

By PwC Deutschland | 13. Dezember 2023

# Umwandlung einer mitbestimmten AG in eine SE – Gesondertes Wahlverfahren für Arbeitnehmervertreter

**Zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Beschluss v. 23.  
März 2023 – 1 ABR 43/18)**

## Content

<b>A. Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Beschluss v. 23. März 2023 – 1 ABR 43/18)</b>	<b>3</b>
B. Praxishinweis	6

## **A. Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Beschluss v. 23. März 2023 – 1 ABR 43/18)**

Die Beteiligten stritten vorrangig über die Wirksamkeit von Regelungen in einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter (Beteiligungsvereinbarung) in einer Societas Europaea (SE).

Die Beteiligte zu 3. war Arbeitgeberin in der Rechtsform einer SE mit dualistischem System. Bei ihr waren ein SE-Betriebsrat und ein Konzernbetriebsrat gebildet, die ebenfalls Beteiligte waren. Die beiden Antragstellerinnen waren im Unternehmen der Arbeitgeberin vertretenen Gewerkschaften.

Ursprünglich hatte die Arbeitgeberin die Rechtsform Aktiengesellschaft nach deutschem Recht. Bei ihr bestand ein Aufsichtsrat, der sich aus je acht Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und Arbeitnehmern zusammensetzte. Unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer befanden sich sechs Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften.

Im Jahr 2014 wurde die Arbeitgeberin in eine SE umgewandelt. Seitdem besteht ihr Aufsichtsrat aus 18 Mitgliedern. Hiervon sind nach der von der Arbeitgeberin und dem besonderen Verhandlungsgremium abgeschlossenen Beteiligungsvereinbarung 9 Aufsichtsratsmitglieder Arbeitnehmervertreter.

Die Beteiligungsvereinbarung sah vor, dass der Aufsichtsrat der Arbeitgeberin auf 12 Mitglieder verkleinert werden solle.

Die Antragstellerinnen machten geltend, die Regelungen in der Beteiligungsvereinbarung über die Bestimmung der Arbeitnehmervertreter in einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat seien unwirksam. Sie verstießen gegen § 21 Abs. 6 S. 1 SEBG, weil den Gewerkschaften kein ausschließliches und damit durch einen getrennten Wahlgang abgesichertes Vorschlagsrecht für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gewährt werde.

Die Rechtsbeschwerden der Antragstellerinnen hatten teilweise Erfolg.

Das Bundesarbeitsgericht führte zunächst aus, dass es dem Feststellungsantrag der Antragstellerinnen, der auf die Unzulässigkeit einer Verkleinerung des Aufsichtsrats gerichtet gewesen sei, an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO gefehlt habe. Ein Rechtsverhältnis im Sinn dieser Vorschrift sei jedes durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandene rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder einer Sache. Kein Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO seien dagegen abstrakte Rechtsfragen. Hierzu gehöre grundsätzlich auch die rechtliche Bewertung des konkreten Verhaltens einer Partei, insbesondere die Rechtswidrigkeit oder Unzulässigkeit eines Verhaltens oder Vorgehens können nicht Gegenstand einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO sein.

Bei der von den Antragstellerinnen erstrebte Feststellung der Unzulässigkeit der Verkleinerung des

Aufsichtsrats handele es sich lediglich um eine abstrakte Rechtsfrage, deren Begutachtung nicht die Aufgabe des Gerichts sei.

Der weitere Antrag der Antragstellerinnen, der maßgebliche Teil der Beteiligungsvereinbarung über die Bestellung der Arbeitnehmervertreter beim Aufsichtsrat sei unwirksam, sei zulässig. Bei der Beteiligungsvereinbarung handele es sich um einen privatrechtlichen Kollektivvertrag sui generis. Trotz fehlender ausdrücklicher Anordnung im SE-Beteiligungsgesetz würden seine Regelungen – im Fall ihrer Wirksamkeit – von Gesetzes wegen normativ wirken. Da eine solche Vereinbarung die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer SE ausgestaltet, könne ihr Bestehen oder Nichtbestehen und damit auch ihre (Teil-)Unwirksamkeit Gegenstand eines Feststellungsantrags i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO sein.

Denn Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung regle die Vorgaben zur Besetzung der Arbeitnehmerbank in einem auf zwölf Mitglieder verkleinerten Aufsichtsrat der Arbeitgeberin. Hierbei würden den Antragstellerinnen und den Beteiligten unterschiedliche Rechte und Pflichten zugewiesen. Damit würden die dortigen Bestimmungen auch die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten bei diesem Besetzungsvorgang betreffen.

Gerade die Antragstellerinnen seien durch die Regelungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung in ihrem Rechtskreis besonders betroffen, wenn – wie von ihnen geltend gemacht – die in § 21 Abs. 6 S. 1 SEBG vorgesehene Gewährleistung „alle[r] Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung“ auch ein ausschließliches und damit durch einen getrennten Wahlgang abgesichertes Vorschlagsrecht für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erfasse. Da Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung eine solche Form der „Sitzgarantie“ bei der Bestellung der Arbeitnehmervertreter in einem verkleinerten Aufsichtsrat der Arbeitgeberin nicht vorsehe, könnten die Antragsteller ihre Rechtsposition nur durch einen auf die Unwirksamkeit der maßgebenden Bestimmungen gerichteten Antrag effektiv durchsetzen. Einen Anspruch auf Abschluss einer geänderten Beteiligungsvereinbarung vermittele § 21 Abs. 6 S. 1 SEBG nicht. Die Antragsteller hätten zudem ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Klärung, ob die Bestimmungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung unwirksam sind. Unerheblich sei, dass bislang weder die Hauptversammlung einen Beschluss über die Verkleinerung des Aufsichtsrats der Arbeitgeberin gefasst habe noch ein hierfür nach Teil II Nr. 2.2 der Beteiligungsvereinbarung erforderlicher gleichlautender Vorschlag durch den Aufsichtsrat und den Vorstand unterbreitet worden sei. Die Antragstellerinnen könnten nicht darauf verwiesen werden, die Einleitung und Durchführung dieses Verfahrens abzuwarten. Da die Modalitäten zur Bestimmung der Arbeitnehmervertreter in einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat bereits in der derzeit bei der Arbeitgeberin geltenden Beteiligungsvereinbarung geregelt seien, hätten sie schon jetzt ein schützenswertes Interesse zu wissen, ob die betreffenden Normen wirksam sind. Ein rechtliches Interesse der Antragstellerinnen könne auch nicht mit der Begründung verneint werden, ihnen stünde zur Durchsetzung ihrer Rechte das mit Rechtskraftwirkung inter omnes versehene Statusverfahren nach § 98 I AktG zur Verfügung. Die Einleitung eines solchen Verfahrens scheide aus, weil sein Gegenstand nicht die Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank sei.

Im Umfang seiner Zulässigkeit sei daher der Antrag zu 1. begründet. Die Regelungen in Teil II Nr. 3.4 der

Beteiligungsvereinbarung seien unwirksam. Sie verstießen gegen § 21 Abs. 6 S. 1 SEGB.

Nach dieser Vorschrift müsse in einer Beteiligungsvereinbarung 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. Bei einer nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 iVm Abs. 2 Nr. 2 MitbestG mitbestimmten Aktiengesellschaft deutschen Rechts erfordere dies, dass bei ihrer Umwandlung in der Beteiligungsvereinbarung ein gesondertes Wahlverfahren für vorgeschlagene Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat für alle Arbeitnehmer der SE und ihrer Tochtergesellschaften vorgesehen sein müsse.

Nach dem Urteil des Gerichtshofs in der Sache IG Metall und ver.di sei zudem Art. 4 Abs. 4 RL 2001/86/EG dahin auszulegen, dass die für eine durch Umwandlung geschaffene SE geltende Beteiligungsvereinbarung für die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat der SE in Bezug auf die von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Kandidaten einen getrennten Wahlgang vorsehen müsse, sofern das anwendbare nationale Recht einen solchen Wahlgang in Bezug auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der in eine SE umzuwandelnden Gesellschaft vorschreibe. Der Gerichtshof habe dieses Verständnis der Regelung aus einer grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung abgeleitet, das zudem durch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie gestützt werde. Darüber hinaus gebiete Art. 4 Abs. 4 RL 2001/86/EG, dass im Zusammenhang mit dem gesonderten Wahlgang die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und ihrer Betriebe sowie der in ihnen vertretenen Gewerkschaften gewahrt sein müsse. Die vom Richtliniengeber mit der RL 2001/86/EG bezweckte Sicherung erworbener Rechte umfasse nicht nur deren Aufrechterhaltung für die Arbeitnehmer der Gesellschaft, die in eine SE umgewandelt werden soll, sondern auch die Ausweitung dieser Rechte auf sämtliche Arbeitnehmer der SE.

Die Beteiligungsvereinbarung der Arbeitgeberin sehe in ihrem Teil II Nr. 3.4 schon keinen getrennten Wahlgang für von Gewerkschaften vorgeschlagene Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vor, obwohl ein solcher bei der Arbeitgeberin vor ihrer Umwandlung in eine SE nach § 16 MitbestG durchzuführen wäre. Ein gesondertes Wahlverfahren gelte vielmehr nur für vom Konzernbetriebsrat vorgeschlagene Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat. Die Gewerkschaften seien zwar berechtigt, Wahlvorschläge für die Sitze der Arbeitnehmer zu machen. Die Durchführung eines gesonderten Wahlverfahrens für die von ihnen vorgeschlagenen Kandidaten sei jedoch nach der Beteiligungsvereinbarung ausdrücklich ausgeschlossen.

Zudem bestimme Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung nicht, dass alle in der SE, ihren Tochtergesellschaften und Betrieben vertretenen Gewerkschaften das Recht hätten, Kandidaten für ein gesondertes Wahlverfahren für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vorzuschlagen.

Darüber hinaus würden die Bestimmungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung nicht gewährleisten, dass sämtliche Arbeitnehmer der durch Umwandlung gegründeten SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe das gesonderte Wahlverfahren für von Gewerkschaften vorgeschlagene Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat in Anspruch nehmen könnten. Die Möglichkeit, überhaupt von Gewerkschaften vorgeschlagene Kandidaten wählen zu können, gewähre Teil II Nr. 3.4.2 der Beteiligungsvereinbarung ausdrücklich nur Arbeitnehmern der Arbeitgeberin, die ihren gewöhnlichen

Arbeitsort im Inland haben. Für die Arbeitnehmer der in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Tochtergesellschaften der Arbeitgeberin fehle es an Vorgaben. Ungeachtet dessen, dass der Verweis in Teil II Nr. 3.4.3 S. 1 der Beteiligungsvereinbarung nur gelte, wenn einer der ersten vier Sitze auf ein anderes Land als Deutschland entfalle, ermögliche die Bestimmung es nicht, dass allen Arbeitnehmern, die bei Tochtergesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt seien, ein gesondertes Wahl- oder Bestimmungsverfahren für von Gewerkschaften vorgeschlagene Kandidaten zur Verfügung stünde.

Die Unvereinbarkeit der Regelungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung mit § 21 VI 1 SEBG habe deren Unwirksamkeit zur Folge. Es sei hierbei der gesamte Teil II Nr. 3.4 unwirksam und nicht nur eine einzelne Bestimmung.

## **B. Praxishinweis**

Das Bundesarbeitsgericht stellt in seiner Entscheidung klar, dass § 21 Abs. 6 SEBG keine dispositive Vorgabe für die Aufrechterhaltung und Erstreckung von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer bei einer Umwandlung einer Gesellschaft zu einer SE darstellt. Die Parteien können daher über diese Vorschrift nicht verfügen, da die Mitbestimmungsrechte erhalten bleiben müssen.

Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG stellt die erworbenen Rechte sicher und umfasst deren Aufrechterhaltung sowie deren Ausweitung auf sämtliche Arbeitnehmer der SE. Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 21 Abs. 6 SEBG die unionsrechtliche Regelung so umsetzen wollen, dass diese in jedem Mitgliedstaat identisch sind und es keinen nationalen Gestaltungsspielraum gibt. Die streitgegenständliche Beteiligungsvereinbarung verstößt daher gegen diese gesetzlichen Vorgaben. Sie sieht keinen getrennten Wahlgang für von Gewerkschaften vorgeschlagenen Vertretern der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vor. Zudem ist nicht geregelt, dass alle in der SE, deren Tochtergesellschaften und Betrieben vertretenen Gewerkschaften das Recht haben, Kandidaten für ein gesondertes Wahlrecht vorzuschlagen. Da hiermit gegen § 21 Abs. 6 SEBG verstoßen wird, führt dies nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts zur Unwirksamkeit der entsprechenden Regelung.

In der Praxis wird die Umsetzung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu erheblichen Herausforderungen führen, da auch in ausländischen Tochtergesellschaften oder Betrieben Wahlverfahren und Elemente von Wahlverfahren durchgeführt sowie berücksichtigt werden müssen, die die Rechtsordnung vor Ort gegebenenfalls überhaupt nicht kennt. Des Weiteren kann die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts dazu führen, dass in deutschen Tochterunternehmen das Mitbestimmungsrecht einer aus einem Mitgliedstaat stammenden SE angewendet werden muss.

Es ist daher bei Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung zwingend erforderlich, dass Rechtsrat eingeholt wird, damit die Beteiligungsvereinbarung rechtssicher ausgestaltet wird und sämtliche Formalien eingehalten werden.

## **Kontaktieren Sie uns**

**Dr. Thorsten Ehrhard**

**Partner Mannheim**

Tel.: +49 151 53959752

E-Mail: [thorsten.ehrhard@pwc.com](mailto:thorsten.ehrhard@pwc.com)

**Dr. Robert Schiller**

**Senior Manager Mannheim**

Tel.: +49 151 52157484

E-Mail: [robert.schiller@pwc.com](mailto:robert.schiller@pwc.com)

**Schlagwörter**

Arbeitsrecht, Gesetzgebung, Umwandlung