

Tobias Grambow, RA/FAArbR

Auslegung der Auffangregelungen zur Mitbestimmung bei Gründung einer Societas Europaea

Bei Gründung einer Societas Europaea (SE) ist vor deren Eintragung ins Handelsregister regelmäßig eine Verhandlung mit den Arbeitnehmern über das zukünftige Mitbestimmungsniveau in der SE vorgeschrieben, Art. 12 Abs. 2 SE-VO¹. Können sich die Beteiligten nicht im Verhandlungswege auf ein Mitbestimmungsmodell verständigen und beschließt das besondere Verhandlungsgremium nicht das Scheitern der Verhandlungen, finden zur Regelung des künftigen Mitbestimmungsniveaus die gesetzlichen Auffangregelungen zur Mitbestimmung Anwendung, § 34 SEBG, Art. 7 SE-RL. Dabei wird der Schutz der erworbenen Rechte der Arbeitnehmer durch das Vorher-Nachher-Prinzip gewährleistet.² Den Beschäftigten soll also die bisherige Mitbestimmung erhalten bleiben. Hierbei stellt sich jedoch die Frage, ob auf das tatsächlich vorhandene Mitbestimmungsniveau (Ist-Zustand) oder auf die objektive Rechtslage (Soll-Zustand) abzustellen ist. Im ersten Fall käme es nur darauf an, ob es eine Mitbestimmung gibt oder nicht. Im zweiten Fall wäre entscheidend, welches Mitbestimmungsniveau es hätte geben müssen. Diese Problematik wird in der Literatur kaum problematisiert; Rechtsprechung hierzu gibt es noch nicht. Zutreffend dürfte – wie so oft – eine differenzierte Lösung sein. Es ist zu unterscheiden zwischen der Gründung einer SE durch Umwandlung und den sonstigen Gründungsformen, mithin Verschmelzung, Gründung einer gemeinsamen Holding SE oder Gründung einer Tochter-SE.

I. Wortlaut der gesetzlichen Regelungen

1. Gründung durch Umwandlung

Nach § 34 Abs. 1 Ziff. 1 SEBG³ finden die Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer kraft Gesetzes im Falle einer durch Umwandlung gegründeten SE Anwendung, „wenn in der Gesellschaft vor der Umwandlung Bestimmungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan galten“. Dies entspricht dem deutschen Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 lit. a) SE-RL⁴. In der englischen Sprachfassung von Art. 7 Abs. 2 lit. a) SE-RL heißt es: „...if the rules of a Member State relating to employee participation in the administrative or supervisory body applied to a company transformed into an SE.“ Nach dem Wortlaut der Regelungen kommt es also darauf an, welche Bestimmungen/Regelungen galten. Es ist danach nicht entscheidend, ob diese Bestimmungen auch tatsächlich in der Praxis umgesetzt worden sind. Wären also die Arbeitnehmer aufgrund gesetzlicher Regelungen berechtigt, Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden, bliebe ihnen diese Möglichkeit auch im Falle der Umwandlung in eine SE erhalten – selbst wenn sie vor der Umwandlung von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht haben. Der Gesetzgeber hat Arbeitnehmer im Falle einer SE-Gründung durch Umwandlung als besonders schutzwürdig angesehen.⁵ Hier sei

die Gefahr einer Einschränkung oder eines Verlusts der bestehenden Mitbestimmungssysteme und -praktiken größer, als bei Gründung einer SE durch eine der sonstigen Gründungsvarianten.⁶ Dieser besondere Schutz zeigt sich auch in § 15 Abs. 5 SEBG, wonach das besondere Verhandlungsgremium im Falle der SE-Gründung durch Umwandlung einen Beschluss, durch den eine Minderung der Mitbestimmungsrechte eintritt, nicht fassen darf.⁷ Die Gründung der SE durch Umwandlung soll nicht dazu führen, dass die rechtsfehlerhafte Nichtanwendung der in Deutschland geltenden Bestimmungen zur Arbeitnehmerbeteiligung auf Unternehmensebene (z. B. Mitbestimmungsgesetz, Drittelbeteiligungsgesetz) legitimiert wird. Die Arbeitnehmer haben Rechte erworben, die es nach dem Wortlaut der Vorschrift zu sichern gilt. Diese Rechte würden den Mitarbeitern genommen, würde die SE-Gründung die rechtswidrig nichterfolgte Unternehmensmitbestimmung festschreiben.⁸

2. Sonstige Gründungsformen

Ein anderes Bild zeigt sich bei den sonstigen Formen der SE-Gründung. Die Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer kraft Gesetzes sollen gemäß § 34 Abs. 1 Ziff. 2 u. 3 SEBG Anwendung finden, wenn bereits eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung „bestanden“ haben. Anders als bei der Umwandlung kommt es offenbar nicht darauf an, ob bestimmte gesetzliche Regelungen galten, sondern ob eine Form der Mitbestimmung *bestanden* hat. Auch dies deckt sich mit der Regelung in Art. 7 Abs. 2 lit. b) u. c) SE-RL („vor Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden ...“). Auch die englische Sprachfassung spricht von: „forms of participation applied in [...] the participating companies...“. Bereits nach dem Wortlaut ergibt sich also ein Unterschied zum Fall der SE-Gründung durch Umwandlung. Aus der Formulierung „bestanden hat“ ergibt sich, dass damit ein reeller Zustand gemeint ist.⁹ Auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen kommt es bei Eingreifen der Auffangregelun-

1 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294/1 vom 10.11.2001, S. 1 ff.

2 BR-Drucks. 438/04, 102; Jacobs, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2006, Vorb. SEBG Rn. 13; Köckli, in: van Hulle/Maul/Drinhausen, Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), 1. Aufl. 2007, 6. Abschnitt, Rn. 90; Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, 1. Aufl. 2008, § 1 SEBG Rn. 6.

3 Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG).

4 Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L294/22 vom 10.11.2001.

5 Jacobs, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2006, § 34 SEBG Rn. 5; Grobys, NZA 2005, 84, 90; Weiss/Wöhler, NZG 2006, 121, 123.

6 Erwägungsgrund 10 SE-RL; Freis, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen auf der Grundlage des europäischen Rechts, 2. Aufl. 2009, § 15 SEBG Rn. 25.

7 Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, 1. Aufl. 2008, § 15 SEBG Rn. 26; Freis, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen auf der Grundlage des europäischen Rechts, 2. Aufl. 2009, § 15 SEBG Rn. 24.

8 Ege/Grzimek/Schwarzfischer, Der Betrieb 2011, 1205, 1206 f.

9 Hennings, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2010, Art. 7 SE-RL Rn. 7.

gen zur Unternehmensmitbestimmung nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 MgVG¹⁰ darauf an, welches Mitbestimmungsniveau *bestanden* hat.

II. Heranziehung der Gesetzesbegründung

Die Gesetzesbegründung ist in dieser Frage wenig hilfreich. So wird zu den Grundprinzipien der Arbeitnehmermitbestimmung in der SE ausgeführt: „*Der bei den Gründungsgesellschaften vorhandene Bestand an Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer soll sich grundsätzlich auch in der SE wiederfinden*“.¹¹ Diese Aussage scheint auf den ersten Blick für eine Maßgeblichkeit der *Beteiligungsrechte*, nicht der tatsächlichen Beteiligung zu sprechen. Das Gleiche gilt für die allgemeinen Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu den Auffangregelungen, wo es heißt: „*Hinsichtlich der Mitbestimmung soll – abhängig vom Anteil der Arbeitnehmer der SE, denen vor der SE-Gründung Mitbestimmungsrechte zustanden – die weitestgehende Mitbestimmung [...] Anwendung finden*“.¹² Auch hier scheint der Gesetzgeber eher die *Mitbestimmungsrechte* als das tatsächliche Mitbestimmungsniveau im Auge zu haben.

Diese Formulierungen dürfen aber nicht überbewertet werden. Der Gesetzgeber hat vielmehr die Texte der Ziff. 1 und der Ziff. 2 und 3 des § 34 Abs. 1 SEBG in jeweils einem Satz zusammengefasst. Das Ergebnis ist jedoch weder mit dem Wortlaut der Ziff. 1 noch der Ziff. 2 und 3 des § 34 Abs. 1 SEBG in Einklang zu bringen, wie bereits aufgezeigt wurde. Auch widersprechen die vorzitierten Äußerungen den Erwägungen zur SE-RL. Dort heißt es in Erwägungsgrund (9): „*In diesem Fall [einer durch Fusion gegründeten SE] ist die Beibehaltung der bestehenden Mitbestimmungssysteme und -praktiken, die gegebenenfalls auf der Ebene der teilnehmenden Gesellschaften bestehen, durch eine Anpassung der Vorschriften für die Registrierung zu gewährleisten*.“ In der englischen Sprachfassung der SE-RL ist ebenfalls von „*Existing systems and practices*“ die Rede. Hiernach ist nicht die Aufrechterhaltung einer bloßen, gleichwohl nicht wahrgenommenen Mitbestimmung gewährleistet, sondern lediglich der Schutz eines bestehenden Mitbestimmungsniveaus.

III. Sinn und Zweck

Auch Sinn und Zweck der Auffangregelungen erfordern nicht, auch bei den Gründungsarten Verschmelzung, Gründung einer Holding-SE bzw. einer Tochter-SE ein nicht bestehendes, aber rechtlich mögliches Mitbestimmungsniveau zu schützen. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 SEBG und Erwägungsgrund 18 SE-RL sollen die „*erworbenen Rechte der Arbeitnehmer auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen*“ gesichert werden.¹³ Die SE kennt aber, anders als das deutsche Mitbestimmungsrecht, eine Mitbestimmung grundsätzlich nur, wenn diese vereinbart wird oder eine bisherige Mitbestimmung durch die gesetzlichen Auffangregelungen erhalten werden soll. Wenn die Mitarbeiter bis zum Zeitpunkt der Initiierung der Gründung der SE von der Möglichkeit, im Aufsichtsrat präsent zu sein nicht Gebrauch gemacht haben, besteht keine Veranlassung dies durch die SE-Gründung doch noch zu ermöglichen. Besteht tatsächlich keine Unternehmensmitbestimmung, auch wenn dies nach den gesetzlichen Regelungen möglich wäre, entsteht allein aus dem von den Arbeitnehmern nicht durchgesetzten Anspruch auf eine Unternehmensmitbestimmung kein Bestandsschutz. Geschützt ist vielmehr der „*status quo*“.¹⁴ Die

Arbeitnehmer und die Gewerkschaften haben vor der SE-Gründung jederzeit die Möglichkeit, beim Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hatte, einen Antrag gemäß § 98 AktG zu stellen, um feststellen zu lassen, ob der Aufsichtsrat nach den gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist. Auch lässt sich aus § 97 AktG kein anderes Ergebnis herleiten. Nach dieser Vorschrift hat der Vorstand der Aktiengesellschaft in den Gesellschaftsblättern und gleichzeitig durch Aushang in sämtlichen Betrieben der Gesellschaft und deren Konzernunternehmen unverzüglich bekannt zu machen, dass er der Ansicht ist, dass der Aufsichtsrat nicht nach den für ihn maßgebenden gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist, § 97 Abs. 1 S. 1 AktG. Der Vorstand wird daher nur tätig, wenn er von einer unzutreffenden Zusammensetzung des Aufsichtsrats ausgeht. Dies erfordert einen entsprechenden Vorstandsbeschluss.¹⁵ Handelt der Vorstand wider besseres Wissen, kann er sich schadensersatzpflichtig machen, sofern überhaupt ein Schaden durch eine nicht ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats eintritt.¹⁶

BEISPIEL 1: In der im Jahre 1979 im Handelsregister eingetragenen XY AG mit 35 Arbeitnehmern besteht ein sechsköpfiger Aufsichtsrat. Dieser setzt sich ausschließlich aus Vertretern der Anteilseigner zusammen. In der Gesellschaft war noch nie ein mitbestimmter Aufsichtsrat gebildet worden.

BEISPIEL 2: Die im Jahre 1998 gegründete YZ AG ist Konzernobergesellschaft von sechs produzierenden GmbHs. Beherrschungsverträge bestehen nicht. In den sechs GmbHs waren bislang insgesamt 1950 Arbeitnehmer beschäftigt; die AG selbst beschäftigt keine Arbeitnehmer. Seit Januar 2010 werden in den sechs GmbHs erstmals in der Konzerngeschichte dauerhaft mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt.

In dem Beispiel 1 wäre der Aufsichtsrat der XY AG nicht vorschriftsmäßig zusammengesetzt. Die Mitbestimmungspflicht ergibt sich hier nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG). Zwar sieht § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 DrittelbG eine Pflicht, den Aufsichtsrat paritätisch mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen, nur für bestimmte Kapitalgesellschaften – wie beispielsweise Aktiengesellschaften – vor, die mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen oder denen mehr als 500 Arbeitnehmer über § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 DrittelbG zugerechnet werden. Allerdings besteht ein Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat in Aktiengesellschaften, die vor dem 10.8.1994 in das Handelsregister eingetragen worden und die keine Familiengesellschaften sind, auch dann, wenn sie weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigen oder ihnen weniger als 500 Arbeitnehmer zugerechnet werden, § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 DrittelbG.¹⁷

In dem Beispiel 2 bestand bislang kein rechtlicher Anspruch der Arbeitnehmer in dem Aufsichtsrat der YZ AG mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) war nicht anwendbar, da im Konzern bislang nicht mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt waren. Die Anwendbarkeit des DrittelbG scheiterte daran, dass die YZ AG selbst

¹⁰ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vom 21.12.2006.

¹¹ BR-Drucks. 438/04, 102.

¹² BR-Drucks. 438/04, 105.

¹³ Ege/Grzimek/Schwarzfischer, Der Betrieb 2011, 1206; in der engl. Sprachfassung: „*acquired rights*“.

¹⁴ Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, SE Kommentar, 1. Aufl. 2008, § 1 SEBG Rn. 6.

¹⁵ Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 97 AktG Rn. 2; Habersack, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2008, § 97 AktG Rn. 18.

¹⁶ Habersack, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2008, § 97 AktG Rn. 28.

¹⁷ Vgl. Kleinsorge, in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, § 1 DrittelbG Rn. 3.

keine Arbeitnehmer beschäftigt und ihr in Ermangelung von Beherrschungsverträgen auch die Arbeitnehmer der GmbHs nicht zugerechnet wurden.¹⁸ Nach dem Anwachsen der Arbeitnehmerzahl auf regelmäßig über 2000 gilt jedoch das MitbestG. Zwar beschäftigt die YZ AG noch immer keine eigenen Arbeitnehmer. Als herrschendes Unternehmen eines Konzerns werden ihr jedoch gemäß § 5 Abs. 1 MitbestG die Arbeitnehmer der abhängigen GmbHs zugerechnet.

Gleichwohl haben die Arbeitnehmer und die sie vertretenden Gewerkschaften in den beiden Beispielen nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, ihre Rechte hinsichtlich einer Unternehmensmitbestimmung durchzusetzen. Es ist nicht Aufgabe des Unternehmens hierfür zu sorgen. Die Gründung einer SE soll die Rechte der Arbeitnehmer nicht erweitern, indem sie zu einer bisher nicht vorhandenen Mitbestimmung verhilft.

Denkbar wäre allenfalls, dass die Mitarbeiter bzw. die Gewerkschaften, „aufgeschreckt“ durch die geplante SE-Gründung, vor deren Eintragung ein Anfrageverfahren gemäß § 98 AktG initiieren, um auf diese Weise – gewissermaßen kurz vor Toresschluss – doch noch ein tatsächliches Mitbestimmungsniveau zu schaffen. Da die gerichtliche Entscheidung gemäß § 99 Abs. 5 S. 1 AktG jedoch erst mit Rechtskraft wirksam wird¹⁹ und die Neubesetzung des Aufsichtsrats nach den Vorschriften des DrittelbG bzw. MitbestG auch erst mit Beendigung der nächsten Hauptversammlung (bzw. spätestens sechs Monate nach Rechtskraft der Entscheidung, §§ 98 Abs. 4 S. 2; 97 Abs. 2 AktG) eintritt,²⁰ besteht bis zu diesem Zeitpunkt keine Unternehmensmitbestimmung, die geschützt werden müsste. Ist die SE vor diesem Zeitpunkt eingetragen, kann die Entscheidung über die unrichtige Zusammensetzung des Aufsichtsrates keine Wirkung mehr entfalten.

Andererseits kann auch der Aufsichtsrat einer an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaft faktisch (drittelparitätisch) mitbestimmt sein, beispielsweise, weil sich die Umstände dergestalt geändert haben, dass ein Anspruch der Arbeitnehmer in dem Unternehmen nicht mehr be-

steht. Unter konsequenter Heranziehung der vorgenannten Ausführungen kann auch ein zu Unrecht bestehendes Mitbestimmungsniveau infolge der SE-Gründung manifestiert werden. Der Vorstand sollte daher vor der SE-Gründung das bestehende Mitbestimmungsniveau prüfen und gegebenenfalls über ein Verfahren nach § 97 AktG bzw. § 98 AktG²¹ klären lassen. Anderenfalls gilt der Aufsichtsrat gemäß § 96 Abs. 2 AktG als zutreffend zusammengesetzt.²²

IV. Fazit

Erfolgt die Gründung der SE durch Umwandlung, kommt es für ein Eingreifen der Auffangregelungen zur Mitbestimmung darauf an, ob ein Mitbestimmungsniveau hätte bestehen müssen. Erfolgt die Gründung auf einem der anderen drei Wege, so ist entscheidend, ob tatsächlich eine Unternehmensmitbestimmung vorlag, nicht jedoch, ob eine solche nach den gesetzlichen Vorschriften hätte vorliegen müssen.

// Autor

Tobias Grambow ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht bei Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte Steuerberater PartG. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in den Bereichen Arbeitsrecht, Vereinsrecht und Stiftungsrecht.



¹⁸ KG, 7.6.2007 – 2 W 8/07, NZG 2007, 913 ff.; BayObLG, 10.2.1992 – 3 Z BR 130/92, NJW 1993, 1804 ff.; LG Stuttgart, 12.2.2010 – 31 O 140/09; Kleinsorge, in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, § 1 DrittelbG Rn. 3.

¹⁹ Habersack, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2008, § 98 AktG Rn. 26.

²⁰ Drygala, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 98 AktG Rn. 20; Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 98 AktG Rn. 6; Habersack, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2008, § 98 AktG Rn. 28.

²¹ Happ, in: Happ, Aktienrecht, 3. Aufl. 2007, 9.15 Rn. 1 m. w. N.

²² Habersack, in: MünchKommAktG, 3. Aufl. 2008, § 98 AktG Rn. 26.

BAG: Anwendbarkeit tariflicher Ausschlussfristen auf den Urlaubsabgeltungsanspruch

BAG, Urteil vom 9.8.2011 – 9 AZR 365/10

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2012-904-1

unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE

1. Der Anspruch auf Abgeltung des nach lang andauernder Arbeitsunfähigkeit bestehenden gesetzlichen Mindesturlaubs kann aufgrund tariflicher Ausschlussfristen verfallen. Er ist nicht Surrogat des Urlaubsanspruchs, sondern ein reiner Geldanspruch, der sich nicht mehr von sonstigen Entgeltansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis unterscheidet. Er unterfällt deshalb den Bedingungen, die nach dem anwendbaren Tarifvertrag für die Geltendmachung von Geldansprüchen vorgeschrieben sind.

2. Das ist mit Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie und den hierzu vom EuGH aufgestellten Grundsätzen vereinbar. Danach steht die Arbeitszeitrichtlinie grundsätzlich einer nationalen Regelung nicht ent-

gegen, wonach die Nichtbeachtung von Modalitäten der Inanspruchnahme dazu führt, dass der Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs am Ende eines Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums untergeht. Der Arbeitnehmer muss tatsächlich nur die Möglichkeit haben, den ihm mit der Arbeitszeitrichtlinie verliehenen Anspruch auszuüben. Das ist bei tariflichen Ausschlussfristen dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer nur eine Frist zur schriftlichen Geltendmachung wahren muss. Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeitrichtlinie) Art. 7; BGB §§ 134, 206; BUrlG §§ 1, 3 Abs. 1, § 7 Abs. 4, § 13 Abs. 1; Manteltarifvertrag für den Einzelhandel Nordrhein-Westfalen vom 25.7.2008 (MTV Einzelhandel) §§ 15, 24

SACHVERHALT

Die 1959 geborene Klägerin verlangt von der Beklagten, den tariflichen Mehrurlaub sowie den gesetzlichen Mindesturlaub für die Jahre 2006,