

Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht 84

Herausgegeben von Abbo Junker

Christine Kumpf

Multinationalität der SE-Mitbestimmungs- ordnung

§ 1 Rechtliche Grundlagen

A. Multinationalität statt Supranationalität

Transnationalität, Supranationalität und Multinationalität – diese drei Begriffe prägen die Arbeitnehmerbeteiligung in einer Europäischen Aktiengesellschaft („SE“). Der Begriff Transnationalität steht für das Überschreiten der nationalen Grenzen. Supranationalität bezeichnet die gemeinschaftsrechtliche Regelungsebene, die über den nationalen Rechtsordnungen angesiedelt ist. Der Begriff Multinationalität kann wörtlich mit „Vielstaatlichkeit“ übersetzt werden. Er ist vor allem in Verbindung mit weltweiten Konzernstrukturen bekannt. Dort steht er für die Verteilung der Produktionsstandorte eines Unternehmens auf verschiedene Staaten.¹ Vorliegend geht es nicht um wirtschaftliche sondern um juristische Multinationalität. Der Terminus soll das Zusammentreffen vieler Rechtsordnungen in einem transnationalen Sachverhalt umschreiben.

Die supranationale Gesellschaftsform SE stellt für die wirtschaftliche Multinationalität in der EU einen einheitlichen rechtlichen Rahmen zur Verfügung.² Der grenzüberschreitende Bezug lässt auch für die Arbeitnehmerbeteiligung homogene Vorschriften auf supranationaler Ebene erwarten. In der Praxis finden auf die Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE jedoch mindestens zwei nationale Rechtsordnungen Anwendung. Dies hat zur Folge, dass die SE-Mitbestimmungsordnung von verschiedenen einzelstaatlichen Regelungen bestimmt und geprägt wird. Sie hat eher multinationalen als supranationalen Charakter. Der rechtliche Hintergrund, das Ausmaß der Multinationalität und die damit verbundenen Probleme sind Gegenstand dieser Untersuchung. Ausgangspunkt ist eine SE mit Sitz in Deutschland.

1 Der Brockhaus, Wirtschaft, „multinationale Unternehmen“.

2 2. Erwägungsgrund SE-Richtlinie; *Henssler* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmung, Einl. SEBG Rn. 9. Neben den Mitgliedstaaten der EU ist aufgrund völkerrechtlicher Verträge auch den weiteren Vertragsstaaten des EWR – derzeit Island, Liechtenstein und Norwegen – die Einbeziehung in die Rechtsform der SE gestattet, Begr. zum RegE zu § 3 Abs. 2 SEBG, BT.-Drucks. 15/3405, S. 45.

B. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen

Die Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft³ regelt die Struktur und Funktionsweise einer SE.⁴ In sozialer Hinsicht wird die SE-Verordnung von der SE-Richtlinie⁵ flankiert. Dort sind die Grundlagen der Arbeitnehmerbeteiligung verortet.

I. Historische Entwicklung

Der Einführung des SE-Statuts als supranationale Rechtsform sind jahrzehntelange Verhandlungen und Bemühungen des europäischen Gesetzgebers vorausgegangen.⁶ Die nationalen Unterschiede im Bereich der Arbeitnehmerbeteiligung haben sich in dem Verhandlungsverfahren als immenses Hindernis erwiesen.⁷ Umstritten war insbesondere die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE.⁸ Im Vergleich zu Deutschland ist die Repräsentation der Arbeitnehmer in den Gesellschaftsorganen in vielen Mitgliedstaaten deutlich weniger ausgeprägt oder findet überhaupt nicht statt.⁹ Erwartungsgemäß musste daher ein Spagat zwischen Schutz der Mitbestimmung und Vermeidung

3 Verordnung 2157/2001/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294 vom 10.11.2001 S. 1, geändert durch Verordnung 1791/2006/EG, ABl. EG Nr. L 363 S. 1 vom 20.11.2006 („SE-Verordnung“).

4 6. Erwägungsgrund SE-Verordnung.

5 Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EG Nr. L 294 vom 10.11.2001 S. 22.

6 *Heinze*, ZGR 2002, 66 (66 ff.); *Kleinsorge*, RdA 2002, 343 (343 f.) jeweils m.w.N.

7 *Feuerborn* in KK zum AktG, Vorb. § 1 SEBG Rn. 1; *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, SE, Vorb. §§ 1 bis 3 SEBG Rn. 1; *Jacobs* in MüKo, Europäisches Aktienrecht, Vor § 1 SEBG Rn. 2; *Kienast* in Jannott/Frodermann, SE, 13. Kapitel Rn. 1; *Kleinmann/Kujath* in Manz/Mayer/Schröder, SE, Teil C Vorb. Rn. 1.

8 Statt vieler *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmung, Einl. SEBG Rn. 2; *Jacobs* in MüKo, Europäisches Aktienrecht, Vor § 1 SEBG Rn. 2; *Wissmann*, FS Wiedemann (2002), 687 (687 f.).

9 Einen Überblick geben jeweils *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmung, Einl. SEBG Rn. 14 und *Weiss*, NZA 2003, 177 (177 ff.); Zusammenfassungen der nationalen Arbeitsbeziehungen sind abrufbar auf der Homepage des ETUI (Forschungseinrichtung der europäischen Gewerkschaftsorganisation ETUC), abrufbar unter <http://de.worker-participation.eu/Nationale-Arbeitsbeziehungen/Laender>, zuletzt abgerufen am 09.02.2014.

derselben bewerkstelligt werden.¹⁰ Dies konnte letztlich nicht mit einer homogenen Regelung, sondern nur mit einem Kompromiss erreicht werden, der die nationalen Besonderheiten ausreichend berücksichtigt.¹¹ So waren die ersten Vorschläge der Kommission zur Einführung eines SE-Statuts von 1970 und 1975 noch von dem Ziel geprägt, eine einheitliche Regelung zu schaffen.¹² Hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung in den Organen der Gesellschaft sah der Vorschlag von 1970 in Anlehnung an das deutsche Mitbestimmungsrecht eine drittelparitätische Besetzung des Aufsichtsorgans vor. Der überarbeitete Entwurf von 1975 orientierte sich demgegenüber am sogenannten Drei-Bänke-Modell, d.h. neben den Aufsichtsratsmitgliedern der Aktionäre und Arbeitnehmer sollte der Aufsichtsrat zu einem weiteren Drittel aus Vertretern der Öffentlichkeit bestehen, die gemeinsam von der Arbeitnehmer- und Aktionärsgruppe gewählt werden.¹³ Die Anwendung des Rechts der Mitgliedstaaten war hinsichtlich der von der Verordnung geregelten Gegenstände grundsätzlich ausgeschlossen. Regelungslücken sollten mithilfe allgemeiner Grundsätze geschlossen werden.¹⁴

Bereits in der zweiten Entwurfsrunde von 1989 und 1991 zeichnete sich eine Tendenz zur Verzahnung von Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ab.¹⁵ Die umfangreichen Regelungen der Verordnung aus den vorhergehenden Entwürfen wurden durch zahlreiche Verweisungen auf die nationalen Rechtsordnungen gekürzt.¹⁶ Zudem sahen die Vorschläge von 1989 und 1991 erstmals eine Aufteilung des Regelungskomplexes in Verordnung und Richtlinie vor.¹⁷ Die Richtlinie sollte den nationalen Gesetzgebern mehr Spielraum bei der umstrittenen Frage der Arbeitnehmerbeteiligung gewähren.¹⁸ Trotz dieser umfangreichen Änderungen konnten die Entwürfe erneut wegen der Meinungsverschiedenheiten über die Arbeitnehmerbeteiligung nicht durchgesetzt werden.¹⁹

10 Eingehend zu den beiden Lagern *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, SE, Vorb. §§ 1 bis 3 SEBG Rn. 4 m.w.N.

11 *Wissmann*, FS Wiedemann (2002), 687 (687).

12 *Jacobs* in MüKo, Europäisches Aktienrecht, Vor § 1 SEBG Rn. 3; *Kleinmann/Kujath* in Manz/Mayer/Schröder, SE, Teil C Vorb. Rn. 2.

13 Zum Ganzen *Oetker* in Lutter/Hommelhoff, SE, Vor § 1 SEBG Rn. 2 f.

14 *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, SE, Art. 9 SE-Verordnung Rn. 2.

15 *Jacobs* in MüKo, Europäisches Aktienrecht, Vor § 1 SEBG Rn. 4.

16 *Blanquet* ZGR 2002, 20 (24).

17 *Jacobs* in MüKo, Europäisches Aktienrecht, Vor § 1 SEBG Rn. 4.

18 *Blanquet* ZGR 2002, 20 (25).

19 *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424 (425); *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, SE, Vorb. §§ 1 bis 3 SEBG Rn. 7.

Erst im Jahr 2000 konnte eine Einigung über die Arbeitnehmerbeteiligung erzielt werden.²⁰ Diese ging auf den Bericht einer Expertengruppe zurück, die von der Kommission beauftragt wurde.²¹ Der sogenannte Davignon-Bericht²² sah vor, dass die Unternehmensleitung und ein besonderes Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer („BVG“) über die Beteiligung der Arbeitnehmer verhandeln sollen.²³ Der Lösung lag die Erkenntnis zu Grunde, dass eine „generelle Harmonisierung“ der unterschiedlichen Arbeitnehmerbeteiligungsmodelle nicht durchsetzbar ist.²⁴ Vorreiter war die im Jahr 1994 verabschiedete Richtlinie über Europäische Betriebsräte.²⁵

Nachdem einige Jahre seit der Verabschiedung der SE-Verordnung und der SE-Richtlinie vergangen sind, fordert das deutsche Schrifttum eine Überarbeitung des SE-Statuts.²⁶

II. Richtlinie 2001/86/EG des Rates

1. Ziel und Gegenstand

Ausdrücklich erklärtes Regelungsziel und Grundprinzip der SE-Richtlinie ist der Schutz erworbener Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer.²⁷ Die Gründung einer SE darf nicht zur Beseitigung oder Einschränkung der Gepflogenheiten der Arbeitnehmerbeteiligung führen, die in den an der Gründung einer SE beteiligten

20 Statt vieler *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424 (425).

21 Vgl. *Jacobs* in MüKo, Europäisches Aktienrecht, Vor § 1 SEBG Rn. 5.

22 Abschlussbericht „European Systems of Worker Involvement“, Mai 1997; *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, SE, Vorb. §§ 1 bis 3 SEBG Rn. 9.

23 *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, SE, Vorb. §§ 1 bis 3 SEBG Rn. 9.

24 *Kleinmann/Kujath* in Manz/Mayer/Schröder, SE, Teil C Vorb. Rn. 5.

25 Richtlinie 94/45 EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. L 254 vom 30.09.1994 S. 64; geändert durch Richtlinie 97/74/EG vom 15.12.1997, ABl. L 10 vom 16.01.1998 S. 22; *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502 (534).

26 Z.B. *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht*, ZIP 2010, 221 (221 ff.); *Henssler* ZHR 173 (2009), 222 (222 ff.); *Jacobs* in MüKo, Europäisches Aktienrecht, Vor § 1 SEBG Rn. 40b; *Kiem*, ZHR 173 (2009), 156 (170 ff.).

27 18. Erwägungsgrund SE-Richtlinie; *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmung, Einl. SEBG Rn. 12; *Kienast* in Jannott/Frodermann, SE, 13. Kapitel Rn. 18; *Kleinmann/Kujath* in Manz/Mayer/Schröder, SE, § 1 SEBG Rn. 2.

Gesellschaften herrschen.²⁸ Deshalb sind die vor der Gründung bestehenden Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer die Basis der Gestaltung ihrer Rechte in der SE.²⁹

Der Begriff der Arbeitnehmerbeteiligung als Regelungsgegenstand der SE-Richtlinie ist weit auszulegen. Grund sind die unterschiedlichen Mitbestimmungsmodelle der Mitgliedstaaten.³⁰ Nach der SE-Richtlinie ist mit dem Begriff Arbeitnehmerbeteiligung jedes Verfahren gemeint, durch das die Vertreter der Arbeitnehmer auf die Beschlussfassung innerhalb der Gesellschaft Einfluss nehmen können.³¹ Hierzu gehören insbesondere das grenzüberschreitende Unterrichts- und Anhörungsverfahren und die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE. Ersteres ist mit Teilen der betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte vergleichbar.³² Als letzteres wird nach deutscher Nomenklatur die Unternehmensmitbestimmung bezeichnet.³³ Diesem Begriffsschema der SE-Richtlinie folgend wird nachstehend die Arbeitnehmerbeteiligung als Oberbegriff für (i) die Unterrichts- und Anhörungsverfahren und (ii) die Unternehmensmitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan verwendet.

2. Regelungsgrundsätze

Aufgrund der vielfältigen nationalen Regelungen zur Arbeitnehmerbeteiligung verzichtet die SE-Richtlinie darauf, ein einheitliches Modell zu installieren.³⁴ Sie stellt nur einen Rahmen für die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte in der SE zur Verfügung.³⁵

28 3. Erwägungsgrund SE-Richtlinie; eine beteiligte Gesellschaft ist gemäß Art. 2 Buchst. b SE-Richtlinie eine Gesellschaft, die unmittelbar an der Gründung einer SE beteiligt ist. Der Begriff „unmittelbare Gründungsgesellschaft“ wird im Folgenden als Synonym verwandt.

29 Das Vorher-Nachher-Prinzip ist verankert im 7., 9. und 18. Erwägungsgrund SE-Richtlinie; statt vieler *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmung, Einl. SEBG Rn. 12.

30 *Kleinmann/Kujath* in Manz/Mayer/Schröder, SE, § 2 SEBG Rn. 9.

31 Art. 2 Buchst. h SE-Richtlinie.

32 *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, SE, Vorb. §§ 1 bis 3 SEBG Rn. 15.

33 *Feuerborn* in KK zum AktG, Vorb. § 1 SEBG Rn. 20.

34 5. Erwägungsgrund SE-Richtlinie; *Herfs-Röttgen*, NZA 2002, 358 (359).

35 *Jacobs* in MüKo, Europäisches Aktienrecht, Vor § 1 SEBG Rn. 13; *Kienast* in Jannott/Frodermann, SE, 13. Kapitel Rn. 16.

Primär soll eine Vereinbarung zwischen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite das Recht auf Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE sicherstellen (Vorrang der Vereinbarungslösung).³⁶ Dabei müssen bereits erworbene Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer erhalten bleiben (Vorher-Nachher-Prinzip).³⁷ Die Arbeitnehmerseite wird bei den Verhandlungen von einem BVG vertreten.³⁸ Für dessen Zusammensetzung und Beschlussfassung enthält die SE-Richtlinie konkrete Bestimmungen.³⁹ Für die abzuschließende Vereinbarung der Arbeitnehmerbeteiligung sieht die SE-Richtlinie nur einige Mindestinhalte vor.⁴⁰

Scheitern die Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung, greift eine gesetzliche Auffangregelung ein.⁴¹ Diese ist im Anhang zur SE-Richtlinie verortet und enthält für das Unterrichts- und Anhörungsverfahren eine gleichwohl „lückenhafte Regelung“.⁴² Die gesetzliche Mitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE ist nicht einheitlich geregelt, sondern lehnt sich an das bisherige Modell in den beteiligten Gesellschaften an. Das Maß der Repräsentation richtet sich nach dem bisher höchsten Anteil.⁴³ Bei der Gründung durch Umwandlung finden regelmäßig alle Komponenten der bisherigen Unternehmensmitbestimmung auch in der SE Anwendung.⁴⁴ Im Übrigen muss sich für das Eingreifen der Auffangregelung die nationale Unternehmensmitbestimmung auf einen bestimmten Prozentsatz der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften erstreckt haben. Dieser Prozentsatz hängt von der jeweiligen Gründungsform der SE ab.⁴⁵

36 8. Erwägungsgrund, Art. 4 Abs. 1 SE-Richtlinie; *Grobys* NZA 2005, 84 (85); *Henssler* in *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmung, Einl. SEBG Rn. 11; *Kleinmann/Kujath* in *Manz/Mayer/Schröder*, SE, § 1 SEBG Rn. 4.

37 Statt vieler *Jacobs* in *MüKo*, Europäisches Aktienrecht, Vor § 1 SEBG Rn. 13.

38 Art. 3 Abs. 2 SE-Richtlinie.

39 *Kienast* in *Jannott/Frodermann*, SE, 13. Kapitel Rn. 20.

40 Im Einzelnen Art. 4 Abs. 2 SE-Richtlinie.

41 8. Erwägungsgrund, Art. 7 SE-Richtlinie.

42 *Rieble* in *Rieble/Junker*, Vereinbarte Mitbestimmung, § 3 Rn. 107 ff.

43 Teil 3 Buchst. b des Anhangs zur SE-Richtlinie; *Feuerborn* in *KK zum AktG*, Vorb. § 1 SEBG Rn. 23; *Jacobs* in *MüKo*, Europäisches Aktienrecht, Vor § 1 SEBG Rn. 22.

44 Teil 3 Buchst. a des Anhangs zur SE-Richtlinie.

45 Im Einzelnen Art. 7 Abs. 2 Buchst. b und c SE-Richtlinie; *Feuerborn* in *KK zum AktG*, Vorb. § 1 SEBG Rn. 22; *Kienast* in *Jannott/Frodermann*, SE, 13. Kapitel Rn. 33.

C. Nationale Rechtsgrundlagen

Trotz ihrer unmittelbaren Regelungswirkung⁴⁶ erforderte auch die SE-Verordnung den Erlass von Ausführungsgesetzen durch die Mitgliedstaaten.⁴⁷ Sie enthält zahlreiche Verpflichtungen bzw. Ermächtigungen des nationalen Gesetzgebers, abweichende oder konkretisierende Bestimmungen zu erlassen.⁴⁸ Solche Regelungsaufträge betreffen beispielsweise den organisatorischen Aufbau der SE im dualistischen oder monistischen System, soweit das Recht eines Mitgliedstaates nur Vorschriften zu einem Organisationssystem bereithält.⁴⁹

I. Umsetzung der SE-Richtlinie

Die SE-Richtlinie enthält kraft ihrer Rechtsnatur kein in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Recht.⁵⁰ Adressaten der Richtlinie sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV nur die Mitgliedstaaten, für welche die Richtlinie hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist. Entgegen dem Wortlaut der Vorschrift gibt die Richtlinie aber nicht nur abstrakte Zielsetzungen verbindlich vor, sondern legt auch das zu erreichende Ergebnis fest.⁵¹ Die Mitgliedstaaten waren gemäß Art. 14 Abs. 1 SE-Richtlinie verpflichtet, den angestrebten Rechtszustand fristgerecht und zielkonform umzusetzen.⁵² Sie mussten insbesondere sicherstellen, dass die in den beteiligten Gesellschaften vorhandenen Arbeitnehmerbeteiligungsrechte erhalten bleiben.⁵³

Art. 288 Abs. 3 AEUV zufolge können die Mitgliedstaaten zwar die Formen und Mittel zur Umsetzung frei wählen.⁵⁴ Nach dem in der Rechtsprechung des

46 Art. 288 Abs. 2 AEUV.

47 *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, SE, Vorb. §§ 1 bis 3 SEBG Rn. 59; *Kleinsorge*, RdA 2002, 343 (352).

48 *Kuhn* in Jannott/Frodermann, SE, 2. Kapitel Rn. 5; *Veil* in KK zum AktG, Art. 9 SE-Verordnung, Rn. 59.

49 *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, SE, Vorb. §§ 1 bis 3 SEBG Rn. 59; *Ihrig/Wagner*, BB 2003, 969 (974). Eine Übersicht über die Wahlrechte der SE-Verordnung gibt *Neye*, ZGR 2002, 377 (381 Fn. 17).

50 *Nettesheim* in Grabitz, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 104.

51 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 9 Rn. 83; *Schroeder* in Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 76.

52 Allg. zur Umsetzungsverpflichtung *Ruffert* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 23; *Schroeder* in Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 76 f.

53 Dies folgt aus dem 3. und 18. Erwägungsgrund SE-Richtlinie.

54 *Nettesheim* in Grabitz, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 112; *Schroeder* in Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 90.

EuGH entwickelten effet-utile-Grundsatz sind die Mitgliedstaaten aber verpflichtet, die Richtlinienbestimmungen so wirkungsvoll wie möglich in das mitgliedstaatliche Recht zu transformieren.⁵⁵ Bei der Umsetzung sind diejenigen Formen und Mittel zu wählen, „die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (effet utile) der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen“.⁵⁶ Infolgedessen müssen die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung Vorschriften erlassen, die es dem Einzelnen ermöglichen, „seine Rechte in vollem Umfang zu erkennen und sich vor den nationalen Gerichten auf sie zu berufen“.⁵⁷

Der deutsche Gesetzgeber hat die Vorschriften zur SE durch das SEEG⁵⁸ in das deutsche Recht integriert. Das SEEG ist ein Artikelgesetz, das in Art. 1 mit dem SEAG⁵⁹ ergänzende bzw. ausführende Regelungen zur SE-Verordnung und in Art. 2 mit dem SEBG⁶⁰ Regelungen zur Umsetzung der SE-Richtlinie enthält.

II. Nationaler Gestaltungsspielraum

Bei der Umsetzung der SE-Richtlinie in nationales Recht ist zu differenzieren zwischen Regelungen, die in jedem Mitgliedstaat zwingend identisch umzusetzen sind, und Regelungen, die dem nationalen Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum einräumen.⁶¹ Zwingend identisch umzusetzen sind Regelungen, die detaillierte Vorgaben für die Mitgliedstaaten enthalten.⁶² Obwohl die Verbindlichkeit einer Richtlinie auf ihr Ziel bzw. Ergebnis beschränkt ist, verstößt eine

55 Z.B. EuGH vom 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 Rn. 15 (von Colson und Kamann); *Schroeder* in Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 90; *Vedder* in Vedder/Heintschel von Heinegg, EU-Recht, Art. 288 AEUV Rn. 29.

56 Grundlegend EuGH vom 08.04.1976, Rs. 48/75, Slg. 1976, 497 Rn. 69/73 a. E. (Royer).

57 Z.B. EuGH vom 30.05.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 Rn. 15 (KOM/Deutschland); EuGH vom 23.05.1985, Rs. 29/84, Slg. 1985, 1661 Rn. 23 (KOM/Deutschland); *Schroeder* in Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 91.

58 Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 28.12.2004, BGBl. I S. 3675.

59 Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) vom 22.12.2004, BGBl. I S. 3675, zuletzt geändert durch Art. 6 Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30.07.2009, BGBl. I S. 2479.

60 Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG) vom 22.12.2004, BGBl. I S. 3675.

61 Begr. zum RegE, Allgemeines, BT-Drucks. 15/3405, S. 42; *Kienast* in Jannott/Frodermann, SE, 13. Kapitel Rn. 43; *Niklas*, NZA 2004, 1200 (1200).

62 *Schroeder* in Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 89.

solche Regelungsdichte nicht gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 4 EUV⁶³ und ist daher zulässig.⁶⁴

Beispiele für zwingende Bestimmungen der SE-Richtlinie sind der Vorrang der Vereinbarungslösung, die Einrichtung des BVG, das Abstimmungsverfahren im BVG und die Mindestinhalte der Auffangregelung.⁶⁵ Auch bei diesen genauen Vorgaben müssen die Richtlinienbestimmungen aber nicht wörtlich in das nationale Recht übernommen werden.⁶⁶

Neben den verbindlichen Bestimmungen enthält die SE-Richtlinie zahlreiche Gestaltungsspielräume zugunsten der nationalen Gesetzgeber. Die lückenhaften Regelungen sind auf den Umstand zurückzuführen, dass sich die Mitgliedstaaten nicht auf ein einheitliches europäisches Modell der Arbeitnehmerbeteiligung einigen konnten.⁶⁷ Der Spielraum kann sich aus Wahlmöglichkeiten zwischen alternativen Regelungen oder offenen Gestaltungsermächtigungen ergeben.⁶⁸ Die SE-Richtlinie hat von beiden Möglichkeiten Gebrauch gemacht, so insbesondere:

- Die Verfahren für die Bestimmung der Mitglieder des BVG, die in dem jeweiligen Hoheitsgebiet zu wählen oder zu bestellen sind, werden von den Mitgliedstaaten festgelegt.⁶⁹ Dabei kann vorgesehen werden, dass auch externe Gewerkschaftsvertreter Mitglied des BVG sein können.⁷⁰
- In der gesetzlichen Auffangregelung legen die Mitgliedstaaten die Verfahren zur Bestimmung der Mitglieder des SE-Betriebsrats fest, die in ihrem Hoheitsgebiet zu wählen oder zu bestellen sind.⁷¹

63 Vertrag über die Europäische Union, zuletzt geändert durch Art. 1 Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007, ABL Nr. C 306 S. 1, ber. ABL 2008 Nr. C 111 S. 56 und ABL 2009 Nr. C 290 S. 1.

64 *Biervert* in Schwarze, EU, Art. 288 AEUV Rn. 26; *Schroeder* in Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 89; zum Hintergrund eingehend *Ruffert* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 25.

65 Begr. zum RegE, Allgemeines, BT-Drucks. 15/3405, S. 42.

66 Z.B. EuGH vom 09.04.1987, Rs, 363/85, Slg. 1987, 1733 Rn. 15 (KOM/Italien); *Biervert* in Schwarze, EU, Art. 288 AEUV Rn. 28; *Schroeder* in Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 89.

67 So bereits für die Entwürfe der Kommission aus den Jahren 1989 und 1991 *Hanau* in Hanau/Steinmeyer/Wank, Europäisches Arbeitsrecht, § 19 Rn. 143; zur Entstehungsgeschichte § 1 B. I (S. 2).

68 *Vedder* in Vedder/Heitschel von Heinegg, EU-Recht, Art. 288 AEUV Rn. 22.

69 Art. 3 Abs. 2 Buchst. b Unterabs. 1 SE-Richtlinie.

70 Art. 3 Abs. 2 Buchst. b Unterabs. 2 SE-Richtlinie.

71 Teil 1 Buchst. b des Anhangs zur SE-Richtlinie.

- Darüber hinaus haben die Mitgliedstaaten in der gesetzlichen Auffangregelung das Recht, die Verteilung der ihnen zugewiesenen Sitze im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE zu bestimmen.⁷²
- Im Übrigen verzichtet die SE-Richtlinie darauf, ein einheitliches Schutzniveau für die Arbeitnehmervertreter in der SE festlegen. Stattdessen verweist sie auf die Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten der jeweiligen Beschäftigungsländer.⁷³

Die Regelung wesentlicher Fragen ist sonach den nationalen Umsetzungsgesetzen überlassen.⁷⁴ Die Lücken der SE-Richtlinie werden durch Verweisungen auf mitgliedstaatliches Recht geschlossen. Dieses mitgliedstaatliche Recht wird entweder im Rahmen der Umsetzung erlassen oder existiert bereits.

Im Gegensatz zu anderen arbeitsrechtlichen Richtlinien enthält die SE-Richtlinie aber keine allgemeine Öffnungsklausel, die mitgliedstaatliche Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer zulässt.⁷⁵ Dies ist darauf zurückzuführen, dass der europäische Gesetzgeber das Ziel der Harmonisierung mitgliedstaatlichen Rechts vor dem Hintergrund der umfangreichen Gestaltungsoptionen nicht noch weiter gefährden wollte.

D. Anzuwendendes Recht

I. Transnationalität der Arbeitnehmerbeteiligung

Die Bestimmung des auf die Arbeitnehmerbeteiligung anzuwendenden Rechts ist zwingend erforderlich. Die Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE weist Bezüge zu Rechtsordnungen verschiedener Staaten auf. Aufgrund der Transnationalität einer SE sind regelmäßige Arbeitnehmer zu beteiligen, die in unterschiedlichen Mitgliedstaaten beschäftigt sind.⁷⁶ Zudem ist das anzuwendende Recht von

72 Teil 3 Buchst. b Unterabs. 3 des Anhangs zur SE-Richtlinie.

73 Art. 10 Abs. 1 SE-Richtlinie.

74 *Kienast* in Jannott/Frodermann, SE, 13. Kapitel Rn. 19; a.A. *Grobys*, NZA 2004, 779 (780).

75 *Krause*, BB 2005, 1221 (1222); eine allg. Öffnungsklausel findet sich z.B. in Art. 7 Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14.10.1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen und Art. 8 Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen.

76 Allg. zum Auslandsbezug *Fritz Sturm/Gudrun Sturm* in Staudinger, Einl. zum IPR Rn. 1 ff.; zur Transnationalität der Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE *Feuerborn* in KK zum AktG, § 3 SEBG Rn. 3.

maßgebender Bedeutung für die Ziele der SE-Richtlinie. Die Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE ist nicht vollständig harmonisiert, sondern beruht auf einem Minimalkonsens. Folglich ist zu erwarten, dass sich die einzelstaatlichen Umsetzungsregelungen nicht nur unerheblich unterscheiden.⁷⁷

Welches nationale Umsetzungsgesetz zur Anwendung kommt, ist mithilfe von Kollisionsnormen zu ermitteln. Kollisionsnormen legen entweder allgemein den Anwendungsbereich einer Rechtsordnung fest oder regeln den Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des anzuwendenden Rechts.⁷⁸ Sie verweisen auf eine bestimmte Rechtsordnung, die für den jeweiligen Sachverhalt maßgeblich ist.⁷⁹ In Anbetracht der Fülle der nationalen und europäischen Kollisionsnormen stellt sich zunächst die Frage, welche vorliegend für die Bestimmung des anzuwendenden Rechts maßgeblich sind.

II. Kollisionsrechtliche Vorgaben der SE-Richtlinie

Die SE-Richtlinie enthält nur vereinzelt ausdrückliche Regelungsanweisungen an die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Bestimmung des anzuwendenden Rechts:

- Art. 6 SE-Richtlinie bestimmt, dass für das Verhandlungsverfahren grundsätzlich das Recht des Mitgliedstaates maßgeblich ist, in dem die SE später ihren Sitz haben wird. Dies gilt nicht, wenn in der SE-Richtlinie etwas anderes vorgesehen ist.
- Für die Auffangregelung gilt gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 2 SE-Richtlinie das Umsetzungsgesetz desjenigen Mitgliedstaates, in dem die SE ihren Sitz haben wird.
- Art. 10 SE-Richtlinie bestimmt, dass sich der Schutz der Arbeitnehmervertreter nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten des Landes richtet, in dem die Arbeitnehmervertreter beschäftigt sind.

Die kollisionsrechtliche Lösung der SE-Richtlinie liegt in einer Kombination aus primärer Anwendung des Sitzstaatrechts⁸⁰ und besonderen Verweisungen auf das Recht der Mitgliedstaaten, in denen von der SE-Gründung betroffene Arbeitnehmer beschäftigt sind. Kollisionsnormen im eigentlichen Sinn entstehen

77 Zum Ganzen von *Hoffmann*, ZfRV 1995, 45 (47): „Somit ist bei bloßer Mindestharmonisierung sowie bei einer sachlich begrenzten Harmonisierung weiterhin die Bestimmung des anwendbaren Rechts erforderlich: Das Kollisionsrecht legt hier fest, welches nationale Umsetzungsgesetz zur Anwendung kommt“; vgl. auch *Pluskat*, DStR 2001, 1481 (1484).

78 *Creifelds*, Rechtswörterbuch, „Internationales Privatrecht“.

79 *Lorenz* in Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Einl. IPR Rn. 1.

80 Nachfolgend § 1 D. III (S. 12).

erst durch die ordnungsgemäße Umsetzung in nationales Recht.⁸¹ Aus diesem Grund genießen die Richtlinienbestimmungen mit kollisionsrechtlichem Gehalt keinen unmittelbaren gemeinschaftsrechtlichen Vorrang vor den sonstigen Kollisionsnormen des deutschen IPR.⁸² Erst die im Rahmen der Richtlinienumsetzung entstandenen Regelungen des SEBG mit kollisionsrechtlichem Gehalt gehen als *leges speciales* den allgemeinen Kollisionsnormen vor.⁸³

Nach dem *lex-foi*-Grundsatz ist stets von dem Kollisionsrecht der eigenen Rechtsordnung auszugehen, da ein „Kollisionsrecht für das Kollisionsrecht“ nicht existiert.⁸⁴ Ausgehend von der Prämisse, dass die SE ihren Sitz in Deutschland hat, wird daher im Folgenden das SEBG in Verbindung mit den Richtlinienvorgaben für die Ermittlung des anzuwendenden Rechts betrachtet.

III. Geltungsbereich des SEBG

Die zentrale Kollisionsnorm des SEBG befindet sich in § 3 Abs. 1, der den räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes festlegt. Dieser ist aufgrund der legislativen Territorialhoheit der einzelnen Mitgliedstaaten auf Sachverhalte beschränkt, die einen Bezug zum Inland haben.⁸⁵ Darüber hinaus definiert die Vorschrift den personellen Anwendungsbereich hinsichtlich der von dem Gesetz erfassten Gesellschaften und Arbeitnehmer.⁸⁶

Der Anwendungsbereich des SEBG erfasst gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 eine SE mit Sitz in Deutschland. Maßgeblich ist nach allgemeiner Auffassung nicht der tatsächliche, sondern der in der Satzung genannte Sitz.⁸⁷ Unerheblich ist, ob die SE

81 *Oetker* in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, § 11 Rn. 5; *Sonnenberger* in MüKo, BGB, Einl. IPR Rn. 183.

82 *Sonnenberger* in MüKo, BGB, Art. 3 EGBGB Rn. 2.

83 In diesem Sinne *Oetker* in Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, § 11 Rn. 5; *Sonnenberger* in MüKo, BGB, Einl. IPR Rn. 152.

84 Zum *lex-foi*-Grundsatz als Einstieg in die kollisionsrechtliche Prüfung BGH vom 14.06.1965, Az. GSZ 1/65, BGHZ 44, 46 (50); *Lorenz* in Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Einl. IPR Rn. 51.

85 Ähnlich Begr. zum RegE zu § 3 Abs. 1 SEBG, BT-Drucks. 15/3405, S. 45; *Feuerborn* in KK zum AktG, § 3 SEBG Rn. 2; zum Zusammenhang des räumlichen Geltungsbereichs eines Gesetzes mit der Gebietshoheit der Staaten *Merten* in Staudinger, Kommentar zum BGB, Art. 1 EGBGB Rn. 39.

86 *Evers* in Manz/Mayer/Schröder, SE; § 3 SEBG Rn. 1; *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmung, § 3 SEBG Rn. 1 ff; a.A. *Feuerborn* in KK zum AktG, § 3 SEBG Rn. 1, der nur den räumlichen Geltungsbereich erfasst sieht.

87 Statt vieler *Evers* in Manz/Mayer/Schröder, SE; § 3 SEBG Rn. 1; *Feuerborn* in KK zum AktG, § 3 SEBG Rn. 5.

in Deutschland gegründet wurde oder ihren Sitz später dorthin verlegt.⁸⁸ Diese Anknüpfung an den Sitz der SE entspricht den Vorgaben der SE-Richtlinie in Artt. 6 und 7 Abs. 1.⁸⁹ Befindet sich der satzungsmäßige Sitz der SE in Deutschland, sind die Vorschriften über das Verhandlungsverfahren, den Inhalt der Beteiligungsvereinbarung als maßgeblichen Verhandlungsgegenstand und die gesetzliche Auffangregelung grundsätzlich dem SEBG zu entnehmen.⁹⁰

Darüber hinaus richten sich die in Deutschland zu erfüllenden Mitwirkungspflichten beteiligter Gesellschaften nach dem SEBG, auch wenn diese ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben.⁹¹ Der Hinweis in der Gesetzesbegründung hat lediglich eine klarstellende Funktion, da die Mitwirkungspflichten als Teil des Verhandlungsverfahrens ohnehin grundsätzlich den Vorschriften des Sitzstaates unterliegen.⁹²

§ 3 Abs. 1 SEBG ist als einseitige Kollisionsnorm zu qualifizieren.⁹³ Sie regelt zwar, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Bereiche das SEBG anzuwenden ist, trifft aber keine Aussage über die Anwendbarkeit ausländischen Rechts.⁹⁴ So bleibt offen, nach welchem Recht sich diejenigen Aspekte des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens richten, die sich nicht unmittelbar in Deutschland abspielen.⁹⁵

IV. Sonderanknüpfungen

1. Korrektur des primär anzuwendenden Rechts

Die vorrangige Anknüpfung des SEBG an den Sitz der SE ist nicht allumfassend.⁹⁶ Deshalb enthält das SEBG für einzelne Aspekte des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens

88 Begr. zum RegE zu § 3 Abs. 1 SEBG, BT-Drucks. 15/3405, S. 45; *Feuerborn* in KK zum AktG, § 3 SEBG Rn. 6.

89 *Forst*, S. 49 f.; *Hohenstatt/Müller-Bonanni* in Habersack/Drinhausen, SE, § 3 SEBG Rn. 1; nach a.A. setzt § 3 SEBG keine Regelung der SE-Richtlinie um: *Feuerborn* in KK zum AktG, § 3 SEBG Rn. 1; *Jacobs* in MüKo, Europäisches Aktienrecht, § 3 SEBG Rn. 1; *Oetker* in Lutter/Hommelhoff, SE, § 3 SEBG Rn. 2.

90 *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmung, § 3 SEBG Rn. 1.

91 Begr. zum RegE zu § 3 Abs. 1 SEBG, BT-Drucks. 15/3405, S. 45.

92 Vgl. die kollisionsrechtliche Anweisung in Art. 6 SE-Richtlinie.

93 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 85.

94 Allg. *Lorenz* in Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Einl. IPR Rn. 45.

95 Allg. zur einseitigen Kollisionsnorm *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 84 f.

96 Allg. zur natürlichen Begrenzung einer Anknüpfung *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 1 Rn. 9.

besondere Kollisionsnormen. Diese sehen für die Bestimmung des anwendbaren Rechts eine vom Sitz der SE abweichende Anknüpfung vor, in deren Folge aus Sicht des Sitzstaates auf ausländische Rechtsordnungen verwiesen wird.⁹⁷

Nach kollisionsrechtlicher Terminologie handelt es sich dabei um allseitig formulierte Sonderanknüpfungen, durch die das Sitzstaatrecht für einzelne Regelungsgegenstände teilweise verdrängt wird.⁹⁸ Denn eine Sonderanknüpfung liegt vor, „wenn die Beurteilung einzelner Elemente eines Rechtsverhältnisses nach einer anderen Rechtsordnung als der für das Rechtsverhältnis im Übrigen maßgeblichen erfolgt“.⁹⁹ Diese Sonderanknüpfungen dienen der Korrektur des vorrangig anzuwendenden Sitzstaatrechts. Dass eine solche Korrektur erforderlich ist, besagt auch Art. 6 SE-Richtlinie:

„Sofern in dieser Richtlinie nichts anderes vorgesehen ist, ist für das Verhandlungsverfahren gemäß den Artikeln 3 bis 5 das Recht des Mitgliedstaates maßgeblich, in dem die SE ihren Sitz haben wird.“

(Anm.: Hervorhebung durch die Verf.)

Die Gründe für eine Sonderanknüpfung können unterschiedlicher Natur sein.¹⁰⁰ Vorliegend erfordert der Inlandsbezug einzelner Aspekte des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens eine Abweichung vom Sitzstaatrecht. Das nationale Umsetzungsgesetz ist aufgrund seines beschränkten Geltungsbereichs gehindert, diejenigen Bereiche des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens zu regeln, die sich außerhalb des Hoheitsgebietes des Sitzstaates der SE ereignen.¹⁰¹

Das SEBG knüpft für einzelne Bereiche wie etwa die Verfahren zur Bestimmung der Mitglieder des BVG, SE-Betriebsrats und Aufsichts- oder Verwaltungsorgans sowie deren persönliche Rechtsstellung ausdrücklich an vom Sitz der SE abweichende Momente an. Für andere Aspekte, wie insbesondere die Informationspflicht der beteiligten Gesellschaften nach § 4 Abs. 2 SEBG, muss durch Auslegung ermittelt werden, ob eine Sonderanknüpfung vorliegt.¹⁰²

97 Ausführlich zu den einzelnen Verweisungen § 2 (S. 19).

98 Allg. zur Sonderanknüpfung *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 1 Rn. 9; *Schotten/Schmellenkamp*, IPR, § 2 Rn. 15.

99 *Tilch/Arloth*, Deutsches Rechtslexikon, „Sonderanknüpfung“.

100 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 2.

101 *Evers* in *Manz/Mayer/Schröder*, SE, § 3 SEBG Rn. 2.

102 Zu den einzelnen Verweisungen § 2 (S. 19).

2. Verweisung auf Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten

Die aus den Sonderanknüpfungen folgenden Verweisungen beziehen sich auf die unmittelbar zur Anwendung berufenen Regelungen des jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechts (Sachnormverweisungen). Nationale Kollisionsnormen sind nicht von der Verweisung umfasst. Die SE-Richtlinie gibt die Anknüpfungen für das anzuwendende Recht vor. Diese waren in die einzelstaatlichen Rechtsordnungen umzusetzen, so dass die Anwendung nationaler Kollisionsnormen nicht erforderlich ist.¹⁰³ Für diese Auslegung spricht auch die Tendenz des europäischen Rechts zu Sachnormverweisungen.¹⁰⁴ Diese werden regelmäßig gewählt, um einen Widerspruch zu der angestrebten Rechtsangleichung zu vermeiden.¹⁰⁵

Die Verweisungen der SE-Richtlinie beziehen sich nicht nur auf Sachnormen sondern auch auf Gepflogenheiten. Hierdurch wird den Mitgliedstaaten ein größerer Gestaltungsspielraum eingeräumt.¹⁰⁶ Neben der SE-Richtlinie verwenden auch andere gemeinschaftsrechtliche Richtlinien diese Verweisungstechnik.¹⁰⁷ Grund ist die Schwierigkeit, das vielschichtige nationale Arbeitsrecht zu harmonisieren.¹⁰⁸ Zudem ist in mehreren Mitgliedstaaten die Arbeitnehmerbeteiligung nicht nur durch Gesetze, sondern auch durch nichtnormative Übungen geregelt.¹⁰⁹

Fraglich ist, welche Voraussetzungen die Gepflogenheiten vorliegend erfüllen müssen. Eine Gepflogenheit ist nach ihrem Wortsinn eine „durch häufige Wiederholung zur Gewohnheit gewordene, oft bewusst gepflegte und kultivierte Handlung oder Handlungsweise“.¹¹⁰ Nach dem 20. Erwägungsgrund der

103 Zur Begründung von Gesamtverweisungen *Sonnenberger* in MüKo, BGB, Art. 4 EGBGB Rn. 1 f.

104 *Lorenz* in *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB, Art. 4 EGBGB Rn. 7.

105 *Hausmann* in *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Art. 4 EGBGB Rn. 158.

106 *Rebhahn* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 18 Rn. 14.

107 Beispiele sind Artt. 7, 8, 10 und 18 der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, geändert durch Richtlinie 2000/43/EG sowie Artt. 7, 8b und 8c der Richtlinie 76/207/EG des Rates vom 09.02.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf Arbeitsbedingungen, geändert durch Richtlinie 2002/73/EG.

108 Ähnlich *Rebhahn*, NZA 2001, 763 (774); *Stoffels* in *GS Heinze* (2005), 885 (885 f.); *Weiss* in *GS Heinze* (2005), 1067 (1067 f.); zu den Systemunterschieden in der betrieblichen Arbeitnehmerbeteiligung *Junker*, ZfA 2001, 225 (225 ff.).

109 20. Erwägungsgrund SE-Richtlinie.

110 Duden, Deutsches Universalwörterbuch, „Gepflogenheit“.

SE-Richtlinie zählen zu den Gepflogenheiten auch Tarifverträge auf nationaler, sektoraler und unternehmensbezogener Ebene. Daraus lässt sich schließen, dass die erfassten Gepflogenheiten in einem Mitgliedstaat oder Betrieb bzw. Unternehmen allgemeine Geltung haben müssen. Gepflogenheiten zwischen dem Arbeitgeber und einem einzelnen Arbeitnehmer gehören nicht dazu.¹¹¹

Die allgemeine Geltung der Gepflogenheiten kann auf vertraglicher Grundlage beruhen. Hierzu zählen in Deutschland neben den Tarifverträgen etwa auch Betriebsvereinbarungen und Gesamtzusagen.¹¹² Auch die im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer und ihre Arbeitgeber können durch ähnliche Institute gebunden sein. Dies bedarf einer Einzelfallbetrachtung.

Darüber hinaus kann die allgemeine Geltung der Gepflogenheiten auf einem „Anerkennungsakt“ durch beispielsweise die Rechtsprechung beruhen. Für das Erfordernis eines entsprechenden „Anerkennungsakts“ spricht das Rechtsstaatsprinzip. Danach muss sich das staatliche Handeln stets im Rahmen der Rechtsordnung bewegen.¹¹³ Deutschland erkennt als solche Gepflogenheit das Gewohnheitsrecht an. Für dessen Legitimation ist neben der langandauernden Übung eine gewisse Rechtsüberzeugung zu fordern.¹¹⁴ Es kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden, welche Voraussetzungen das Gewohnheitsrecht in den einzelnen Mitgliedstaaten erfüllen muss. Da die Rechtsstaatlichkeit Voraussetzung für den Beitritt in die EU ist,¹¹⁵ muss jedoch stets eine gewisse rechtliche Legitimation der Gepflogenheiten vorliegen.

V. Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der Umsetzungsgesetze richtet sich nicht ausschließlich nach dem Sitzstaat. Daher sind in der Praxis regelmäßig mehrere nationale Umsetzungsgesetze anzuwenden. Dies lässt sich wie folgt veranschaulichen:

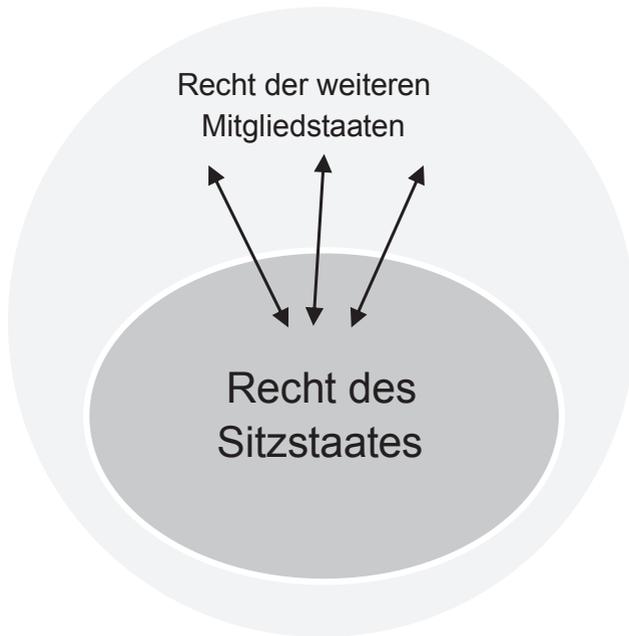
111 Aus diesem Grund kann auch nicht auf die Auslegung in Zusammenhang mit der Vorschrift Art. 9 Abs. 1 CISG zurückgegriffen werden, die ebenfalls den Begriff der Gepflogenheit verwendet. Art. 9 CISG betrifft nur die zwischen zwei Parteien bestehenden Gepflogenheiten, *Saenger* in *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB, Art. 9 CISG Rn. 3.

112 Zur Rechtsnatur von Betriebsvereinbarungen *Kania* in *ErfK*, § 77 BetrVG Rn. 4; zur rechtlichen Qualifikation von Gesamtzusagen *Preis* in *ErfK*, § 611 BGB Rn. 218.

113 *Degenhart*, Staatsrecht I, § 3 Rn. 137: „Rechtsstaatlichkeit insbesondere bedeutet Handeln im Rahmen der Rechtsordnung [...].“

114 *Tilch/Arloth*, Deutsches Rechtslexikon, „Gewohnheitsrecht“.

115 *Ohler* in *Grabitz*, Das Recht der EU, Art. 49 EUV Rn. 15.



(Eigene Darstellung)

Die SE-Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten in den maßgeblichen Punkten einen Gestaltungsspielraum ein oder nimmt auf bereits existierendes, jedoch nicht harmonisiertes nationales Recht Bezug.¹¹⁶ Die darauf basierende Rechtsunsicherheit könnte weiter durch den Umstand intensiviert werden, dass der ungenaue Begriff der Gepflogenheiten als Verweisungsziel in das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren einbezogen wird. Zur Veranschaulichung der aus den Verweisungen folgenden Multinationalität soll folgendes Beispiel dienen:

Eine deutsche AG, die eine Tochtergesellschaft in Ungarn hat, wird in eine SE umgewandelt. Die SE soll ihren Sitz in Deutschland haben. Daher ist das SEBG für das Verhandlungsverfahren und die gesetzliche Auffangregelung maßgeblich. Für die in Ungarn beschäftigten Arbeitnehmer der betroffenen Tochtergesellschaft gilt im Hinblick auf die Informationsadressaten und die Bestimmung der konkreten Mitglieder des BVG das ungarische Umsetzungsrecht. Und auch hinsichtlich der Schutzbestimmungen für die ungarischen Arbeitnehmervertreter ist ungarisches Recht anzuwenden.

116 Zur mangelnden Harmonisierung des nationalen Kollektivarbeitsrechts *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrechts, § 1 Rn. 1.

Die Probleme in der praktischen Anwendung lassen sich bereits hier in Grundzügen erkennen. Je mehr Mitgliedstaaten und damit unterschiedliche Rechtsordnungen betroffen sind, desto schwieriger und komplizierter ist das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren in der Praxis durchzuführen.

Der nachfolgende Vergleich der verschiedenen einzelstaatlichen Regelungen soll zeigen, in welchem Umfang die Verweisungen auf ausländische Rechtsordnungen tatsächlich Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung verursachen. Probleme sind zu erwarten, wenn die einzelnen Regelungen erheblich differenzieren oder sich sogar widersprechen. Hierzu wird zunächst herausgearbeitet, hinsichtlich welcher Aspekte das SEBG im Einzelnen nicht anwendbar ist und wo die Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE demzufolge multinationalen Charakter hat (§ 2, S. 19 ff.). Anschließend werden die von den Verweisungen betroffenen nationalen Regelungen der einzelnen Mitgliedstaaten dargestellt und miteinander verglichen (§ 3, S. 75 ff.).