlich, und innerhalb von einem Jahr sollte man jedenfalls in Deutschland so etwas nicht riskieren.

### III. Schlussbemerkung

Erstens ist eine Menge in Europa in Bewegung: Abzulehnen ist aber die These, der einzige sinnvolle Ausweg sei die Drittelbeteiligung und dazu sollten noch ein paar Detailkorrekturen erfolgen.

Es geht darum, dass man momentan erst einmal ein bisschen genauer nach Europa sieht, was es in den anderen Ländern an Erfahrungen gibt. Dabei ist es nötig, dass alle zusammen Erfahrungen sammeln. Dann allerdings können wir das eine oder andere vielleicht auch in die deutsche Debatte herübernehmen.

Nur umgekehrt einfach zu sagen, weil es in anderen Ländern anders aussieht, und da der Standard niedriger liegt, jetzt machen wir in Deutschland ganz schnell weniger Mitbestimmung, den Weg gehen wir nicht mit.

Es ist aber auch verkehrt in Deutschland jetzt zu denken, wir fangen noch einmal ganz neu an. Es wäre – dies doch am Schluss zum Vortrag von Herrn Weiss von heute morgen bemerkt – gesellschaftspolitisch verkehrt, noch einmal zurück nach 1920 gehen zu wollen.

**Table: Worker board-level participation in the EU-25 by Norbert Kluge and Michael Stollt, ETUI-REHS**

	Legislation on Board-Level Representation	Criteria	Number of Workers' Representatives on the Company Board	Nomination of Candidates	Vote by Employees' Appointment	Eligibility Criteria for Workers' Representatives on the Boards	Structure of Relevant Companies
Austria	yes	limited liability C >300 and JSC	1/3 of SVB	appointment by WC		only members of WC (having active voting rights, i.e. only E)	D
Belgium	no						M
Cyprus	no						M
Czech Republic	yes	JSC >50 E and state-owned C	1/3 of SVB	private C: TU/WC, E (10%), management  state-owned C: electoral regulations established by employer in agreement with TU	vote	private C: E and external TU officials  state-owned C: only E	D

Legend:

TU = company trade union

WC = works council / elected worker representatives

E = employees

C = companies

JSC = joint stock companies

SVB = supervisory board

MB = management board

M = monistic structure (board of directors: board)

D = dualistic structure (management board and supervisory board)

Source:

European Trade Union Institute and Hans Böckler Foundation (2004) The European Company – Prospects for board-level representation. Brussels and Düsseldorf.

Update: 09.01.2006.

**Table: Worker board-level participation in the EU-25 by Norbert Kluge and Michael Stollt, ETUI-REH**

	Legislation on Board-Level Representation	Criteria	Number of Workers' Representatives on the Company Board	Nomination of Candidates	Vote by Employees' Appointment	Eligibility Criteria for Workers' Representatives on the Boards	Structure of Relevant Companies
Denmark	yes	C > 35 E	1/3 of board (at least 2 members)	no legal procedure	vote	only E	M/D (hybrid system)
Estonia	no						D
Finland	yes	C > 150 E	agreement between employer and personnel groups on number of representatives (max. 4 members/25% of number of other members) and choice of board (employer may ultimately decide between SVB, board or management groups)	by personnel groups in WC procedure	vote if no agreement between personnel groups	only E	M+D (choice of SVB option if stock cap > EUR 80,0

**Legend:**

TU = company trade union

WC = works council / elected worker representatives

E = employees

C = companies

JSC = joint stock companies

SVB = supervisory board

MB = management board

M = monistic structure (board of directors: board)

D = dualistic structure (management board and supervisory board)

**Source:**

European Trade Union Institute and Hans Böckler Foundation (2004) *The European Company – Prospects for board-level representation*. Brussels and Düsseldorf.

Update: 09.01.2006.

**Table: Worker board-level participation in the EU-25 by Norbert Kluge and Michael Stollt, ETUI-REHS**

	Legislation on Board-Level Representation	Criteria	Number of Workers' Representatives on the Company Board	Nomination of Candidates	Vote by Employees' Appointment	Eligibility Criteria for Workers' Representatives on the Boards	Structure of Relevant Companies
France	yes	a) state-owned C (>50% of capital, and subsidiaries) b) privatised C c) private JSC (voluntary) d) C where a board and a WC exists	a) 200-1000 E: 3 members of SVB/board >1000 E: $\frac{1}{2}$ of SVB/board b) 2 members if SVB/board <15 members; if >15 : 3 members c) max. $\frac{1}{3}$ of SVB/board d) WC representatives (in general 2) can participate in the board meetings (no voting right, only advisory say)	a) E b) E c) E d) Selected from among the elected WC members	a) vote b) vote c) vote	a) only E b) only E c) only E (and no other mandate) d) only E	M+D (choice)

Legend:

TU = company trade union

WC = works council / elected worker representatives

E = employees

C = companies

JSC = joint stock companies

SVB = supervisory board

MB = management board

M = monistic structure (board of directors: board)

D = dualistic structure (management board and supervisory board)

Source:

European Trade Union Institute and Hans Böckler Foundation (2004) The European Company - Prospects for board-level representation. Brussels and Düsseldorf.

Update: 09.01.2006.

**Table: Worker board-level participation in the EU-25 by Norbert Kluge and Michael Stollt, ETUI-REHS**

	Legislation on Board-Level Representation	Criteria	Number of Workers' Representatives on the Company Board	Nomination of Candidates	Vote by Employees' Appointment	Eligibility Criteria for Workers' Representatives on the Boards	Structure of Relevant Companies
Germany	yes	a) C 500-2000 E b) C >2000 E c) C in the iron, coal and steel industry (>1000E)	a) $\frac{1}{3}$ of SVB b) $\frac{1}{2}$ of SVB (chairman is appointed by shareholder reps. in the SVB; in the event of a tied vote, the chair's vote is decisive) c) $\frac{1}{2}$ of SVB (plus a "neutral external person"; chairman is appointed by shareholder reps. in the SVB) + de facto: 1 member of MB (blocking minority in appointment of labour director)	a) WC, E (10% or 100) b) E (20%), TU have right to nominate $\frac{1}{3}$ candidates c) some by WC, some by TU	a) vote b) direct vote or vote by delegates assembly (if more than 8000 E) c) appointment by General Meeting of shareholders	a) only E (for not less than 1 year) b) only E (for not less than 1 year)/ TU nomination for the TU seats c) only E (for not less than 1 year)/ TU nomination for the TU seats/extra members: neither E nor TU officials	D
Greece	yes	state-owned C	2-3 board members (right to withdraw this right if <50% public capital)	by law: E de facto: TU fractions	vote (appointment by the minister responsible)	only E	M

Legend:

TU = company trade union

WC = works council / elected worker representatives

E = employees

C = companies

JSC = joint stock companies

SVB = supervisory board

MB = management board

M = monistic structure (board of directors: board)

D = dualistic structure (management board and supervisory board)

Source:

European Trade Union Institute and Hans Böckler Foundation (2004) The European Company – Prospects for board-level representation. Brussels and Düsseldorf

Update: 09.01.2006

**Table: Worker board-level participation in the EU-25 by Norbert Kluge and Michael Stollt, ETUI-REHS**

	Legislation on Board-Level Representation	Criteria	Number of Workers' Representatives on the Company Board	Nomination of Candidates	Vote by Employees' Appointment	Eligibility Criteria for Workers' Representatives on the Boards	Structure of Relevant Companies
Hungary	yes	JSC + limited liability C >200 E	1/3 of SVB	WC (duty to ask opinion of TU)		only E	D
Ireland	yes	20 state-owned C and agencies  some privatised C	mostly 1/3 of board but ranging from 1 to 5 directors	TU, bodies recognised for collective bargaining	vote	only E (for not less than 3 years)	M
Italy	no						M+D (choice)
Latvia	no						D
Lithuania	no						M+D (choice)
Luxembourg	yes	a) C >1000 E b) state-owned C (min. 25% of capital); C with a state concession	a) 1/3 of board b) 1 director per 100 E (min. 3 members, max. 1/3 of board)	appointment by staff representatives  iron and steel industry: the most representative national TU have the right to directly appoint three directors		only E (for not less than 2 years)  (exception: iron and steel industry)	M
Malta	yes	10 mainly state-owned C	1 member of board of directors	TU	vote	no restrictions	M

Legend:

TU = company trade union

WC = works council / elected worker representatives

E = employees

C = companies

JSC = joint stock companies

SVB = supervisory board

MB = management board

M = monistic structure (board of directors: board)

D = dualistic structure (management board and supervisory board)

Source:

European Trade Union Institute and Hans Böckler Foundation (2004) The European Company – Prospects for board-level representation. Brussels and Düsseldorf.

Update: 09.01.2006.

**Table: Worker board-level participation in the EU-25 by Norbert Kluge and Michael Stollt, ETUI-REHS**

	Legislation on Board-Level Representation	Criteria	Number of Workers' Representatives on the Company Board	Nomination of Candidates	Vote by Employees' Appointment	Eligibility Criteria for Workers' Representatives on the Boards	Structure of Relevant Companies
The Netherlands	yes	C where equity capital >16 Mio. j + existence of a WC+ >100 E incl. subsidiaries (some exceptions)	max. 1/3 of SVB	WC	appointment by General Meeting of shareholders	no E	D
Poland	yes	privatised C* (former state owned C) [state-owned C continue to be governed by 1981 Act on workers' selfmanagement]	a) if state holds >50% of shares: 2/3 of SVB b) if state holds <50% of shares: 2-4 members of SVB (depending on SVB's size) Additionally in privatised C >500 E: 1 member of MB	E, TU	vote	no restrictions	D

Legend:

TU = company trade union

WC = works council / elected worker representatives

E = employees

C = companies

JSC = joint stock companies

SVB = supervisory board

MB = management board

M = monistic structure (board of directors: board)

D = dualistic structure (management board and supervisory board)

Source:

European Trade Union Institute and Hans Böckler Foundation (2004) The European Company – Prospects for board-level representation. Brussels and Düsseldorf

Update: 09.01.2006.

**Table: Worker board-level participation in the EU-25 by Norbert Kluge and Michael Stollt, ETUI-REHS**

	Legislation on Board-Level Representation	Criteria	Number of Workers' Representatives on the Company Board	Nomination of Candidates	Vote by Employees' Appointment	Eligibility Criteria for Workers' Representatives on the Boards	Structure of Relevant Companies
Portugal	yes	state-owned C (only if 100% public capital) but: law has very rarely been implemented!	1 member of board (but: law is not implemented) 1 member of council of auditors (implemented only in some C)	[WC/ E (10% or 100)]	[vote]	[only E]	M
Slovak Republic	yes	JSC >50 E and state-owned C	private C: 1/3 of SVB state-owned C: 1/2 of SVB	E (10%), TU	vote	only E	D
				in state-owned C: 1 SVB member directly nominated by TU			
Slovenia	yes	JSC with a SVB (= practically all JSC)	$\frac{1}{3}$ - $\frac{1}{2}$ of SVB (defined in statutes of C) Additionally in JSC >500 E: 1 member of MB	SVB members: appointment by WC MB member: proposal by WC (appointment by shareholders)		no restrictions	D

Legend:

TU = company trade union

WC = works council / elected worker representatives

E = employees

C = companies

JSC = joint stock companies

SVB = supervisory board

MB = management board

M = monistic structure (board of directors: board)

D = dualistic structure (management board and supervisory board)

Source:

European Trade Union Institute and Hans Böckler Foundation (2004) The European Company – Prospects for board-level representation. Brussels and Düsseldorf.

Update: 09.01.2006.

**Table: Worker board-level participation in the EU-25** by Norbert Kluge and Michael Stollt, ETUI-REH

	Legislation on Board-Level Representation	Criteria	Number of Workers' Representatives on the Company Board	Nomination of Candidates	Vote by Employees' Appointment	Eligibility Criteria for Workers' Representatives on the Boards	Structure of Relevant Companies
Spain	yes	26 state-owned C, 46 saving banks	2 members	the two most representative TU can designate one representative each			M
Sweden	yes	most C >25 E	<1000 E: 2 members >1000 E: 3 members (but never majority) of board	appointment by TU (with which collective agreement concluded)		should be E (no formal obligation)	M
UK	no						M

Legend:

TU = company trade union

WC = works council / elected worker representatives

E = employees

C = companies

JSC = joint stock companies

SVB = supervisory board

MB = management board

M = monistic structure (board of directors: board)

D = dualistic structure (management board and supervisory board)

Source:

European Trade Union Institute and Hans Böckler Foundation (2004) The European Company – Prospects for board-level representation. Brussels and Düsseldorf

Update: 09.01.2006.