

Bundesarbeitsgericht
Erster Senat

Vorlagebeschluss (EuGH) vom 18. August 2020
- 1 ABR 43/18 (A) -
ECLI:DE:BAG:2020:180820.B.1ABR43.18A.0

I. Arbeitsgericht Mannheim
- Kammern Heidelberg -

Beschluss vom 7. Dezember 2017
- 14 BV 13/16 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg
- Kammern Mannheim -

Beschluss vom 9. Oktober 2018
- 19 TaBV 1/18 -

Entscheidungsstichwort:

Unternehmensmitbestimmung in der Societas Europaea

Leitsatz:

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 AEUV um die Beantwortung der folgenden Frage ersucht:

Ist § 21 Abs. 6 des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft, aus dem sich für den Fall der Gründung einer in Deutschland ansässigen SE durch Umwandlung ergibt, dass für einen bestimmten Teil der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer ein gesondertes Auswahlverfahren für von Gewerkschaften vorgeschlagene zu gewährleisten ist, mit Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vereinbar?

BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 43/18 (A)

19 TaBV 1/18
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Verkündet am
18. August 2020

BESCHLUSS

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

3.

4.

5.

6.

7.

8.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 18. August 2020 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt und Dr. Ahrendt sowie die ehrenamtlichen Richter Hayen und Fritz beschlossen:

I. Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 AEUV um die Beantwortung der folgenden Frage ersucht:

Ist § 21 Abs. 6 des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft, aus dem sich für den Fall der Gründung einer in Deutschland ansässigen SE durch Umwandlung ergibt, dass für einen bestimmten Teil der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer ein gesondertes Auswahlverfahren für von Gewerkschaften vorgeschlagene zu gewährleisten ist, mit Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vereinbar?

II. Das Rechtsbeschwerdeverfahren wird bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union über das Vorabentscheidungsersuchen ausgesetzt.

Gründe

- A. Gegenstand des Ausgangsverfahrens** 1
- Die Beteiligten streiten - soweit für das Vorabentscheidungsverfahren von Bedeutung - über die Wirksamkeit von Regelungen in einer von der Arbeitgeberin und dem besonderen Verhandlungsgremium geschlossenen Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Societas Europaea (Beteiligungsvereinbarung) im Sinne von § 21 des Gesetzes über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG). 2
- Die Arbeitgeberin (Beteiligte zu 3.) ist eine SE mit dualistischem System. Bei ihr sind ein SE-Betriebsrat (Beteiligter zu 4.) und ein Konzernbetriebsrat (Beteiligter zu 5.) gebildet. Antragstellerinnen sind zwei im Unternehmen der Arbeitgeberin vertretene Gewerkschaften. Am Verfahren sind zudem weitere bei der Arbeitgeberin bzw. in deren Konzern vertretene Gewerkschaften beteiligt (Beteiligte zu 6. bis 8.). 3
- Die Arbeitgeberin hatte ursprünglich die Rechtsform einer Aktiengesellschaft deutschen Rechts. Bei ihr bestand nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz - MitbestG) ein Aufsichtsrat, der sich aus je acht Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zusammensetzte. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 MitbestG befanden sich unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer sechs Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften. Bei den beiden Vertretern der Gewerkschaften handelte es sich um Personen, die nach § 16 Abs. 2 MitbestG von im Konzern der Arbeitgeberin repräsentierten Gewerkschaften vorgeschlagen und in einem von den Wahlen der übrigen sechs Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer getrennten Wahlgang gewählt wurden. 4
- Im Jahr 2014 wurde die Arbeitgeberin in eine SE umgewandelt. Seitdem verfügt sie über einen aus 18 Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat. Gemäß der von der Arbeitgeberin und dem besonderen Verhandlungsgremium am 10. März 5

2014 geschlossenen Beteiligungsvereinbarung sind hiervon neun Aufsichtsratsmitglieder Arbeitnehmervertreter. Die Beteiligungsvereinbarung regelt nähere Vorgaben für deren Bestimmung. Nach Teil II Nr. 3.1 der Beteiligungsvereinbarung können zum Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nur S-Arbeitnehmer oder Vertreter der im S-Konzern repräsentierten Gewerkschaften vorgeschlagen und bestellt werden. Dabei steht den Gewerkschaften nach Teil II Nr. 3.3 der Beteiligungsvereinbarung für einen bestimmten Teil der auf Deutschland entfallenden Arbeitnehmervertreter ein ausschließliches Vorschlagsrecht zu; die Wahl der von ihnen vorgeschlagenen Personen durch die Arbeitnehmer erfolgt in einem getrennten Wahlgang.

Die Beteiligungsvereinbarung enthält in ihrem Teil II Nr. 3.4 zudem Regelungen für die Bildung eines auf zwölf Mitglieder verkleinerten Aufsichtsrats. In diesem Fall müssen dem Aufsichtsrat sechs Arbeitnehmervertreter angehören. Die von den ersten vier Sitzen auf Deutschland entfallenden Arbeitnehmervertreter werden von den in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern gewählt. Dabei können die im Konzern der Arbeitgeberin vertretenen Gewerkschaften Wahlvorschläge für einen Teil der auf Deutschland entfallenden Sitze machen; ein getrennter Wahlgang für die von ihnen vorgeschlagenen Personen findet aber nicht statt.

Die Antragstellerinnen haben in dem von ihnen eingeleiteten Beschlussverfahren geltend gemacht, die Regelungen in der Beteiligungsvereinbarung über die Bestimmung der Arbeitnehmervertreter in einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat seien unwirksam. Sie sind der Ansicht, diese verstießen gegen § 21 Abs. 6 SEBG, da den Gewerkschaften kein ausschließliches - also durch einen getrennten Wahlgang abgesichertes - Vorschlagsrecht für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gewährt werde.

Die Arbeitgeberin ist der Auffassung, das in § 7 Abs. 2 iVm. § 16 Abs. 2 MitbestG vorgesehene ausschließliche Vorschlagsrecht der Gewerkschaften werde durch § 21 Abs. 6 SEBG nicht geschützt.

Die Vorinstanzen haben die Anträge der Antragstellerinnen abgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgen die Antragstellerinnen ihr Begehren weiter.

B. Das einschlägige nationale Recht 10

I. Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz - MitbestG) vom 4. Mai 1976 (*BGBI. I S. 1153, zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. April 2015 - BGBI. I S. 642*) lautet auszugsweise: 11

„§ 7

Zusammensetzung des Aufsichtsrats

(1) Der Aufsichtsrat eines Unternehmens

1. mit in der Regel nicht mehr als 10 000 Arbeitnehmern setzt sich zusammen aus je sechs Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer;
2. mit in der Regel mehr als 10 000, jedoch nicht mehr als 20 000 Arbeitnehmern setzt sich zusammen aus je acht Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer;
3. mit in der Regel mehr als 20 000 Arbeitnehmern setzt sich zusammen aus je zehn Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer.

...

(2) Unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer müssen sich befinden

1. in einem Aufsichtsrat, dem sechs Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer angehören, vier Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften;
2. in einem Aufsichtsrat, dem acht Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer angehören, sechs Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften;
3. in einem Aufsichtsrat, dem zehn Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer angehören, sieben Arbeitnehmer des Unternehmens und drei Vertreter von Gewerkschaften.

...

(5) Die in Absatz 2 bezeichneten Gewerkschaften müssen in dem Unternehmen selbst oder in einem anderen Unternehmen vertreten sein, dessen Arbeitnehmer nach diesem Gesetz an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern des Unternehmens teilnehmen.

...

§ 16
**Wahl der Vertreter von Gewerkschaften in den
Aufsichtsrat**

...

(2) Die Wahl erfolgt auf Grund von Wahlvorschlägen der Gewerkschaften, die in dem Unternehmen selbst oder in einem anderen Unternehmen vertreten sind, dessen Arbeitnehmer nach diesem Gesetz an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern des Unternehmens teilnehmen. ...“

II. Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz - SEBG) vom 22. Dezember 2004 (*BGBl. I S. 3675, 3686, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. Mai 2020 - BGBl. I S. 1044*) lautet in der seit dem 1. März 2020 geltenden Fassung auszugsweise: 12

„§ 2
Begriffsbestimmungen

...

(8) Beteiligung der Arbeitnehmer bezeichnet jedes Verfahren - einschließlich der Unterrichtung, Anhörung und Mitbestimmung -, durch das die Vertreter der Arbeitnehmer auf die Beschlussfassung in der Gesellschaft Einfluss nehmen können.

...

(12) Mitbestimmung bedeutet die Einflussnahme der Arbeitnehmer auf die Angelegenheiten einer Gesellschaft durch

1. die Wahrnehmung des Rechts, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu wählen oder zu bestellen, oder
2. die Wahrnehmung des Rechts, die Bestellung eines Teils oder aller Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu empfehlen oder abzulehnen.

...

§ 21
Inhalt der Vereinbarung

(1) In der schriftlichen Vereinbarung zwischen den Leitungen und dem besonderen Verhandlungsgremium wird, unbeschadet der Autonomie der Parteien im Übrigen und vorbehaltlich des Absatzes 6, festgelegt:

...

(3) Für den Fall, dass die Parteien eine Vereinbarung über die Mitbestimmung treffen, ist deren Inhalt festzulegen. Insbesondere soll Folgendes vereinbart werden:

1. die Zahl der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der SE, welche die Arbeitnehmer wählen oder bestellen können oder deren Bestellung sie empfehlen oder ablehnen können;
2. das Verfahren, nach dem die Arbeitnehmer diese Mitglieder wählen oder bestellen oder deren Bestellung empfehlen oder ablehnen können und
3. die Rechte dieser Mitglieder.

...

(6) Unbeschadet des Verhältnisses dieses Gesetzes zu anderen Regelungen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen muss in der Vereinbarung im Fall einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll. Dies gilt auch bei einem Wechsel der Gesellschaft von einer dualistischen zu einer monistischen Organisationsstruktur und umgekehrt.“

C. Einschlägige Vorschriften des Unionsrechts 13

Artikel 4 der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur 14
Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (*ABl. EG L 294 vom 10. November 2001 S. 22*) lautet auszugsweise:

„Inhalt der Vereinbarung

(1) Das jeweils zuständige Organ der beteiligten Gesellschaften und das besondere Verhandlungsgremium verhandeln mit dem Willen zur Verständigung, um zu einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer innerhalb der SE zu gelangen.

(2) Unbeschadet der Autonomie der Parteien und vorbehaltlich des Absatzes 4 wird in der schriftlichen Vereinbarung nach Absatz 1 zwischen dem jeweils zuständigen Organ der beteiligten Gesellschaften und dem besonderen Verhandlungsgremium Folgendes festgelegt:

...

(4) Unbeschadet des Artikels 13 Absatz 3 Buchstabe a muss in der Vereinbarung im Falle einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll.“

D. Entscheidungserheblichkeit und Erläuterung der Vorlagefrage 15

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt davon ab, ob die sich aus § 21 Abs. 6 SEBG ergebenden Anforderungen zur Ausgestaltung einer Beteiligungsvereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei der Gründung einer SE durch Umwandlung einer Aktiengesellschaft deutschen Rechts mit Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG vereinbar sind. 16

I. Der Antrag der Antragstellerinnen, mit dem diese - soweit vorliegend von Interesse - die Feststellung der Unwirksamkeit der in der Beteiligungsvereinbarung vom 10. März 2014 vorgesehenen Regelungen zur Bestimmung der Arbeitnehmervertreter in einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat begehren, hätte unter Zugrundelegung ausschließlich nationalen Rechts Erfolg. 17

1. Der Antrag ist zulässig. 18

Das Begehren der Antragstellerinnen beschränkt sich auf die Feststellung, dass die Regelungen zum zwölfköpfigen Aufsichtsrat in Teil II Nr. 3.4 der für die Arbeitgeberin geltenden Beteiligungsvereinbarung wegen des Fehlens eines durch einen getrennten Wahlgang abgesicherten Vorschlagsrechts der im Konzern der Arbeitgeberin vertretenen Gewerkschaften unwirksam sind. Damit zielt der Antrag auf die Feststellung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses ab. Die zwischen der Arbeitgeberin und dem besonderen Verhandlungsgremium geschlossene Beteiligungsvereinbarung ist eine Kollektivvereinbarung sui generis, der trotz fehlender ausdrücklicher Anordnung im SEBG von Gesetzes wegen eine normative Wirkung zukommt. Der Antrag der Antragstellerinnen richtet sich auch auf die Feststellung des Nichtbestehens eines abgrenzbaren Teils dieses 19

Rechtsverhältnisses, da er nur die Regelungen über die Bestimmung der Arbeitnehmervertreter in einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat betrifft. Zudem verfügen die Antragstellerinnen über das erforderliche rechtliche Interesse an der begehrten Feststellung. Sie machen eigene Rechte geltend und können nicht darauf verwiesen werden, eine Verkleinerung des Aufsichtsrats der Arbeitgeberin auf zwölf Mitglieder abzuwarten. Ein anderweitiges - gegebenenfalls effektiveres - gerichtliches Verfahren zur Durchsetzung ihrer geltend gemachten Rechte steht den Antragstellerinnen nicht zur Verfügung. Ein Statusverfahren (*Art. 9 Abs. 1 Buchst. c lit. ii der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 iVm. § 98 AktG*) scheidet schon deshalb aus, weil die Zivilgerichte in einem solchen Verfahren nicht die Wirksamkeit einer für die Unternehmensmitbestimmung maßgebenden Beteiligungsvereinbarung nach dem SEBG prüfen können. Diese Prüfung hat der Gesetzgeber mit § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG ausschließlich den Gerichten für Arbeits-sachen zugewiesen.

2. Der Antrag wäre auch begründet. Die Regelungen in der Beteiligungsvereinbarung der Arbeitgeberin vom 10. März 2014 zur Bestimmung der Arbeitnehmervertreter in einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat wären unwirksam. Sie verstießen gegen § 21 Abs. 6 SEBG. 20

a) Grundsätzlich können die Parteien einer Beteiligungsvereinbarung nach § 21 Abs. 1 SEBG Verfahren zur Beteiligung der Arbeitnehmer iSd. § 2 Abs. 8 SEBG autonom ausgestalten. Dies ermöglicht es ihnen, speziell auf die Bedürfnisse der geplanten SE zugeschnittene Regelungen zu treffen und neben der Nutzung bewährter Beteiligungssysteme auch Mischformen oder neue Konzepte oder Verfahren zu entwickeln. Damit soll ein sinnvoller Ausgleich der in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Rechtslagen gewährleistet und zugleich eine sachgerechte Anpassung an die Bedürfnisse und Strukturen der zu gründenden SE sichergestellt werden (*vgl. BT-Drs. 15/3405 S. 41*). 21

b) Die den Parteien einer Beteiligungsvereinbarung eingeräumte Autonomie steht nach § 21 Abs. 1 SEBG allerdings unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der in Abs. 6 der Norm vorgesehenen Gewährleistung. Danach muss bei der 22

Gründung einer SE durch Umwandlung einer Aktiengesellschaft in der Vereinbarung in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll (§ 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG). Damit schränkt das Gesetz die Verhandlungsautonomie der Parteien bei der Gründung einer SE durch Umwandlung einer Aktiengesellschaft zugunsten eines strengeren Bestandsschutzes ein (vgl. *BT-Drs. 15/3405 S. 51 f.*).

c) Nach den für das nationale Recht maßgebenden Auslegungsmethoden gebietet § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG zur Überzeugung des Senats, dass die Parteien der Beteiligungsvereinbarung bei der Gründung einer SE durch Umwandlung in dieser sicherstellen müssen, dass die die Einflussnahme der Arbeitnehmer auf die Beschlussfassung der Gesellschaft prägenden Elemente eines Verfahrens zur Beteiligung der Arbeitnehmer iSd. § 2 Abs. 8 SEBG in gleichwertigem Umfang auch in der zu gründenden SE erhalten bleiben. Diese Elemente sind zunächst - jeweils bezogen auf die in der umzuwandelnden Aktiengesellschaft schon vorhandenen Verfahren zur Beteiligung der Arbeitnehmer iSv. § 2 Abs. 8 SEBG - auf der Grundlage des hierfür maßgebenden nationalen Rechts festzustellen. Die hiernach für die Einflussnahme der Arbeitnehmer auf die Beschlussfassung der Gesellschaft prägenden Elemente sind in gleichem Ausmaß auch in der SE sicherzustellen. Dabei ist zu beachten, dass § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG keine vollständige Aufrechterhaltung der in der umzuwandelnden Gesellschaft vorhandenen Verfahren und des dort bestehenden Rechtszustands anordnet. Die Verfahrenselemente, die die Einflussnahme der Arbeitnehmervertreter in der umzuwandelnden Gesellschaft maßgebend kennzeichnen, müssen daher in der für die SE geltenden Beteiligungsvereinbarung in qualitativ gleichwertigem Maß gewährleistet sein. 23

d) Ausgehend hiervon wären die Regelungen zur Bestimmung der Arbeitnehmervertreter in einem aus zwölf Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat in der Beteiligungsvereinbarung der Arbeitgeberin nicht mit den Vorgaben des § 21 Abs. 6 SEBG vereinbar. 24

aa) Zu den die Einflussnahme der Arbeitnehmer prägenden Verfahrenselementen der Unternehmensmitbestimmung bei einer nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 iVm. Abs. 2 Nr. 2 MitbestG mitbestimmten Aktiengesellschaft deutschen Rechts gehört das nach § 16 MitbestG gesonderte Wahlverfahren für von Gewerkschaften vorgeschlagene Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat. 25

(1) Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 MitbestG müssen sich bei einem Aufsichtsrat, der sich aus je acht Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zusammensetzt, unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer sechs Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften befinden. Die Wahl der Gewerkschaftsvertreter erfolgt in einem von der Wahl der übrigen Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer getrennten Wahlgang aufgrund von Wahlvorschlägen der Gewerkschaften, die im Unternehmen oder in einem anderen Unternehmen, dessen Arbeitnehmer an der Wahl teilnehmen, vertreten sind (§ 16 Abs. 2 Satz 1 MitbestG). Während die anderen Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer im Unternehmen oder in einem zu dessen Konzern gehörenden Unternehmen beschäftigt sein müssen, sind die Gewerkschaften berechtigt, externe Personen für die Wahl vorzuschlagen; diese müssen weder Mitglied der vorschlagenden Gewerkschaft noch bei dieser beschäftigt sein. 26

(2) Das im Mitbestimmungsgesetz vorgesehene - durch ein gesondertes Wahlverfahren abgesicherte - Recht der Gewerkschaften, für einen bestimmten Teil der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer Personen vorzuschlagen, beruht auf der Erkenntnis des deutschen Gesetzgebers, dass die Beteiligung von durch Gewerkschaften vorgeschlagenen Arbeitnehmervertretern ein gerade wegen deren Unabhängigkeit wichtiges Element der Meinungsbildung im Aufsichtsrat darstellt (vgl. BT-Drs. 7/4845 S. 5). Das Gesetz geht seit seinem Inkrafttreten am 1. Juli 1976 unverändert davon aus, dass zu einer gleichberechtigten und vor allem auch gleichgewichtigen Beteiligung der Anteilseigner und der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten der Unternehmen auf der Arbeitnehmerseite zwingend die Teilnahme von Vertretern der überbetrieblich organisierten Arbeitnehmerschaft, also der im Unternehmen oder Konzern repräsentierten Gewerkschaften gehört (vgl. BT-Drs. 7/2172 S. 17). Eine ausschließliche Beschränkung der möglichen 27

Arbeitnehmervertreter auf Personen, die Mitglieder des Unternehmensverbands sind, liegt danach nicht im Interesse der Arbeitnehmer selbst (vgl. den Bericht der Sachverständigenkommission „Mitbestimmung im Unternehmen“, BT-Drs. VI/334 S. 107, auf dessen Erkenntnisse der Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung ausdrücklich Bezug nimmt, BT-Drs. 7/4845 S. 5). Nach den gesetzlichen Wertungen haben die von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat - deren Repräsentanz durch die Wahl der Arbeitnehmer legitimiert ist - eine die Mitbestimmung der Arbeitnehmer stärkende Funktion. Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat Personen angehören, die über ein hohes Maß an Vertrautheit mit den Gegebenheiten und Bedürfnissen des Unternehmens verfügen, und gleichzeitig externer Sachverstand vorhanden ist (vgl. BVerfG 1. März 1979 - 1 BvR 532/77 ua. - zu C III 2 b cc der Gründe, BVerfGE 50, 290).

bb) Damit stellt das durch einen getrennten Wahlgang abgesicherte Recht der Gewerkschaften, Vorschläge für einen bestimmten Teil der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer zu unterbreiten, für das Verfahren der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in einer nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 iVm. Abs. 2 Nr. 2 MitbestG mitbestimmten Aktiengesellschaft ein prägendes Element dar, das bei einer Umwandlung in eine SE in der Beteiligungsvereinbarung nach § 21 Abs. 6 SEBG in qualitativ gleichwertigem Umfang gewährleistet werden muss (im Ergebnis ebenso: WKS/Kleinsorge 5. Aufl. EU-Recht Rn. 110; Köklü in Van Hulle/Maul/Drinhausen Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE) 6. Abschn. Rn. 149; Freis in Nagel/Freis/Kleinsorge SEBG, SCEBG, MgVG 3. Aufl. § 21 SEBG Rn. 44; Teichmann ZIP 2014, 1049, 1055; Grüneberg/Hay/Jerchel/Sick AuR 2020, 297, 300 ff.; KK-AktG/Feuerborn 3. Aufl. § 21 SEBG Rn. 76; Güntzel Die Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und ihre Umsetzung in das deutsche Recht S. 233; Köstler in Theisen/Wenz Die Europäische Aktiengesellschaft 2. Aufl. S. 349; ders. DStR 2005, 745, 747; Nagel AuR 2007, 329, 332; HaKo-BetrVG/Sick 5. Aufl. Europäische Aktiengesellschaft (SE) und grenzüberschreitende Verschmelzung Rn. 12; Lörcher Anm. AuR 2020, 329; aA: MüKoAktG/Jacobs 4. Aufl. § 21 SEBG Rn. 53; Henssler in Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht 4. Aufl. § 21

28

SEBG Rn. 58; Oetker FS Birk 2008, 557, 570 ff.; Habersack in Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig 10 Jahre SE S. 21; Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni SE-Recht § 21 SEBG Rn. 31; Habersack/Drinhausen/Seibt SE-Recht Art. 40 SE-VO Rn. 71; Kuhnke/Hoops in Gaul/Ludwig/Forst Europäisches Mitbestimmungsrecht § 2 Rn. 287; KK-AktG/Paefgen 3. Aufl. Art. 40 SE-VO Rn. 110; Rudolph in Annuß/Kühn/Rudolph/Rupp Europäisches Betriebsräte-Gesetz § 21 SEBG Rn. 40; Forst Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG S. 203 f.; ders. in Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig 10 Jahre SE S. 76; Linden Die Mitbestimmungsvereinbarung der dualistisch verfassten Societas Europaea (SE) S. 98 f.; Schmid Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) S. 185; Scheibe Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE unter besonderer Berücksichtigung des monistischen Systems S. 149; Löw/Stolzenberg NZA 2016, 1489, 1496; Seibt ZIP 2010, 1057, 1063; Schubert Anm. EWIR 2019, 107; Otte-Gräbener Anm. GWR 2018, 448; Ubber Anm. DB 2019, 375).

(1) In der Beteiligungsvereinbarung sicherzustellen wäre danach das Recht von Gewerkschaften, für einen bestimmten Teil der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer Personen vorzuschlagen. Zudem bedürfte es insoweit eines - vom Bestimmungsvorgang der übrigen Arbeitnehmervertreter - gesonderten Auswahlverfahrens für diese Personen durch die Arbeitnehmer oder ihre Vertreter. Nur bei einem derart abgesicherten Nominierungsrecht ist die nach den Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers durch § 7 Abs. 2 Nr. 2 iVm. § 16 Abs. 2 MitbestG bezweckte gleichberechtigte und gleichgewichtige Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat und damit die vor der Umwandlung bestehende Einflussnahme der Arbeitnehmer auf die Beschlussfassung der Gesellschaft iSd. § 2 Abs. 8 SEBG bei der Mitbestimmung iSv. § 2 Abs. 12 SEBG auch in der SE in gleichem Ausmaß weiterhin gegeben. 29

(2) Die Gewährleistung des § 21 Abs. 6 SEBG wirkte sich auch bei der Anzahl der von Gewerkschaften vorgeschlagenen Arbeitnehmervertreter aus, die durch ein gesondertes Bestimmungsverfahren auszuwählen wären. Nach § 7 30

Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MitbestG sind bei einem zwölf- und sechzehnköpfigen Aufsichtsrat einer deutschen Aktiengesellschaft von den sechs bzw. acht Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer zwei Vertreter von Gewerkschaften. Bei einem aus zwanzig Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat sind von den zehn Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer drei Vertreter von Gewerkschaften (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 iVm. Abs. 2 Nr. 3 MitbestG). Diese vom deutschen Gesetzgeber vorgenommene Gewichtung bestimmt das Ausmaß der durch § 21 Abs. 6 SEBG gesicherten Einflussnahme der Arbeitnehmer auf die Beschlussfassung der Gesellschaft. Daher muss sie - soweit rechnerisch möglich - im Aufsichtsrat der SE anteilig bezogen auf die durch die Größe des Aufsichtsrats bedingte Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer weiter gewährleistet sein. Bei einer Verkleinerung des Aufsichtsrats - wie im Ausgangsverfahren möglich - von ehemals 16 Mitgliedern in der Aktiengesellschaft auf zwölf in der SE wären die Parteien der Beteiligungsvereinbarung daher gehalten, den Gewerkschaften zumindest für ein Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer ein ausschließliches Vorschlagsrecht zuzubilligen.

(3) Das in der Beteiligungsvereinbarung sicherzustellende ausschließliche Vorschlagsrecht der Gewerkschaften für einen bestimmten Teil der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer müsste sich dabei nicht auf die im Unternehmen oder Konzern vertretenen deutschen Gewerkschaften beschränken. Mit der Verhandlungslösung wird den Parteien der Beteiligungsvereinbarung - unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 21 Abs. 6 SEBG - die Möglichkeit eröffnet, speziell auf die Bedürfnisse der geplanten SE zugeschnittene Regelungen zu treffen, um eine sachgerechte Anpassung an deren Strukturen zu ermöglichen. Zu den Eigenheiten einer SE gehört die unionsweite Beteiligung der Arbeitnehmer und die dadurch bedingte Internationalisierung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Dem widerspräche es, würde nur auf deutsche Gewerkschaften abgestellt.

e) Diesen sich aus § 21 Abs. 6 SEBG ergebenden Anforderungen genügen die Regelungen über den zwölfköpfigen Aufsichtsrat in der Beteiligungsvereinbarung der Arbeitgeberin vom 10. März 2014 nicht. Zwar können die im Konzern

der Arbeitgeberin vertretenen Gewerkschaften Wahlvorschläge für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer unterbreiten. Da für diese jedoch kein gesondertes Auswahlverfahren vorgesehen ist, stellen die Regelungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung nicht ausreichend sicher, dass sich unter den Vertretern der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat auch tatsächlich eine von Gewerkschaften vorgeschlagene Person befindet.

II. Für den Senat stellt sich allerdings die Frage, ob diese - von ihm vorzunehmende - Auslegung des § 21 Abs. 6 SEBG mit den Vorgaben des Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG vereinbar ist. 33

Die unionsrechtliche Regelung sieht vor, dass unbeschadet des Art. 13 Abs. 3 Buchst. a dieser Richtlinie in der Vereinbarung im Falle einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden muss, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll. Sollte der Norm ein - gegebenenfalls von allen Mitgliedstaaten in gleichem Maß sicherzustellendes - anderes Verständnis mit einem unionsweit einheitlichen, geringeren Schutzniveau zugrunde liegen, wäre der Senat gehalten, § 21 Abs. 6 SEBG dementsprechend unionsrechtskonform auszulegen. 34

Welche - von den Mitgliedstaaten umzusetzenden - Anforderungen sich aus Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG für das in der Beteiligungsvereinbarung zugunsten der Arbeitnehmer zu gewährleistende Schutzniveau ergeben, lässt sich nicht mit der für ein letztinstanzliches Gericht gebotenen Sicherheit beurteilen. Die Regelung war bislang nicht Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union. Die richtige Anwendung des Unionsrechts ist auch nicht offenkundig. Die damit erforderliche Auslegung von Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG obliegt dem Gerichtshof der Europäischen Union. 35

Schmidt

K. Schmidt

Ahrendt

Hayen

Fritz