

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Band 46

Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit

Folgen der Einführung der Societas Europaea für die
Vereinbarkeit paritätischer Unternehmensmitbestimmung
mit Europäischem Recht

Von

Mathias Bock



Duncker & Humblot · Berlin

MATHIAS BOCK

Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben im Auftrag des Instituts für Europäisches Wirtschaftsrecht
der Universität Erlangen-Nürnberg
durch die Professoren Dr. Thomas Ackermann und
Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 46

Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit

Folgen der Einführung der Societas Europaea für die
Vereinbarkeit paritätischer Unternehmensmitbestimmung
mit Europäischem Recht

Von

Mathias Bock



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2007 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2008 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0947-2452
ISBN 978-3-428-12676-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommertrimester 2007 von der Bucerius Law School als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Februar desselben Jahres abgeschlossen. Die mündliche Prüfung fand am 24. Juli 2007 statt.

Mein Dank gilt in besonderem Maße meinem Doktorvater, Professor Dr. Matthias Jacobs, der mich bei der Erstellung meiner Arbeit von der ersten Idee bis zur Vollendung stetig unterstützt und ermuntert hat. Ihm danke ich ganz herzlich für die hervorragende Betreuung während der gesamten Promotionszeit und die Unterstützung bei der zu leistenden Überzeugungsarbeit für eine schnelle mündliche Prüfung. Besonders bedanken möchte ich mich außerdem bei Professor Dr. Jörn-Axel Kämmerer für die prompte Anfertigung des Zweitgutachtens, welches er trotz eines Forschungsaufenthaltes im Ausland innerhalb nur weniger Tage erstellte. Vielfachen Dank schulde ich außerdem dem Vorsitzenden der Prüfungskommission, Professor Dr. Florian Faust; allein seinem unnachgiebigen Einsatz war es zu verdanken, dass meine mündliche Prüfung innerhalb Wochenfrist, nur einen Tag vor der Abreise zu einem längeren Auslandsaufenthalt stattfinden konnte. Bedanken möchte ich mich weiter bei dem Bibliotheks-Team der Bucerius Law School, das für mich auch die außergewöhnlichsten Quellen mit Engelsgeduld und Kreativität beschaffen konnte, sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für die freundliche Gewährung eines Druckkostenzuschusses zur Veröffentlichung dieser Dissertation.

Zu Dank verpflichtet bin ich außerdem meinen Freunden und Kommilitonen Heiko Jander, Dr. Marko Voß und Thilo Zimmermann für unzählige kritische Gespräche, die gewissenhafte Durchsicht des Manuskripts sowie die häufige und von mir inzwischen geschätzte Frage „Na, wieder nix zu tun?“

Finally I would like to extend very special thanks to Winnie Sung, who has been the greatest source of support and encouragement even when endless doubt questioned my pursuits. Auch auf die Unterstützung meiner Familie und meiner lieben Oma Dolly konnte ich mich während meiner gesamten Ausbildung zu jeder Tages- und Nachtzeit verlassen. Ihnen sei diese Arbeit in großer Dankbarkeit gewidmet.

Seoul, im November 2007

Mathias Bock

Inhaltsübersicht

A. Einführung	11
I. Mitbestimmung in Europa	14
II. Anreize zur Gründung einer SE	18
B. Gesetzliche Grundlagen zur SE-Gründung und SE-Mitbestimmung	26
I. Gründungsszenarien für die SE	26
II. Ausgestaltung der Mitbestimmungsregelungen für die SE	30
C. Vereinbarkeit paritätischer Mitbestimmung in der SE mit europäischem Recht	45
I. Ausgangspunkt der Überlegung	45
II. Bestandsaufnahme – Benachteiligung deutscher Unternehmen bei der SE-Gründung?	47
III. Verstoß gegen Art. 43 EG	95
IV. Schlussfolgerungen	202
V. Zusammenfassung in Thesen	205
Anlage 1: Umstrukturierung der Allianz AG und RAS vor und nach erfolgreicher Verschmelzung zur Allianz SE	207
Literaturverzeichnis	208
Stichwortverzeichnis	233

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	11
I. Mitbestimmung in Europa	14
II. Anreize zur Gründung einer SE	18
1. Ökonomische Vorteile	19
2. Psychische Vorteile	24
B. Gesetzliche Grundlagen zur SE-Gründung und SE-Mitbestimmung	26
I. Gründungsszenarien für die SE	26
1. Originäre Primärgründung einer SE	26
2. Derivative Sekundärgründung einer SE	27
3. Zusammenfassung und Übersicht	30
II. Ausgestaltung der Mitbestimmungsregelungen für die SE	30
1. Zugrunde gelegte Mitbestimmungsmodelle	30
2. Vorrang der Verhandlungslösung	32
3. Auffangregelung bei Nichteinigung	34
a) Eingreifen der Auffangregelung	34
aa) Originäre Primärgründung einer SE	35
bb) Derivative Sekundärgründung einer SE	36
cc) Zusammenfassung und Übersicht	40
b) Inhalt der Auffangregelung	41
4. Zwischenergebnis	43
C. Vereinbarkeit paritätischer Mitbestimmung in der SE mit europäischem Recht	45
I. Ausgangspunkt der Überlegung	45
II. Bestandsaufnahme – Benachteiligung deutscher Unternehmen bei der SE-Gründung?	47
1. Wirkungen der Mitbestimmung	48
a) Vorteile unternehmerischer Mitbestimmung	48
b) Ausgestaltung der Verhandlungslösung	51
aa) Dauer und Unsicherheiten des Verhandlungsverfahrens	51
bb) Fehlender Verhandlungsspielraum	55
cc) Ungleiche Anforderungen an die Abstimmungen des bVG	56
dd) Mangelnder Einigungswille des bVG	58
(1) Folgen der Minderung des Gewerkschaftseinflusses	58
(2) Asymmetrische Verteilung der Verhandlungsmacht	60

ee) Verhinderung von Fusionsplänen	63
ff) Vergleich mit dem Verhandlungsverfahren des EBR	65
gg) Ergebnis zur Ausgestaltung der Verhandlungslösung	66
c) Fragen der Corporate Governance	67
aa) Unabhängigkeit der Mitglieder von Gesellschaftsorganen	68
bb) Effektivität der Unternehmenskontrolle und -leitung	71
(1) Größe des Kontrollorgans	71
(2) Internationale Zusammensetzung des Kontrollorgans	74
(3) Informationsasymmetrie zulasten des Kontrollorgans	76
(4) Bürokratisierung von Entscheidungsprozessen	79
cc) Professionalität der Unternehmenskontrolle bzw. -leitung	81
dd) Zwischenergebnis zur Corporate Governance	83
d) Strukturkonservierende Wirkung	83
e) Zwischenergebnis zu den Wirkungen der Mitbestimmung	86
2. Auswirkung auf die SE-Gründung	89
3. Zusammenfassung und Übersicht	93
III. Verstoß gegen Art. 43 EG	95
1. Eröffnung des Anwendungsbereiches von Art. 43 I EG	96
a) Persönlicher Anwendungsbereich	96
b) Sachlicher Anwendungsbereich	97
aa) Vorliegen eines Niederlassungsvorgangs	97
bb) Auslandsbezug bei Gesellschaftsgründung	98
(1) Der offensichtliche Fall	98
(2) Besonderheiten bei „Wegzugs-“ bzw. „Rückkehrerfällen“ ..	99
(a) „Wegzug“ einer Gesellschaft	100
(b) „Rückkehr“ einer Gesellschaft	104
(3) Zwischenergebnis	105
c) Gewährleistungsgehalt	105
aa) Diskriminierungen	106
bb) Sonstige Beschränkungen	109
d) Einordnung der SE-Gründung	111
aa) Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts	111
(1) Niederlassung der SE im europäischen Ausland	111
(2) Niederlassung der SE in Deutschland	111
(3) Zwischenergebnis	118
bb) Vorliegen einer Diskriminierung oder sonstigen Beschränkung?	118
cc) Zwischenergebnis	123
e) Beschränkung durch welche Regelung?	123
aa) SEBG	124

bb) SE-RiL	127
cc) MitbestG	133
f) Schutz paritätischer Mitbestimmung durch Art. 295 EG?	138
2. Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	139
a) Rechtfertigung durch Art. 46 I EG	139
b) Rechtfertigung durch „zwingende Gründe“ nach der Gebhard- Formel	141
aa) Anwendung in nicht diskriminierender Weise	142
bb) MitbestG als „zwingender Grund des Allgemeinwohls“	143
(1) Arbeitnehmerschutz als zwingendes Allgemeinwohlinte- resse in der Rechtsprechung des EuGH	146
(2) Mitbestimmung als zwingendes Allgemeinwohlinteresse in der deutschen Rechtsprechung	149
(3) Selektivität des Arbeitnehmerschutzes durch das MitbestG ..	151
(a) Erfasste Gesellschaftsformen	152
(b) Erfasste Gesellschaftsgröße	154
(c) Inhaltliche Unterschiede zwischen DrittelbG, MitbestG und Montan-MitbestG	157
(d) Schutzdifferenzierung innerhalb einer Belegschaft	158
(e) Zeitliche Komponente: Die Folgen einer Umwandlung ..	159
(4) Rechtstechnische Schwierigkeiten	160
(5) Rechtfertigung durch generalpräventive Maßnahmen?	163
(6) Argumente im Zusammenhang mit der SE-RiL	164
(7) Relevanz eines nationalen oder europäischen ordre-public? ..	167
(8) Weitere Argumente	170
(9) Zusammenfassung	175
cc) Verhältnismäßigkeit	175
(1) Geeignetheit	176
(2) Erforderlichkeit und Angemessenheit	183
(a) Strukturvorgaben für die Prüfung	184
(aa) Vergleichsmaßstab	184
(bb) Beurteilungsmaßstab	185
(cc) Informationsmodell	188
(b) Umsetzung milderer Mittel	188
(aa) Verweis auf alternative Gründungsmöglichkeiten ..	188
(α) Alternativen für die GmbH	189
(β) Alternativen für die AG	191
(γ) Zwischenergebnis	192
(bb) Betriebsverfassungsrecht und betriebliche Mitbe- stimmung	192
(cc) Drittelbeteiligung	197

3. Ergebnis	199
4. Keine Möglichkeit europarechtskonformer Auslegung oder Rechtsfortbildung	200
IV. Schlussfolgerungen	202
V. Zusammenfassung in Thesen	205
Anlage 1: Umstrukturierung der Allianz AG und RAS vor und nach erfolgter Verschmelzung zur Allianz SE	207
Literaturverzeichnis	208
Stichwortverzeichnis	233

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Mitbestimmung in den europäischen Mitgliedstaaten und Wirtschaftsdaten 2005	15
Abbildung 2: Gründungsszenarien der SE nach SE-VO und SEAG	29
Abbildung 3: Normen zur Auffangregelung in SE-RiL und SEBG	41
Abbildung 4: Probleme bei der Allianzbildung zur SE bei Gründung und Fusion	94
Abbildung 5: Von deutschen Mitbestimmungsgesetzen erfasste Rechtsformen ...	153
Abbildung 6: Alternative Gründungsszenarien abhängig von der Gesellschaftsform	189
Abbildung 7: „Verbannte“ und Alternative Gründungsszenarien für die GmbH ...	190
Abbildung 8: „Verbannte“ und Alternative Gründungsszenarien für die AG	192

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
bVG	besonderes Verhandlungsgremium
d. h.	das heißt
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
EBR	Europäischer Betriebsrat
FTD	Financial Times Deutschland
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
i. E.	im Ergebnis
i. H. v.	in Höhe von
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. S. d.	im Sinne der/des
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
o. ä.	oder ähnlich
o. g.	oben genannt
SEAG	SE-Ausführungsgesetz
SEBG	SE-Beteiligungsgesetz
SE-RiL	SE-Richtlinie
SE-VO	SE-Verordnung
sog.	sogenannt
u. a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
VWR	Verwaltungsrat

A. Einführung

Unternehmen auf der ganzen Welt treten zunehmend in einen sich verschärfenden Wettbewerb mit global aufgestellter Konkurrenz.¹ Der Internationalisierungs- und Wettbewerbsdruck hat in den vergangenen zehn bis fünfzehn Jahren deutlich an Fahrt gewonnen. Märkte, die noch vor kurzer Zeit zu einem komfortablen Maß von ausländischer Konkurrenz abgeschottet waren, sind schon heute von Wettbewerbern aus aller Welt hart umkämpft.² Die Europäische Wirtschaft wächst zusammen³ und auch die fortschreitende Globalisierung wird vermehrt zu grenzüberschreitenden Kooperationen von Unternehmen und ganzen Unternehmensgruppen führen.⁴ Informationsgewinnung, schnelle Anpassungsfähigkeit an veränderte Marktbedingungen und nicht zuletzt standortspezifische Besonderheiten spielen bei der Suche nach dem entscheidenden Wettbewerbsvorteil, dem Quäntchen mehr an Effizienz im Vergleich zum Mitbewerber, eine zentrale Rolle. Arbeitnehmermitbestimmung auf Unternehmensebene kann hierzu einen Beitrag leisten. Erste Ansätze einer Arbeitnehmerbeteiligung an unternehmerischen Entscheidungsprozessen wurden in Deutschland bereits im 19. und frühen 20. Jahrhundert umgesetzt.⁵ Ob das deutsche Modell der paritätischen Mitbestimmung als einer der Mosaikbausteine erfolgreicher Corporate Governance dabei als Erfolg oder Misserfolg zu werten ist, muss trotz der mit Leidenschaft⁶ geführten wissenschaftlichen Auseinandersetzung als ungeklärt gelten.⁷ Notierendenswert ist jedoch, dass die „gewisse Ruhe an der Mitbestimmungsfront [...] immerhin schon selbst ein Faktum [ist], das in die Würdigung eingehen muss. Wäre der gegenwärtige Zustand unerträglich, hätte er manifeste wirtschaftliche Nachteile zur Folge, wären die schlimmsten Prognosen eingetre-

¹ Vgl. z.B. die Artikel der FTD vom 9. Mai 2000, S. 39 „Globaler Wettbewerb lässt die Unterschiede schwinden“ oder vom 17. Januar 2006, S. 24 „Strategie: Der Osten treibt Europa an“.

² Hierzu *Klosterkemper*, FS für Wißmann, S. 456, 459 f.

³ *Brandes*, AG 2005, 177.

⁴ *Neubürger* in: Rieble, Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, S. 123, 126.

⁵ *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, Einleitung, Rn. 1 und 6 ff.; hierzu ebenfalls *Wolf*, FS für Wißmann, S. 489, 490 f.

⁶ *Lutter*, BB 2002, 1 (5); *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (798) „Die Mitbestimmung der Gewerkschaften hat sich nämlich wie ein Mehltau nicht nur auf die ganze deutsche Wirtschaft, sondern auch auf die Meinungsbildung gelegt.“

⁷ Vgl. *Raiser*, FS für Kübler, 1997, S. 477, 491; nach Ansicht von *Zöllner*, AG 1994, 336 (338) wird bei „kaum einer Frage [...] soviel gelogen und wird auch soviel geschwiegen“ wie bei Äußerungen über die Unternehmensmitbestimmung.

ten, welche das Inkrafttreten des [Mitbestimmungs]-Gesetzes vor [mehr als] 20 Jahren zum Teil begleiteten, so würden derart negative Erfahrungen in der öffentlichen Meinung Ausdruck finden.“⁸ Gleichwohl ist dieser Befund mit Vorsicht zu betrachten. Er bedeutet nicht notwendig, dass paritätische Mitbestimmung ein Erfolgsmodell für die Zukunft ist. „Es ist vielmehr denkbar, dass sich Unternehmen und Arbeitnehmer einfach mit dem status quo abgefunden haben und versuchen, das Beste aus einer Lage zu machen, die sie nicht ändern können.“⁹ Auch international hat das System der paritätischen Mitbestimmung „seinen Bewährungstest im Wettbewerb mit anderen Ländern, die weniger oder keine Mitbestimmung in den Unternehmensorganen kennen, [...] noch nicht bestanden.“¹⁰

Die Schaffung der Societas Europaea (im Folgenden SE) könnte der Diskussion einen wesentlichen Impuls geben: Zwar suggeriert das Etikett „Europäische Aktiengesellschaft“ eine gemeinschaftsweit einheitliche Rechtsform. „Dieser Eindruck täuscht jedoch. Hinter dem Namen beginnt eine verwirrende Vielfalt. Dem Betrachter kommt der Euro in den Sinn, dessen gemünzte Form gemeinschaftsweit dieselbe Vorderseite hat, aber in jedem Land eine andere Rückseite. Die SE ist hierzu eine Steigerung: Hier sind gewissermaßen beide Seiten der Medaille in den Mitgliedstaaten unterschiedlich, nämlich sowohl die gesellschaftsrechtliche Struktur als auch das System der Arbeitnehmerbeteiligung.“¹¹ Bei der Regelungstiefe der Rechtsvorschriften über Gründung und Nutzung der SE hat sich der Ordnungsgeber – anders als ursprünglich geplant¹² – auf ein Minimum beschränkt. Für über dieses Minimum hinaus regelungsbedürftige Einzelheiten wird auf nationales Recht verwiesen.¹³ In der Folge werden sich französische, britische und deutsche SE etc. voneinander in den Einzelheiten signifikant unterscheiden.¹⁴ Unabhängig davon ist die SE die erste Gesellschaftsform des europäischen Rechtsraumes, die überhaupt einem Vergleich mit nationalen Gesellschaftsformen zugänglich ist.¹⁵ Der prüfende Blick von Wis-

⁸ *Raiser*, FS für Kübler, 1997, S. 477, 480.

⁹ *Hopt*, FS für Everling, 1995, S. 475, 478.

¹⁰ *Raiser*, FS für Kübler, 1997, S. 477, 491.

¹¹ *Wißmann*, FS für Wiedemann, S. 685, 687.

¹² Die frühen Verordnungsentwürfe der Kommission vom 30. Juni 1970 bzw. 30. April 1975 hatte noch ca. 400 Artikel, AblEG C 124 vom 10.10.1970, S. 1 ff. bzw. Kom. (70) 150 endg. Bei der Einigung in 2001 war die Verordnung auf 70 Artikel zusammengeschmolzen, dazu *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502 (505 ff.). Vgl. zur Rechtsetzungsgeschichte der SE den Überblick bei *Blanquet*, ZGR 2002, 20 (21 ff.).

¹³ Vgl. Erwägungsgrund 9 und Art. 9 I lit. c) SE-VO. Art. 9 SE-VO setzt im Übrigen die verschiedenen Regelungsebenen in ein eindeutiges Verhältnis. Hier gelten: Satzung – SE-VO – nationales Ausführungsgesetz (im Fall Deutschlands das SEAG) – Aktienrecht im Sitzstaat (im Fall Deutschlands das AktG). Mögliche Wege zur Schlichtung von Geltungskonflikten entwickelt *Schäfer*, NZG 2004, 785 (787).

¹⁴ *Davies*, *Workers on the Board of the European Company?*, 32 Ind. Law J. 75 77-8 (2003); *Pluskat*, EuZW 2001, 524 (528).

senschaft und Praxis wird sich dabei einerseits auf Vorzüge und Zugeständnisse für Unternehmen, andererseits auf Nachteile und Unzulänglichkeiten nationaler Rechtsordnungen im internationalen Wettbewerb richten. Auch über Rigiditäten und Flexibilisierungserfordernisse der nationalen Rechtsordnungen wird in diesem Zusammenhang schonungslos Rechenschaft abzulegen sein. Die veränderten Erfolgsbedingungen auf Güter- und Kapitalmärkten und der zunehmende Standortwettbewerb zwischen den vielen verschiedenen nationalen Jurisdiktionen, geprägt durch ihre unterschiedlichen Sozialregimes und sehr vielfältig gewachsenen Mitbestimmungskulturen, führen zu einem stetig steigenden Anpassungsdruck. Kein Land darf es sich erlauben, in Bezug auf Sicherung und Steigerung der Leistungsfähigkeit der bei ihm angesiedelten Unternehmen, ins Hintertreffen zu geraten. Damit stellt sich etwa hinsichtlich mitbestimmter Gesellschaftsorgane aber nicht nur die Frage ob die aus Deutschland bekannte paritätische Mitbestimmung heute noch zeitgemäß ist,¹⁵ d.h. ob sie aufrechterhalten werden *sollte* und welche Vor- und Nachteile mit der Entscheidung verbunden wären. Vielmehr gilt es zu untersuchen, ob paritätische Mitbestimmung in Zeiten umfangreicher politischer und gesellschaftlicher Veränderung nach geltendem Recht überhaupt aufrecht erhalten werden *kann*.

Auf Rechtsgrundlage der am 8. Oktober 2001 verabschiedeten europäischen Verordnung EG 2157/2001 (im Folgenden SE-VO) wurde das SE-Ausführungsgesetz (im Folgenden SEAG) vom deutschen Gesetzgeber erlassen, das im Wesentlichen die gesellschaftsrechtlichen Regelungsfragen zur SE behandelt. Die ergänzende Richtlinie 2001/86/EG über die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE (im Folgenden SE-RiL) wurde in Deutschland im SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) umgesetzt. Sie vervollständigt die gesellschaftsrechtlichen Regelungen der SE, um die mitbestimmungsrechtlichen Gesichtspunkte der neuen Gesellschaftsform.

Zu Terminologie und Gang der Darstellung: Wenn im Folgenden von „Mitbestimmung“ gesprochen wird, ist hiermit – soweit nicht anders gekennzeichnet – ausnahmslos die Mitbestimmung auf Unternehmensebene gemeint. Die „betriebliche Mitbestimmung“ nach Betriebsverfassungsrecht wird argumentativ verwertet, jedoch keiner eingehenden Analyse unterzogen und bleibt damit von

¹⁵ Zwar war schon 1985, also lange vor der SE, die „Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung“ („EWiV“) geschaffen worden, doch war die praktische Resonanz auf diese europäische Gesellschaftsform gering, dazu *Neye*, DB 1997, 861 ff. oder *Rechenberg*, ZGR 1992, 299 ff. Bis zum Jahr 2006 wurden nur etwas mehr als 800 EWiV gegründet.

¹⁶ Konkretisierend sollte man hinzufügen, dass dies die in *Deutschland* zu stellende Frage ist. Gänzlich anders gelagerte Probleme ergeben sich in den anderen Mitgliedstaaten der EU. In England z. B. muss die Unternehmensmitbestimmung aufgrund der Einführung der SE in das seit über 100 Jahren gewachsene System der Tarifverhandlungen und -konflikte eingefügt werden. Vgl. hierzu *Davies* in: Umsetzungsfragen und Perspektiven der SE, S. 10, 11 ff.