Vierteljahresschrift
Jahrgang 23
Heft 1 · 1990

ISSN 0023-4834

M 3528F

Kritische Justiz

Heiner Busch
Europäische Polizeikooperation
Wolfgang Däubler
EG '92 und Mitbestimmung
Rainer Erd
Kulturverwaltungsrecht in Europa
Rolf Knieper
Europäische Einheit des Kapitals?
Sibylle Raasch
Gleichberechtigung im EG-Binnenmarkt
Bernd Schulte
Sozialpolitik und Sozialrecht in der EG
Klaus Tonner
Wettbewerbsrecht des EWG-Vertrages
Rainer Wolf
Verkehrsbinnenmarkt und Ökologie

Nomos
Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Wolfgang Däubler
Mitbestimmung – ein Thema für Europa?

I. Die Initiativen der Kommission

1. Das Societas-Europaea-Statut

Ende August 1989 hat die EG-Kommission dem Ministerrat vorgeschlagen, die Gründung von Europäischen Aktiengesellschaften zu ermöglichen[1]. Unternehmen aus mindestens 2 Mitgliedstaaten sollen dem vorgesehenen Verordnungstext entsprechend das Recht haben, eine SE (= Societas Europaea = Europäische AG) zu gründen, die grundsätzlich nicht mehr dem nationalen Recht untersteht. Ihre innere Struktur wie ihre Handlungsfähigkeit nach außen soll sich nach der »Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft« richten. Die SE soll im Prinzip allen Unternehmen offenstehen, die ein Grundkapital von 100 000 Ecu (d.h. ca. 200 000 DM) aufbringen können. Die Gründung kann sich auf drei Wegen vollziehen:

- Zwei (oder mehr) Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten schließen sich zu einem einheitlichen Unternehmen zusammen, das die Rechtsform einer SE annimmt. Der Sache nach liegt hier eine grenzüberschreitende Fusion vor[2].
- Die Aktien an den in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Gründungsgesellschaften werden auf eine Holding übertragen, die die Rechtsform einer SE annimmt[3].
- Unternehmen aus mindestens zwei Mitgliedstaaten gründen eine gemeinsame Tochtergesellschaft, die dem Statut der SE unterliegt[4]. Anders als in den ersten beiden Fällen muß es sich bei den Gründungsgesellschaften dabei nicht um AGs handeln.

Die schlichte Umwandlung einer nationalen in eine europäische Gesellschaft ist nicht vorgesehen, doch gibt es ersichtlich kein Verbot, zunächst eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zu gründen und dann gemeinsam mit dieser einen der genannten Wege zu beschreiten.

Was die Organe der SE betrifft, so steht neben dem »dualistischen« System einer Trennung in Vorstand und Aufsichtsrat das monistische System eines einheitlichen Verwaltungsrats zur Auswahl[5], bei dem allerdings neben geschäftsführenden auch nicht-geschäftsführende Mitglieder existieren müssen, deren Funktion der eines Aufsichtsrats nahekommt.

1 Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft vom 25. August 1989, KOM (89) 268 endg. SYN 218, ABl. Nr. C 263/41 v. 1989.
2 Näheres in Art. 17 ff. des VO-Entwurfs.
3 Näheres in Art. 31 ff. des VO-Entwurfs.
4 Näheres in Art. 34 ff. des VO-Entwurfs.
5 Art. 61 des VO-Entwurfs.

2. Insbesondere: Die Beteiligung der Arbeitnehmer

Nimmt ein Unternehmen die Rechtsform einer SE an, werden die nationalen Regeln über die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat oder einem vergleichbaren Gremium unanwendbar. Um die SE nicht zu einem billigen Mittel für die Flucht aus der Unternehmensmitbestimmung zu machen, schlägt die Kommission zusammen mit der Verordnung eine Richtlinie vor, die das SE-Statut hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer ergänzen soll[6]. Den Beteiligten werden in Anlehnung an die in den Mitgliedstaaten vorhandenen Traditionen drei »Mitbestimmungsmodelle« angeboten.

Das Modell 1 ist dem deutschen und dem niederländischen Recht entnommen: Die Arbeitnehmer sollen im Aufsichtsrat bzw. im Verwaltungsrat vertreten sein[7]. Möglich ist, daß sie mindestens ein Drittel und höchstens die Hälfte der Mitglieder wählen. Zulässig ist aber auch, daß alle Mitglieder im Wege der Kooptation bestellt werden. Dabei steht den Arbeitnehmervertretern in gleicher Weise wie der Hauptversammlung lediglich ein Widerspruchsrecht zu, das nur auf bestimmte Gründe gestützt werden kann, über deren Berechtigung eine »unabhängige öffentlich-rechtliche Spruchstelle« entscheidet. Diese zweite Variante entspricht dem niederländischen Recht.

Modell 2 besteht aus der Schaffung eines sog. separaten Organs, das von allen Arbeitnehmern der SE gewählt wird[8]. Es hat Informations- und Konsultationsrechte, jedoch keinerlei Entscheidungsbefugnisse. Seinen Kompetenzen nach ähnelt es unserem Wirtschaftsausschuß; es will die französisch-belgische Tradition einer Nichtübernahme von Verantwortung im Unternehmen fortführen.

Modell 3 überläßt die Festlegung der Einflußrechte der Arbeitnehmer einer Vereinbarung zwischen den Leitungs- oder Verwaltungsorganen der Gründungsgesellschaften und der Arbeitnehmerseite[9]. Der Entwurf sieht lediglich bestimmte Mindestrechte auf Konsultation vor. Kommt die Vereinbarung nicht zustande, findet eine subsidiäre gesetzliche Regelung nach dem Recht des Sitz-Staates Anwendung; dieses »Standardmodell« muß der am weitesten fortgeschrittenen einzelstaatlichen Praxis entsprechen und den Arbeitnehmern mindestens die im Entwurf zwingend vorgeschriebenen Informations- und Konsultationsrechte gewährleisten.[10]

Eine SE kann nicht gegründet werden, wenn nicht eines dieser drei Modelle gewählt wird. Die in einem vorbereitenden Memorandum der Kommission[11] enthaltene Möglichkeit, daß die Arbeitnehmer jede Form von Beteiligung »abwählen«[12], ist nicht wieder aufgegriffen worden. Über die Wahl des konkreten Modells ist mit den Arbeitnehmervertretern der Gründungsgesellschaften zu verhandeln; lassen sich Meinungsverschiedenheiten nicht überbrücken, liegt die Entscheidung bei den Unternehmensleitungen[13].

Den Mitgliedstaaten steht das Recht zu, die Auswahl zwischen den drei Modellen zu begrenzen; für SEs mit Sitz auf dem eigenen Territorium kann auch ein einziges Modell verbindlich gemacht werden[14].

6 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer vom 25. 8. 1989, KOM (89) 268 endg. SYN 219, ABl. Nr. C 263/69 v. 1989.
7 Art. 4 des Richtlinien-Entwurfs.
8 Art. 5 des Richtlinien-Entwurfs.
9 Art. 6 des Richtlinien-Entwurfs.
10 Art. 6 Abs. 8 des Richtlinien-Entwurfs.
11 Binnenmarkt und industrielle Zusammenarbeit – Statut für die europäische Aktiengesellschaft. Memorandum der Kommission an das Parlament, den Rat und die Sozialpartner vom 15. Juli 1988, KOM (1988) 320 endg.
12 Memorandum, a. a. O. (Fn. II), S. 20.
13 Art. 3 Abs. 1 des Richtlinien-Entwurfs.
14 Art. 3 Abs. 5 des Richtlinien-Entwurfs.

Mit ihrem Vorschlag trägt die Kommission einer Selbstbindung Rechnung, die sie durch das sog. Weißbuch Binnenmarkt[15] eingegangen war: Nach dessen Ziffer 137 ist die Schaffung eines SE-Statuts vorgesehen. Dies schafft dem Vorhaben zugleich einen erheblichen Nachdruck, da das »Weißbuch« beim Abschluß der Einheitlichen Europäischen Akte ausdrücklich als Grundlage für die Herstellung des Binnenmarkts anerkannt wurde[16]. Es wäre deshalb zu kurz gedacht, wollte man darauf verweisen, daß bereits 1970[17] und 1975[18] erfolglos entsprechende Vorschläge präsentiert wurden und deshalb auch heute mit keinem Erfolg zu rechnen sei.

3. Sonstige Vorschläge

Andere »mitbestimmungsrelevante« Vorschläge sind derzeit eher in den Hintergrund getreten. Dies gilt etwa für den Entwurf einer Fünften Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie »über die Struktur der Aktiengesellschaft sowie die Befugnisse und Verpflichtungen ihrer Organe«[19], die die in den einzelnen Mitgliedstaaten vorhandenen Regeln über die Unternehmensverfassung harmonisieren will. Auch sie stellt die drei oben skizzierten Modelle zur Auswahl[20], enthält allerdings einige nicht unwesentliche Modifikationen. So soll etwa die Möglichkeit bestehen, daß die Arbeitnehmer mit Mehrheit jedes Beteiligungsmodell ablehnen, und weiter ist die Vertretung im Aufsichtsrat von vornherein insoweit beschränkt, als der Stichentscheid der Anteilseignerseite nicht angetastet werden darf. Auch die tariflichen Spielräume sind sehr viel geringer als im Vorschlag zur SE. Auf der anderen Seite kann eine »dritte Bank« eingerichtet werden, wo andere als Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen repräsentiert sein können.

Weithin überholt ist der Vorschlag einer Zehnten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften:[21] Würde er verabschiedet, hätte er nur noch für jene nicht eben häufigen Fälle Bedeutung, in denen zwei Unternehmen aus zwei verschiedenen Mitgliedstaaten fusionieren und die fusionierte Gesellschaft dem Recht eines Mitgliedstaates unterstellen wollen. Die schwierige Frage, wie in solchen Fällen die Vertretung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen erhalten bleiben kann[22], bedarf daher keiner Vertiefung.

15 Vollendung des Binnenmarkts. Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, KOM (85) 310 endg. – veröffentlicht in der Reihe »Dokumente« der Kommission der Europäischen Gemeinschaft. Kurze Darstellung im Bulletin der EG, Heft 6/1985, S. 19 ff.

16 Die Schlußakte zur EEA enthält eine Erklärung der Regierungschefs zu Art. 8a EWG-Vertrag, in der es heißt: »Die Konferenz möchte mit Art. 8a den festen politischen Willen zum Ausdruck bringen, vor dem 1. Januar 1993 die Beschlüsse zu fassen, die zur Verwirklichung des in diesem Artikel beschriebenen Binnenmarktes erforderlich sind, und zwar insbesondere die Beschlüsse, die zur Ausführung des von der Kommission in dem Weißbuch über den Binnenmarkt aufgestellten Programms notwendig sind« (wiedergegeben bei Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblatt, Stand: September 1989, S. 75).

17 Der VO-Entwurf ist in den hier interessierenden Teilen abgedruckt bei von der Groeben-Vetter-Friedrich, Europäische Aktiengesellschaft. Beitrag zur sozialen Integration? Bonn 1972, S. 79 ff. und bei Nagels-Sorge, Industrielle Demokratie in Europa. Mitbestimmung und Kontrolle in der Europäischen Aktiengesellschaft, Frankfurt/Main–New York 1977, S. 211 ff.

18 VO-Entwurf, ABl. Nr. C 93/1 ff. vom 7. 8. 1974, in den hier interessierenden Teilen abgedruckt bei Nagels-Sorge, a. a. O. (Fn. 17), S. 219 ff.

19 In der Fassung vom 19. August 1983, ABl. Nr. C 240/2 vom 9. 9. 1983.

20 Art. 4–4i des Entwurfs.

21 Vorschlag einer Zehnten Richtlinie des Rates nach Art. 54 Abs. 3 Buchst. g des Vertrages über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften vom 14. Januar 1985, ABl. Nr. C 23/11 vom 25. 1. 1985.

22 Art. 1 Abs. 3 des Entwurfs sieht vor, daß ein Mitgliedstaat die Richtlinie nicht anwenden muß, wenn die grenzüberschreitende Fusion dazu führen könnte, daß ein Unternehmen nicht mehr die Voraussetzungen für die Vertretung der Arbeitnehmer in Unternehmensorganen erfüllt. Zu weiteren Formulierungsvorschlägen s. die Nachweise bei Däubler DB 1988, 1850, 1853.

Eine grundlegend andere Dimension besitzt demgegenüber der Entwurf einer Richtlinie »über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer«, die üblicherweise mit Rücksicht auf ihren Initiator Henk Vredeling, das damals für soziale Angelegenheiten zuständige Kommissionsmitglied, als Vredeling-Richtlinie bezeichnet wird[23]. Sie schafft weder ein neues Gesellschaftsstatut noch will sie die bestehenden Beteiligungsrechte nach nationalem Recht irgendwie verändern: Ihr einziges, zentrales Anliegen besteht darin, Informations- und Konsultationsrechte auch auf Vorgänge zu erstrecken, die sich bei einer außerhalb der eigenen Landesgrenzen angesiedelten Konzernspitze abspielen. Ein solcher »Informationsdurchgriff« ist – wie nicht anders zu erwarten – auf erhebliche Widerstände gestoßen[24].

Im folgenden soll zunächst Sinn und Erfolgsaussicht des SE-Projekts erörtert werden, ehe dann einige Überlegungen zu alternativen Konzepten anzustellen sind.

II. Die potentiellen Effekte des SE-Statuts

1. Erleichterung der Unternehmenskooperation

Das Statut der SE kommt den Unternehmen insoweit entgegen, als sie mehr Freiheit bei der Gestaltung grenzüberschreitender Aktivitäten gewinnen. Auch wenn man die Interessenvertretung der Arbeitnehmer einmal völlig beiseite läßt, kann es erwünscht sein, sich nicht mehr einem bestimmten nationalen Gesellschaftsrecht unterstellen zu müssen. Zwar entgehen die Beteiligten diesem nicht vollständig, da es als subsidiäre Ordnung immer noch anwendbar bleibt[25], doch richten sich die wichtigsten Fragen nach supranationalem Recht, dessen Regelungsdichte erheblich hinter der nationaler Aktienrechte zurückbleibt. Weiter mag es als Vorzug empfunden werden, Betriebsstätten in anderen Mitgliedstaaten nicht mehr als Tochtergesellschaft oder Zweigstelle betreiben zu müssen, sondern unmittelbar zum Unternehmensbestandteil zu machen. Ein »Zuckerbrot« besonderer Art bietet zudem Art. 133 des Verordnungsentwurfs: Macht eine Betriebsstätte außerhalb des Staates, in dem die SE ihren Sitz hat, Verluste, so können diese bei der Besteuerung im Sitzstaat gewinnmindernd geltend gemacht werden. Der Sache nach stellt dieser sog. grenzüberschreitende Verlustausgleich eine verkappte Senkung der Körperschaftssteuer dar[26]. Mit dem SE-Statut würden daher Konzentrationsprozesse erleichtert; die Flexibilität der Unternehmen bei ihrer gesellschaftsrechtlichen Organisation wäre erhöht[27].

23 Vorschlag für eine Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer von Unternehmen mit komplexer, insbesondere transnationaler Struktur vom 24. Oktober 1980, ABl. Nr. C 297/3 vom 15. 11. 1980, geänderte Fassung in ABl. Nr. C 217/3 vom 12. 8. 1983.

24 Einzelheiten bei Nowak, Die EWG-Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (sog. Vredeling-Richtlinie), Heidelberg 1985; Hanau RdA 1984, 152 ff.; Lehmann RdA 1984, 160 ff.; Jeammaud/Lyon-Caen, L'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises transnationales, Saint-Etienne 1987.

25 Vgl. Art. 7 des VO-Entwurfs.

26 Über die wirtschaftlichen Auswirkungen wird auch von gewerkschaftlicher Seite kaum nachgedacht – inhaltliche Kritik ist jedenfalls nicht ersichtlich.

27 Blank, Gegenmacht im Binnenmarkt organisieren: Perspektiven gewerkschaftlicher Betriebs- und Konzernpolitik, in: Steinkühler (Hrsg.), Europa '92. Industriestandort oder sozialer Lebensraum?, Hamburg 1989, S. 230.

Das SE-Statut würde für die Unternehmensleitungen weiter die Möglichkeit eröffnen, sich von einem als »lästig« empfundenen Beteiligungsmodell zu befreien. Sie könnten sich – selbstredend nach geflissentlicher Absolvierung der vorgeschriebenen Verhandlungen – für diejenige Variante entscheiden, die ihren Interessen am ehesten entgegenkommt. Hat ein Mitgliedstaat ein bestimmtes Modell für verbindlich erklärt (im Klartext: Die Bundesrepublik macht die Beteiligung der Arbeitnehmer am Aufsichtsrat obligatorisch), so ist dies wirkungslos, wenn die fusionierte Gesellschaft, die Holding-Gesellschaft oder die gemeinsame Tochtergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat. Es wäre sogar denkbar, daß eine derartige »restriktive« Gesetzgebung mit dem Argument in Frage gestellt würde, sie treibe die SEs aus dem Land, was erhebliche Steuerausfälle zur Folge habe. Auch wenn es dazu nicht kommen würde: Es bliebe auch einer bundesrepublikanischen SE unbenommen, ihren Sitz in ein anderes Mitgliedsland zu verlegen[28].

Das geltende Recht kennt keine vergleichbaren Möglichkeiten. Niemand verbietet zwar einer deutschen Gesellschaft, in anderen EG-Ländern Zweigstellen oder Tochtergesellschaften zu errichten, und dasselbe gilt für ausländische Unternehmen in der Bundesrepublik. Formal bleiben jedoch im letzteren Fall alle Rechte erhalten, auch wenn ihre Ausübung wegen des ausländischen Entscheidungszentrums mancherlei Probleme aufwirft[29]. Erst recht besteht keine Möglichkeit, den Sitz einer Gesellschaft unter Wahrung der bisherigen Identität in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen; wie der EuGH im Daily-Mail-Fall klargestellt hat, erstreckt sich die nach Art. 58 in Verbindung mit Art. 52 EWG-Vertrag auch den Unternehmen zustehende Niederlassungsfreiheit nicht auf einen solchen Fall[30].

Nun liegt allerdings der Einwand nahe, kein Unternehmen denke ernsthaft daran, allein wegen eines unerwünschten Mitbestimmungsmodells das Zentrum seiner Aktivitäten in ein anderes Land zu verlegen. In dieser Abstraktheit ist eine solche Aussage sicherlich zutreffend, doch kann es Fälle geben, in denen – abgesehen von der Mitbestimmungsfrage – etwa gleichviel für oder gegen eine Verlegung spricht; hier könnten dann die arbeitsrechtlichen Präferenzen der Geschäftsleitungen durchaus den Ausschlag geben. Doch davon ganz abgesehen: Die Sitzverlegung ist nicht mit der Verlegung von Produktionsstätten identisch. Nach Art. 5 des Verordnungsentwurfs ist Sitz der »Ort der Hauptverwaltung« – nur diese, nicht jedoch die Fabrikhallen oder die Fahrzeugparks müßten daher nach Luxemburg oder Portugal verlegt werden. Die Schwelle hierfür wird durch moderne Informations- und Kommunikationstechnologien weiter gesenkt. Schon die Tatsache, daß mit einer solchen Aktion gedroht werden kann, verringert im übrigen die Durchsetzungsmöglichkeiten von Arbeitnehmervertretern.

Die Kommission würde auf diese Hinweise vermutlich mit dem Argument antworten, die drei von ihr vorgeschlagenen Modelle seien gleichwertig; letztlich werde daher gar nicht mit einem Nachteil gedroht, wenn statt des Modells 1 das Modell 2 oder das Modell 3 zur Anwendung kommen solle.

Richtig ist zunächst, daß *jedes* Modell zu einer effektiven Einwirkung auf Unternehmerentscheidungen führen kann[31]; ein Vergleich zwischen Italien, der Bundesrepublik und Österreich förderte insoweit erhebliche (und überraschende) Übereinstimmungen zutage[32]. Auf der anderen Seite ergab eine neuere Untersuchung der Europäischen Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, daß die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter bei der Einführung neuer Technologien in der Praxis eine sehr unterschiedliche Intensität aufweist[33]. So besitzen nach eigenen Aussagen in Großbritannien, Frankreich und Italien nur 5% aller Arbeitnehmervertreter eine wirkungsvolle Beteiligung an der Planung, während dieser Anteil in Dänemark 14% und in der Bundesrepublik 25% betrug[34]. Auch in der Umsetzungsphase ergibt sich ein Vorsprung für die Bundesrepublik und Dänemark; so sind etwa in der BRD »nur« ca. 16% auch in diesem Zeitpunkt noch von jeder Information ausgeschlossen, während sich der entsprechende Anteil in Italien auf 40% beläuft. Ein volles Einwirkungsrecht wird dagegen von 30% der bundesrepublikanischen, aber nur von 14% der italienischen Interessenvertreter bejaht[35]. Obwohl es dabei nicht allein um die Vertretung im Aufsichtsrat geht – der unterschiedliche Grad von Partizipation ist auf dieser Ebene gleichfalls plausibel. Auf formaler Ebene ausgedrückt: Das Stimmrecht eines Aufsichtsratsmitglieds läßt sich nicht durch das Konsultationsrecht eines Mitglieds des »separaten Organs« im Modell 2 ersetzen. Dies schon deshalb nicht, weil die relative Bescheidenheit einer »Anhörung und Konsultation« im Rahmen einer Rechts- und Gesellschaftsordnung akzeptabel ist, die mangels institutionalisierter Sozialpartnerschaft ein weites Streikrecht kennt: Die deutliche »Unzufriedenheit« eines französischen oder italienischen Interessenvertreters kann im Einzelfall mindestens genauso wirksam sein wie die Nein-Stimme eines Aufsichtsratsmitglieds oder die Anrufung einer Einigungsstelle durch den Betriebsrat[36]. Von einer Rezeption dieses »ergänzenden« Handlungsinstrumentariums durch das Gemeinschaftsrecht ist jedoch an keiner Stelle die Rede. »Anhörung und Konsultation« sind dort wirklich nur Anhörung und Konsultation. Auch im Modell 3 (kollektivvertragliche Mitbestimmung) ist ersichtlich nicht an eine Konfliktlösung im Wege des Arbeitskampfes gedacht, tritt doch bei Nichteinigung das subsidiäre gesetzliche Modell in Funktion. Zugespitzt formuliert: Modell 2 und Modell 3 sind »Karikaturen der Herkunftsordnungen«, aus ihrem Kontext herausgelöste Bestandteile einer Ordnung, die auch in ihrer vollständigen Form, jedenfalls im Bereich der Einführung neuer Technologien, weniger Einflußmöglichkeiten als die sozialpartnerschaftliche deutsche Ordnung gewährt. Daß schließlich eine erzwungene Umstellung auf ein neues System der Interessenvertretung langjährige Anpassungsschwierigkeiten bringen wird, sei nur am Rande vermerkt.

Die »Flucht aus der Mitbestimmung« ist unter diesen Umständen keine bloße abstrakte Vorstellung, sondern reale Gefahr. Sie wird aus der Sicht deutscher Arbeitnehmer nur insofern gemildert, als die betriebliche Ebene als das Hauptfeld der Mitbestimmung nicht unmittelbar tangiert ist[37].

28 Dies ergibt sich mittelbar aus der von der Kommission dem Art. 5 des VO-Entwurfs beigegebenen Begründung, folgt im übrigen aber schon aus der allgemeinen Überlegung, daß einer Gesellschaft europäischen Rechts schwerlich »Freizügigkeit« innerhalb der Gemeinschaft verweigert werden kann.

29 Siehe als Extremfall die Auslagerung der Datenverarbeitung bei Opel am Aufsichtsrat der deutschen AG vorbei – dazu etwa Ursula Stein ZGR 1988, 163 ff.

30 EuGH RIW 1989, 304 ff. = DB 1989, 269 ff. Kritisch dazu Sandrock-Austmann RIW 1989, 249 ff. und Sandrock RIW 1989, 505 ff. Zum Untergang einer juristischen Person bei Sitzverlegung ins Ausland siehe Kegel, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 1987, S. 368.

31 Rath Mitb. 1989, 346.

32 Runggaldier, Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung, Frankfurt/Main 1983, 392 ff.

33 Eingehend Fröhlich-Krieger WSI-Mitt. 1989, 624 ff.

34 Ebd., S. 628.

35 Ebd., S. 628.

36 Wie die referierte Untersuchung zeigt, ist dies in der Gegenwart allerdings eher die Ausnahme, da die Streikbereitschaft auch in Italien, Frankreich und Großbritannien zurückgegangen ist – dazu Lecher Mitb. 1989, 293 ff.

37 Zu den Auswirkungen auf Gesamtbetriebsrat und Wirtschaftsausschuß s. unten 4.

3. *Flucht aus dem Tarifsystem?*

Die von der Kommission vorgeschlagenen Beteiligungsmodelle werfen so zahlreiche Fragen auf[38], daß in den bisherigen Diskussionen vor und nach der Vorlage des Entwurfs[39] die Auswirkungen auf das Tarifsystem kaum erörtert wurden. Unterstellen wir den auch vom Entwurf zugrunde gelegten Normalfall, daß die SE durch Zusammenschluß zweier in verschiedenen Mitgliedstaaten angesiedelter Unternehmen gegründet wird: In diesem Fall verlieren die Arbeitnehmer in dem Land, das nicht Sitz der SE wird, ihren inländischen Arbeitgeber. Am Beispiel verdeutlicht: Eine deutsche und eine spanische AG fusionieren zu einer SE mit Sitz in Madrid – für die deutschen Beschäftigten tritt an die Stelle des innerstaatlichen der ausländische Arbeitgeber, sie sind in der deutschen Zweigstelle der »spanischen« SE beschäftigt. Dieser »Export des Arbeitgebers« hat in einem System von Flächentarifen erhebliche Konsequenzen. Der neue Arbeitgeber wird aller Voraussicht nach nicht Mitglied im deutschen Arbeitgeberverband werden und einen Beitritt auch nicht in Erwägung ziehen. Gegenüber einem solchen nicht tarifgebundenen Arbeitgeber wirkt der Tarifvertrag allenfalls im Rahmen des § 3 Abs. 3 TVG[40], d. h. solange, bis er durch einen neuen Tarifvertrag abgelöst wird. Von da an besteht ein tarifloser Zustand.

Im Gemeinschaftsrecht ist keine bessere Lösung vorgesehen. Ob die Richtlinie des Rates »zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen«[41] überhaupt anwendbar ist, erscheint zweifelhaft; zwar bezieht Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie ausdrücklich die Verschmelzung ein, doch verweist der Entwurf des SE-Statuts anders als der Entwurf der Zehnten Richtlinie[42] an keiner Stelle auf diese Vorschriften. Wendet man sie gleichwohl an, so gilt der Tarifvertrag nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie nur bis zu seiner Kündigung oder seinem Ablauf weiter.

Die im Sitzstaat abgeschlossenen Tarifverträge binden zwar vermutlich auch die SE, doch beschränken sie sich üblicherweise auf die dort tätigen Belegschaften – ganz abgesehen davon, daß in einem spanischen oder einem französischen Tarifvertrag nicht notwendigerweise diejenigen Dinge angesprochen und geregelt sind, die bisher im deutschen Tarifvertrag gestanden haben.

Wie kann diese Lücke geschlossen werden? Weigert sich die im Ausland ansässige SE, dem zuständigen deutschen Arbeitgeberverband beizutreten, so bleibt nur ein Firmentarif. Die dahin führenden Verhandlungen »über die Grenze« liegen jedoch in keiner Weise innerhalb des Rahmens der überkommenen Systeme industrieller Beziehungen[43]: Weder sind die Gewerkschaften von ihrer eigenen Infrastruktur her

38 Neben den oben abgehandelten ist beispielsweise auf das Wahlverfahren zu verweisen, das in der vorgeschlagenen Form schwerlich funktionieren kann. Auf der einen Seite wird durch Art. 7 des Richtlinien-Entwurfs die unmittelbare Wahl unter angemessener Berücksichtigung der verschiedenen Beschäftigtengruppen verlangt, auf der anderen Seite sollen die Mitgliedstaaten über die Modalitäten der Wahl entscheiden – was geschieht, wenn in der einen Zweigniederlassung Mehrheitswahl, in der anderen Verhältniswahl gilt und die Beschäftigten ihrer Zahl nach nur Anrecht auf einen Sitz im Arbeitnehmergremium haben? Wichtiger ist die Frage, wie weit die Regelungsmöglichkeiten im Modell 3 gehen oder wer als Arbeitnehmervertreter bei der Modellwahl zu beteiligen ist. Würde das Statut verabschiedet, es hätte gute Aussichten, zu einem Beschäftigungsprogramm für Juristen zu werden.

39 S. etwa Kolvenbach DB 1988, 1837 und DB 1989, 1957 sowie Köstler Mitb. 1988, 632 ff., jeweils m.w.N.

40 Zu den einzelnen Fällen des § 3 Abs. 3 TVG siehe Hagemeier-Kempen-Zachert-Zilius, TVG, Kommentar für die Praxis, 2. Aufl. Köln 1990, § 3 Rn. 19 ff.

41 Richtlinie 77/187/EWG, ABl. Nr. L 61/26 vom 5. 3. 1977.

42 S. oben Fn. 21, Art. 1 Abs. 4.

43 Walz, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag. Eine arbeitskollisionsrechtliche Untersuchung, Baden-Baden 1981, S. 130 ff.

zu solchen Verhandlungen gerüstet noch sind Arbeitgeber in der Regel bereit, direkt mit ausländischen Gewerkschaften zu verhandeln. Würde etwa ein deutsches Metallunternehmen bei der Gründung einer SE von einem französischen »geschluckt«, müßte die IG Metall einen Tarifvertrag mit der dortigen Zentrale schließen. Umgekehrt sähe sich beispielsweise eine BASF SE gezwungen, für ihre französische Zweigstelle Tarifverträge mit den wichtigsten französischen Gewerkschaften (CGT, CFDT, FO) abzuschließen. Sollte dafür nur geringe Begeisterung bestehen, wäre ein einfacher Ausweg möglich: Man vereinbart mit der betrieblichen Interessenvertretung (z. B. dem deutschen Betriebsrat) die grundsätzliche Anwendung der (z. B. deutschen) Tarifverträge und behält sich unternehmensspezifische Sonderregelungen vor. Damit hätte man genau das erreicht, was in vielen Ländern Wunsch der Arbeitgeberseite ist und was z. B. in Großbritannien in weitem Umfang realisiert wurde[44]: Verhandelt wird nur noch auf betrieblicher oder auf Unternehmensebene, wo die Durchsetzungschancen der Arbeitgeberseite die weitaus besseren sind. Was sich in der Bundesrepublik selbst bisher nur in ersten Ansätzen vollzieht, könnte so mit Hilfe der SE auf weitere Bereiche ausgedehnt werden. Daß grenzüberschreitende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zudem noch zahlreiche ungeklärte Rechtsfragen aufwerfen[45], wirkt in erster Linie zu Lasten der Arbeitnehmerseite, die auf eine Absicherung ihrer Position angewiesen ist.

4. *Flucht aus sonstigem Arbeitsrecht*

Die Gründung einer SE im Wege der grenzüberschreitenden Fusion kann weiter zur Folge haben, daß institutionalisierte Arbeitnehmervertretungen auf Unternehmensebene in Wegfall kommen. Dies betrifft insbes. den deutschen Gesamtbetriebsrat und den deutschen Wirtschaftsausschuß, daneben aber auch das französische Comité central d'entreprise sowie das nur auf kollektivvertraglicher Grundlage mögliche spanische »Comité intercentro«[46]. In allen Fällen ist zweifelhaft, ob angesichts des ausländischen Sitzes des Arbeitgebers SE überhaupt noch von einem »Unternehmen« die Rede sein kann, in bezug auf das die beschriebenen Organe gebildet werden. Die deutsche und die französische Rechtsprechung haben sich mit diesem Problem auseinandergesetzt, ohne zu einer völlig befriedigenden Lösung zu gelangen.

Nach Auffassung des BAG findet das BetrVG auf alle in der Bundesrepublik gelegenen Betriebe Anwendung. Betriebsräte als »Grundeinheit« müssen daher auch dann gewählt werden, wenn sich der Sitz des Unternehmens im Ausland befindet[47]; insofern ist eine Rechtsflucht ausgeschlossen. Dem Schutzzweck des BetrVG entsprechend gilt dies grundsätzlich auch für Gesamtbetriebsrat und Wirtschaftsausschuß, wenn im Bundesgebiet mehrere Betriebe eines ausländischen Unternehmens existieren und die sonstigen Voraussetzungen für die Bildung dieser Gremien (beim Wirtschaftsausschuß: Beschäftigung von mindestens 100 Arbeitnehmern) erfüllt sind.[48] Dieses – sinnvolle – Prinzip gilt jedoch nicht unter allen denkbaren Umstän-

44 Näher dazu Lecher Mitb. 1989, 293.

45 Welche Arbeitsrechtsordnung ist auf solche Tarifverträge anwendbar? Richtet sich die Zulässigkeit eines Arbeitskampfes nach dem »Tarifstatut«, dem Recht des Arbeitsorts oder dem – davon ggfs. abweichenden – Arbeitsstatut? Ansätze zur ersten Frage bei Walz (Fn. 43), S. 145 ff., zur zweiten bei Hergenröder, Der Arbeitskampf mit Auslandsberührung, Berlin 1987, insbes. S. 358 ff.

46 Vgl. Art. 63 Abs. 3 des spanischen Arbeitnehmer-Statuts. Dazu Ojeda Aviles, Derecho sindical, Quarta edicion, Madrid 1988, p. 253. Deutsche Übersetzung des Statuts bei Däubler (Hrsg.), Arbeitsbeziehungen und Recht in Spanien, Köln 1984, S. 231 ff.

47 So BAG DB 1978, 451 = AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

48 BAG DB 1975, 453 = AP Nr. 1 zu § 106 BetrVG 1972.

den. Notwendig ist vielmehr eine gewisse organisatorische Verselbständigung des Unternehmens im Inland, die bei einer umfassenden Steuerung aller Arbeitsprozesse vom Ausland her nicht mehr vorliegen dürfte. Auch wird es vom BAG für denkbar gehalten, daß verschiedene, rechtlich unselbständige Niederlassungen eines ausländischen Unternehmens nicht als einheitliches Unternehmen nach außen hin in Erscheinung treten und daß aus diesem Grund kein Gesamtbetriebsrat oder kein Wirtschaftsausschuß zu bilden sind[49]. Insofern kommt auch diese Ebene der Interessenvertretung in Gefahr.[50] Es beruhigt daher wenig, wenn Art. 10 des Richtlinienentwurfs[51] ausdrücklich bestimmt, Stellung und Aufgaben der Arbeitnehmervertretung in den Betrieben der SE richte sich nach dem Recht der Mitgliedstaaten.

Die Existenz eines ausländischen Arbeitgebers kann auch verfahrensrechtliche Folgen haben. Bei rein innerstaatlichen Sachverhalten bestimmt sich das zuständige Arbeitsgericht bzw. die sonst zuständige gerichtliche Instanz nach den Regeln des nationalen Rechts. Befindet sich jedoch der Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat, greift das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968[52] ein. Dieses ist – wie der EuGH entschieden hat – auch auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten anwendbar[53]. Da die Arbeitnehmer der »geschluckten« Gesellschaft nur noch für eine »Zweigstelle« tätig sind, ist an sich nach Art. 5 Ziffer 5 des Übereinkommens eine gerichtliche Zuständigkeit am Ort der Zweigniederlassung gegeben. Insoweit bleibt zunächst alles beim alten. Wesentliche Unterschiede ergeben sich jedoch hinsichtlich der Möglichkeit, durch Parteivereinbarung ein anderes Gericht für zuständig zu erklären: Art. 17 Abs. 1 des Übereinkommens sieht insoweit auch für arbeitsrechtliche Streitigkeiten volle Vertragsfreiheit vor; lediglich für Versicherungs- und Abzahlungsverträge sowie für bestimmte Fälle ausschließlicher Zuständigkeit wie z. B. für Klagen aus Rechten an Grundstücken sind Ausnahmen vorgesehen. Der für das innerstaatliche Arbeitsrecht maßgebende Gesichtspunkt, den Arbeitnehmer vor einer Verkürzung seines Rechtsschutzes durch eine mehr oder weniger aufgezwungene Prorogation zu schützen, hat keine Anerkennung gefunden[54]. Dies ist deshalb besonders zu bedauern, weil die Rechtsverfolgung vor ausländischen Gerichten noch um vieles schwieriger ist als die eines Passauer Bürgers, der vor ein Flensburger Gericht ziehen muß. Im Arbeitsrecht würde sich das zusätzliche Problem ergeben, daß die ausländischen Rechtsordnungen für den Durchschnittsjuristen (noch) viel weniger verfügbar sind als das ausländische Familien- und Erbrecht und daß gewerkschaftlicher Rechtsschutz nicht auf Klagen im Ausland eingestellt ist.

Die hier skizzierte Möglichkeit, sich der (deutschen, französischen, italienischen usw.) Arbeitsgerichtsbarkeit zu entziehen, wäre überinterpretiert, würde man unterstellen, daß die SE mit allen ihren Beschäftigten entsprechende Gerichtsstandsvereinbarungen treffen würde. Denkbar ist Derartiges jedoch dann, wenn sich der Arbeitgeber etwa bei einem »Standortpoker« in einer besonders starken Situation befindet und praktisch alles durchsetzen kann. Auch gegenüber bestimmten Gruppen von Beschäftigten wie z. B. gehobenen Angestellten, von denen man ein

49 Nicht völlig eindeutig BAG DB 1975, 453 = AP Nr. 1 zu § 106 BetrVG 1972 Bl. 3 R.
50 In Frankreich scheint die Rechtsprechung einen rigideren Standpunkt einzunehmen. Vgl. Conseil d'Etat, Droit social 1974, 42 – Cie des wagons-lits.
51 Oben Fn. 6.
52 ABl. Nr. L 299/32 ff. vom 31. 12. 1972 (= BGBl 1972, II, 774). Zu seiner Ausdehnung auf die später beigetretenen Mitglieder s. Jayme-Kohler IPRax 1988, 134 ff.
53 EuGH NJW 1980, 1218.
54 Kritisch dazu Birk RdA 1983, 149 ff.

besonderes Maß an Loyalität erwartet, kann sich eine entsprechende Frage stellen. Auch wenn man davon einmal absieht: Schon die Tatsache, mit einem entsprechenden Vorgehen drohen zu können, stärkt die Position der Arbeitgeberseite.

5. *Gesamteinschätzung*

Der Vorschlag des Statuts einer SE erweist sich bei näherem Zusehen als gigantischer Versuch der Deregulierung. Ohne daß der Bestand nationaler Normen unmittelbar angetastet würde, wären die Unternehmen in der Lage, sich wesentlichen Teilen des nationalen Arbeitsrechts zu entziehen. Dies gilt auch für den Bereich der Unternehmensmitbestimmung. Für die Beschäftigten bliebe eine Art Rumpfarbeitsrecht übrig, das zwar noch Betriebsräte und Kündigungsschutz, aber keine Flächentarife und vielleicht auch keinen Wirtschaftsausschuß und keinen Gang zum Arbeitsgericht mehr kennt. Würde der Vorschlag der Kommission Realität und würden die dadurch geschaffenen Möglichkeiten voll ausgeschöpft, könnte man alle bisherigen Deregulierungsversuche getrost vergessen: Das Beschäftigungsförderungsgesetz wäre im Vergleich dazu von geradezu eklatanter Harmlosigkeit[55].

Die Tatsache, daß *alle* Beschäftigten der SE in der Gemeinschaft zu einem einheitlichen Wahlkörper zusammengefaßt werden, der die Arbeitnehmervertreter nach den drei Modellen der Kommission wählt, ist dazu kein Gegengewicht: Die als solche sicherlich positiv zu bewertende Einheitlichkeit ist mehr oder weniger auf den Wahlvorgang beschränkt, da der Kommissionsentwurf keinerlei Informations- oder Rechenschaftspflichten gegenüber den Wählern vorsieht und da er außerdem darauf verzichtet, die Zusammenarbeit zwischen den einzelnen Vertretungen nationalen Rechts sowie zwischen ihnen und den Arbeitnehmervertretern bei der »Spitze« irgendwie zu legalisieren[56].

III. *Durchsetzungschancen*

1. *Reaktionen von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden*

Die hier skizzierten Konsequenzen eines SE-Statuts müßten an sich einen lauten Aufschrei auf gewerkschaftlicher Seite provozieren; Großdemonstrationen in Brüssel und scharfe Kritik nach dem Motto »nur über unsere Leiche« scheinen angesagt zu sein. Wie man weiß, ist dies nicht der Fall. Die Stellungnahme des EGB[57] wie die des DGB zu dem (weithin mit dem Entwurf übereinstimmenden) Kommissionsmemorandum[57a] zeichnen sich durch vorsichtig-diplomatische Zurückhaltung aus[58]. Die Initiative der Kommission, der SE neue Impulse zu geben, sei zu begrüßen; der Ausbau der Wirtschaftsdemokratie sei nicht nur unter sozialen Gesichtspunkten, sondern auch wegen der Erfolgschancen der europäischen Wirtschaft auf dem

55 Die (isolierte) Verwirklichung des Entwurfs der Zehnten Richtlinie hätte ähnliche Konsequenzen (dazu Däubler DB 1988, 1850 ff.; Köstler Mitb. 1988, 634).
56 Ähnliche Kritik am Entwurf der Fünften Richtlinie bei Walz, a. a. O. (Fn. 43), S. 83.
57 Europäischer Gewerkschaftsbund (Vereinigung der nationalen Dachverbände). Vorsitzender: Ernst Breit.
57a Oben Fn. 11.
58 Die EGB-Stellungnahme ist eingehend wiedergegeben bei Kolvenbach DB 1989, 1957. Sehr viel kritischer demgegenüber Steinkühler, in: Ders. (Hrsg.), Europa '92, S. 17: »Es darf keine ›Deregulierung durch Rechtsformwahl‹ ermöglicht werden.«

Weltmarkt absolut notwendig. Ein europäisches Statut sei nützlich, sofern sich die Unternehmen dadurch nicht nationalem Recht und nationalen Tarifverträgen entziehen könnten. Auch der von der Kommission gewollte Konsens mit den Arbeitnehmervertretern sei zu begrüßen, doch dürfe die Geschäftsleitung nicht die Letztentscheidung über die Rechtsform SE und das konkrete Beteiligungsmodell haben. Die Kritik hat in gewissem Sinne Nachsatz-Funktion; man begrüßt die guten Vorsätze und fügt dann bescheiden einige Punkte an, wo man sich eine bessere Lösung vorstellen könnte. Die schärfste Form des Protestes scheint der demonstrative Seufzer zu sein. Der Verzicht auf deutlichere Worte ist einem lobbyistischen Politikverständnis geschuldet: Die Erklärungen sind im Grunde nicht für die Mitglieder, sondern für EG-Funktionäre bestimmt, die auf schonungslose Konfrontation mit der Realität nur erstaunt bis verstört reagieren würden. Eine Aussage, »die Kommission betreibt Deregulierungspolitik im Interesse der Großunternehmen«, würde nach Einschätzung der Akteure lediglich unnötige Gräben aufreißen.

Sehr viel reservierter ist demgegenüber die Reaktion des europäischen Arbeitgeberverbands UNICE ausgefallen[59]. Zunächst müsse geprüft werden, ob überhaupt eine Chance für die Annahme eines SE-Statuts bestehe. Dieses könne im Gegensatz zur Auffassung der Kommission nur einstimmig verabschiedet werden. Inhaltlich sei zu kritisieren, daß zu häufig auf subsidiär anwendbares nationales Recht verwiesen werde, was bei der Rechtsanwendung erhebliche Schwierigkeiten zur Folge habe. Die obligatorische Arbeitnehmerbeteiligung nach einem der drei Modelle wird nicht akzeptiert; statt dessen wird vorgeschlagen, die SE auf »mittelständische« Unternehmen (z. B. mit bis zu 1000 Beschäftigten) zu beschränken, so daß keine Notwendigkeit für ein gemeinschaftsrechtliches Mitbestimmungsmodell bestehe. Die steuerrechtlichen Vorschläge werden begrüßt, doch müßten sie auch auf andere Gesellschaftsformen erstreckt werden.

Auch diese Stellungnahme widerspricht deutlich den Erwartungen, die auf der Basis der skizzierten potentiellen Auswirkungen des SE-Statuts[60] zu erwarten waren. Kein Enthusiasmus für den neuen Deregulierungsvorschlag, erst recht kein Triumpfgeheul, sondern allenfalls vorsichtige Zustimmung. Berücksichtigt man, daß auch hier ein lobbyistisches Politikverständnis dominiert, das scharfe Töne als Regelverstoß wertet, wird die Distanz erst recht deutlich. Offensichtlich hält man die bisherigen rechtlichen Möglichkeiten für eine grenzüberschreitende Unternehmensorganisation für ausreichend: Da die Handlungsfähigkeit einer juristischen Person deutschen, englischen, französischen usw. Rechts in den anderen Mitgliedstaaten völlig unbestritten ist[61], bleibt immer die Möglichkeit zur Bildung einer Tochtergesellschaft oder zur Errichtung einer Zweigstelle. Damit allein läßt sich die Zurückhaltung allerdings nicht begründen – erweiterte Handlungsmöglichkeiten sind gerade von Unternehmerseite noch nie mit dem Argument zurückgewiesen worden, man könne sich auch mit dem Status quo einigermaßen behelfen.

2. *Der Eingriff in die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten*

Die Verabschiedung des SE-Statuts würde die Spielregeln nicht nur des deutschen Systems industrieller Beziehungen erheblich verändern: Die einzelnen Unternehmen hätten die Möglichkeit, sich in gewissem Umfang einem konkreten nationalen System zu entziehen. Dies würde einen »Eingriff« in einen Bereich darstellen, der für die staatliche Gesellschafts- und Wirtschaftspolitik ganz zentrale Bedeutung hat[62]. Gegenstand und Ausmaß von Deregulierung im Arbeitsrecht würden letztlich nicht mehr von den nationalen Parlamenten und Regierungen her bestimmt werden können. Konkret gesagt: Für die derzeitige britische Regierung und die dortigen Unternehmerverbände ist schon Modell 2 oder Modell 3[63] ein »Übermaß«, zumal wenn man bedenkt, daß ja entgegen aller englischen Tradition auch beim tarifvertraglichen Modell eine subsidiär anwendbare Gesetzgebung mit bestimmten Mindestrechten für die Arbeitnehmer geschaffen werden muß. Auf der anderen Seite finden sich in der Bundesrepublik von seiten der Regierung wie von seiten der Arbeitgeber Bekenntnisse zur Mitbestimmung[64], womit es schwer vereinbar wäre, diese in der beschriebenen Weise zur Disposition zu stellen.

Ein derartiger Kompetenzverlust ist um so weniger in Erwägung zu ziehen, als das Funktionieren des Binnenmarkts nicht von der Existenz eines supranationalen Statuts für Handelsgesellschaften abhängig ist. Dies zeigt schon der Vergleich mit dem Gesellschaftsrecht der USA, das im Grundsatz weiter von den Einzelstaaten bestimmt wird[65]. Dies bedeutet nicht, daß sich ein Binnenmarkt beliebig unterschiedliche »einzelstaatliche« Gesellschaftsrechte leisten könnte, wie nicht zuletzt der oft beschworene »Marsch nach Delaware«[66] zeigt, wo die geringsten Publizitäts- und Gläubigerschutzanforderungen bestehen. Ein gewisses Maß an Homogenität ist unabdingbar, das in den USA durch die sog. Security-Regulations, d. h. Anlegerschutznormen, sichergestellt wird[67]. In der EG haben die bislang verabschiedeten Richtlinien nach Art. 54 Abs. 3 lit. g EWG-Vertrag[68] eine vergleichbare Funktion. Inwieweit hier eine Weiterentwicklung geboten ist, soll nicht vertieft werden; fest steht jedoch, daß ein SE-Statut kein Funktionserfordernis für den geplanten Binnenmarkt ist. Dies gilt erst recht für einen Numerus clausus der Mitbestimmungsformen – vom produktivistischen Ansatz der Gemeinschaftsverträge her[69] gibt es keinen Zwang zu einheitlicher Sozialpolitik oder auch nur zur Harmonisierung einzelner Teile der industriellen Beziehungen. Die Situation ist insoweit anders als im Umwelt-, im Verbraucher-, aber auch im Arbeitsschutzrecht, wo es um die Anforderungen an die Beschaffenheit von Produkten geht: Unterschiede dort könnten den freien Warenverkehr erheblich beeinträchtigen[70]. Sozialstandards sind

59 Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe; die Stellungnahme ist wiedergegeben bei Kolvenbach DB 1989, 1957 und bezieht sich gleichfalls auf das Memorandum.

60 Oben II.

61 Dies ist nach der Daily Mail-Entscheidung des EuGH (oben Fn. 30) jedenfalls innerhalb der EG endgültig geklärt. Zum allgemeinen Problem der »Anerkennung« ausländischer juristischer Personen s. Großfeld, Internationales Unternehmensrecht, Heidelberg 1986, § 6 I; Kegel, a. a. O. (Fn. 30), S. 366 ff.

62 Vgl. Simitis, Festschrift Kegel, Frankfurt/Main 1977, S. 153, 160, der auf der Basis derselben Einschätzung die Kompromißhaftigkeit und mangelnde Durchsetzung von ILO-Übereinkommen und anderen Normen des internationalen Arbeitsrechts erklärt.

63 S. die Darstellung oben I 2.

64 Zur Haltung der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände s. etwa die gemeinsame Erklärung mit dem DGB über soziale Mindestnormen in der EG vom 26. 7. 1989, Stuttgarter Zeitung vom 27. 7. 1989, S. 1. Die Bundesregierung hat sich verschiedentlich zur deutschen Mitbestimmung bekannt.

65 Dazu etwa Kübler, Verrechtlichung von Unternehmensstrukturen, in: Ders. (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, S. 193, 201.

66 S. statt aller Köstler Mitb. 1988, 632.

67 Kübler (Fn. 65), S. 201.

68 Z. B. Publizitätsrichtlinie. Überblick über die bereits in Kraft getretenen gesellschaftsrechtlichen Richtlinien bei Däubler, in: Däubler-Kittner-Lörcher (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, Köln 1990, Einleitung zu Nr. 460. Die Kommission selbst nimmt das USA-Argument zur Kenntnis und hält ihm nur entgegen, die Harmonisierung sei auch in Zukunft ein erstrebenswertes Ziel (Memorandum, a. a. O. (Fn. 11), S. 28).

69 Dazu weiterführend Reich, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1987, S. 25 ff.

70 Zu den aktuellen Auseinandersetzungen im Arbeitsschutz, insbesondere um die Maschinen-Richtlinie, die europaweit geltende Standards für die Beschaffenheit von Maschinen vorsieht und damit erhebliche Auswirkungen auf den »produktbezogenen« Arbeitsschutz hat, s. Koll DB 1989, 1234.

demgegenüber ein Standortfaktor neben vielen anderen, deren Angleichung oder gar Homogenisierung nur auf politischem Wege möglich ist, nicht jedoch als quasi automatische Frucht der Integration der Märkte[71].

3. *Ergänzende Überlegungen*

Daß das heute vorgeschlagene SE-Statut mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht realisiert wird, ergibt sich aus einer Reihe von weiteren Faktoren, die den Grundsatzeinwand »Wahrung nationaler Souveränität« noch ein Stück wirkungsvoller zur Geltung kommen lassen. Das SE-Statut ist seiner äußeren Erscheinungsform nach ein »medienresistentes« sprödes Paragraphenwerk[72], für das sich nicht einmal Juristen oder Parlamentarier begeistern können[73]. Die Initiative kommt außerdem in einem Augenblick, in dem sich in zahlreichen Gewerkschaften ein Umdenkungsprozeß in bezug auf die »Mitbestimmung« in der Wirtschaft vollzieht; für viele bestünde also das Risiko, daß ihnen ein fremdes (oder noch nicht akzeptiertes) Modell aufgedrängt würde[74]. Hinzu kommt eine geradezu altväterliche Unternehmenskonzeption, die nur Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter kennt, aber keinerlei Repräsentanz von Allgemein-, insbesondere von Umweltinteressen vorsieht[75]. Würde ein Mitgliedstaat für die seinem eigenen Recht unterliegenden Unternehmen Entsprechendes vorschreiben, könnte dies unschwer mit Hilfe der Rechtsform der SE unterlaufen werden – auch dies eine Bestätigung der These, daß eine solche Form von Supranationalität nicht akzeptabel sein kann. Schließlich fehlt jede Verzahnung mit den anderen Beteiligungsebenen[76]. Dies läßt nicht nur Friktionen erwarten, sondern erschwert auch jede Prognose über das praktische Funktionieren: Welche Folgen ergeben sich für die verbleibenden Interessenvertretungen des nationalen Rechts, wenn eine europäische Arbeitnehmerrepräsentanz existiert, die wegen ihrer Wahl durch alle Beschäftigten der SE eine eigenständige Legitimationsgrundlage besitzt? Was bedeutet es, daß auf der europäischen Ebene keine »Gewerkschaftsapparate« existieren, die den Arbeitnehmervertretern die nötige Infrastruktur für ihre Tätigkeit (einschließlich Informationen usw.) zur Verfügung stellen? Wird dies zu »unternehmenssyndikalistischen« Tendenzen führen oder moderner gesagt: zu neokorporatistischen Strukturen auf SE-Ebene? Die Stellungnahmen der Gewerkschaften (und erst recht der Arbeitgeber) sind meilenweit davon entfernt, auf diese Fragen eine Antwort zu geben – ein Verhalten, das nur dann als vertretbar gelten kann, wenn man das SE-Statut in seiner bisherigen Form als undurchsetzbare Utopie wertet.

71 Näher dazu Däubler, Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarktes, Gütersloh 1989, S. 70ff. Vgl. auch Lang-Sauer, Wege zu einer europäischen Tarifpolitik, in: Steinkühler, a. a. O. (Fn. 27), S. 208: Nach dem Modell des EWG-Vertrages ist die Gestaltung aller anderen Lebens- und Politikbereiche der wirtschaftlichen Integration bis heute nach- und untergeordnet.

72 So Lecher Mitb. 1988, 632.

73 Zur Stellungnahme des Europäischen Parlaments zum Memorandum der Kommission s. den Bericht in: Handelsblatt v. 16. 3. 1989, S. 4.

74 Lecher Mitb. 1988, 628.

75 Zur Konzeption einer (kooptierten) dritten Bank, die eine solche Funktion erfüllen könnte, s. schon Vetter, Der Mitbestimmungsvorschlag aus der Sicht der Gewerkschaften, in: von der Groeben-Vetter-Friedrich, a. a. O. (Fn. 17), S. 39. Das Parlament verficht weiter diese Position, die Kommission erweist sich als wenig aufgeschlossen.

76 Dazu schon Nagels-Sorge, a. a. O. (Fn. 17), S. 190ff.

77 Oben Fn. 59.

78 Kolvenbach DB 1989, 1962.

4. *»Ausweichmodelle«?*

In der Stellungnahme der UNICE zur SE[77] wie in der juristischen Literatur[78] ist der Gedanke geäußert worden, die SE auf Unternehmen zu beschränken, die nicht mehr als eine bestimmte Zahl von Arbeitnehmern besitzen. Vorbild wäre insoweit die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, die für Gemeinschaftsunternehmen gedacht ist und die nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen darf[79]. Damit wäre die Mitbestimmungsproblematik entschärft, freilich nicht völlig ausgeräumt: Durch Gründung mehrerer Gesellschaften mit ähnlichem Unternehmenszweck könnte den Schwellenwerten Rechnung getragen werden. Dazu kommt, daß die anderen Eingriffe in die Arbeitsbeziehungen[80] bestehen bleiben – aus gewerkschaftlicher Sicht bestehen daher dieselben Bedenken, desgleichen aus der Position der Mitgliedstaaten. Dazu kommt ein letztes: Ein wie auch immer zurechtgezimmertes SE-Statut kann nur auf der Basis des Art. 235 EWG-Vertrag, d. h. einstimmig im Ministerrat verabschiedet werden. Zwar sieht der durch die Einheitliche Europäische Akte eingefügte Art. 100a Mehrheitsentscheidungen vor, um durch »Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten« den Binnenmarkt zu vollenden, doch geht es im vorliegenden Fall nicht um »Angleichung« des nationalen Rechts, sondern um die Schaffung eines neuen, neben (oder wenn man so will: über) dem nationalen Recht stehenden Instituts. Davon ganz abgesehen, sieht Art. 100a Abs. 2 EWG-Vertrag bei Vorschriften über »Rechte und Interessen der Arbeitnehmer« ausdrücklich das Einstimmigkeitsprinzip vor. Angesichts des zu erwartenden englischen Widerstands hat deshalb die Kommission die Arbeitnehmerbeteiligung aus der Verordnung über das SE-Statut herausgenommen und eine separate Richtlinie vorgeschlagen[81], die auf Art. 54 Abs. 3 lit. g EWG-Vertrag gestützt wird. Dort ist eine Harmonisierung des Gesellschaftsrechts »im Interesse der Gesellschafter und Dritter« vorgesehen, was angeblich auch die Arbeitnehmerbeteiligung abdecken soll. Zweifelhaft ist dabei nicht nur, ob man Arbeitnehmer als »Gesellschafter« oder »Dritte« qualifizieren kann[82] – der Versuch einer Gesetzesumgehung liegt so deutlich auf der Hand, daß man Verständnis dafür haben muß, wenn die englische Regierung mit einer Anrufung des EuGH drohte, sollte die Kommission auf ihrem Standpunkt beharren[83]: Es gibt wenige Fälle, wo eine klagende Regierung so gute Karten hätte[84].

Die anderen Vorschläge der Kommission – 10. Richtlinie über die grenzüberschreitende Fusion[85] und 5. Richtlinie über die Struktur der Unternehmen[86] – haben ähnliche Wirkungen wie das SE-Statut und werfen vergleichbare Fragen auf. Beim Entwurf der 5. Richtlinie ist der Eingriff in die nationalen Handlungsmöglichkeiten sogar noch stärker, da nicht nur wie bei der SE ein neues Unternehmensmodell »angeboten«, sondern die Struktur der bestehenden Unternehmen verändert wird.

79 Rechtsgrundlagen, Problemüberblick und weiterführende Literatur bei Däubler-Kittner-Lörcher, a. a. O. (Fn. 68) unter Nr. 460ff.

80 Dazu oben II 3 und 4.

81 Oben Fn. 6.

82 Ablehnend etwa Randelzhofer, in: Grabitz, a. a. O. (Fn. 16), Art. 54, Rn. 36. Auch hier stellt sich im übrigen das Problem, daß es nicht um Harmonisierung und Koordinierung, sondern um die Schaffung von etwas Neuem geht.

83 Mitgeteilt bei Kolvenbach DB 1989, 1962.

84 Ergänzend läßt sich noch darauf verweisen, daß die EWIV-Verordnung v. 25. 7. 1985 (ABl. Nr. L 199/1) ausdrücklich auf Art. 235 und nicht etwa auf Art. 54 Abs. 3 lit. g EWG-Vertrag gestützt wurde. Warum soll für die SE anderes gelten?

85 Oben Fn. 21.

86 Oben Fn. 19.

JURISTISCHES SEMINAR
DER UNIVERSITÄT TÜBINGEN

IV. Entwicklung konstruktiver Alternativen?

1. Supranationale Gesetzgebung?

Ist »Mitbestimmung« in allen ihren Formen nach dem Gesagten kein Thema für die EG? In der Tat wird man nicht erwarten können, daß die EG in den nächsten Jahren einen relevanten Beitrag zur Verbesserung der Interessenvertretung der Arbeitnehmer liefern wird. Die Hindernisse, die die Realisierungschancen des durchaus im Trend der (Deregulierungs-)Zeit liegenden SE-Statuts gegen Null gehen lassen, gelten hier noch sehr viel stärker: Nationale Regierungen werden erst recht nicht bereit sein, sich von Europa her eine Stärkung ihrer Gewerkschaften aufoktroyieren zu lassen. Eine »legislazione di sostegno«, wie sie bisweilen gefordert wird[87], ist auf absehbare Zeit illusionär. Das schließt es nicht aus, gleichwohl Konzepte zu entwickeln, wie ein »soziales Europa« in diesem Feld beschaffen sein könnte[88]. Hier weist die Vredeling-Richtlinie den richtigen Weg, da es ihr nicht um Harmonisierung der gewachsenen nationalen Strukturen, sondern um die Ergänzung durch erweiterte Informationsmöglichkeiten geht[89]. Entscheidende Legitimationsgrundlage ist der Gedanke der Wirtschaftsdemokratie[90]: Das seit vielen Jahrzehnten international organisierte und international agierende Kapital soll wenigstens einem gewissen Arbeitnehmereinfluß geöffnet werden, der über die Staatsgrenzen hinweg gebündelt werden muß, um wirksam zur Geltung zu kommen[91]. Ihrer Struktur nach mag sich die EG in ihrer heutigen Verfassung dazu genausowenig eignen wie beispielsweise das Deutsche Reich von 1871 – wenn man überhaupt auf der Ebene kontrollieren und beeinflussen will, wo die Unternehmerentscheidungen fallen, bleibt nichts Anderes als das vorhandene supranationale Instrumentarium weiterzuentwickeln und entsprechend genutzt werden. Von wesentlicher Bedeutung wäre hierfür die Einführung eines wirklichen Parlamentarismus; ein Steuerungszentrum, das sich alle 5 Jahre der Wahl stellen muß, wird gerade Arbeitnehmerinteressen gegenüber eher aufgeschlossen sein als eine gegenüber der Öffentlichkeit weithin abgeschottete Bürokratie. Ein langer Atem wird allerdings notwendig sein.

2. Selbsthilfe

Nicht anders als im nationalen Bereich sind die Beteiligten gezwungen, dort, wo der Gesetzgeber versagt, sich selbst zu helfen. Dies gilt im »großen« supranationalen Bereich nicht weniger als in der »kleinen« Welt der französischen Textil- oder der deutschen Uhrenindustrie. Der durch die Einheitliche Europäische Akte eingefügte Art. 118b EWG-Vertrag macht insoweit die Türe ein Stück auf: Der »soziale Dialog« zwischen den sozialen Gegenspielern kann, wenn diese es für wünschenswert halten, »zu vertraglichen Beziehungen führen«. Wäre es deshalb nicht möglich, entsprechend einem Vorschlag der IG-Metall in einzelnen Unternehmen europäische Wirtschaftsausschüsse einzurichten, die mit der Konzernleitung verhandeln und sich mit den nationalen Interessenvertretungen rückkoppeln könnten?[92]

87 Vgl. etwa Trentin, Europa im Programm der CGIL, in: Steinkühler, a. a. O. (Fn. 27), S. 192 ff. (»legislazione di sostegno« = Gesetzgebung, die die Handlungsmöglichkeiten der Gewerkschaften, z. B. durch Setzung von Mindeststandards, erweitert).
88 Zur Ausfüllung der »sozialen Dimension« mit Hilfe einer EG-Grundrechtscharta s. Däubler, a. a. O. (Fn. 71).
89 Rath Mitb. 1989, 348. Dazu auch Jeammaud/Lyon-Caen, a. a. O. (Fn. 24).
90 Zu entsprechenden Beschlüssen des EGB s. Blank, a. a. O. (Fn. 27), S. 232.
91 Zum Kontrollaspekt s. schon Vetter, a. a. O. (Fn. 75), S. 37 ff.
92 Zum Modell der IG Metall s. insbes. Blank a. a. O. (Fn. 27), S. 235 ff.

Die juristische Diskussion zu Art. 118b EWG-Vertrag ist derzeit noch recht unentwickelt. Eine Reihe von Feststellungen lassen sich gleichwohl treffen:

- Der »soziale Dialog« kann sich samt etwaiger vertraglicher Abmachungen auf unterschiedlicher Ebene abspielen. Neben Gesprächen zwischen dem EGB und der UNICE ist an Verhandlungen nicht nur auf Branchen-, sondern auch auf Unternehmensebene zu denken. Von letzterem geht auch die EG-Kommission aus, wenn sie in ihrem Memorandum zur SE[93] die Einrichtung eines europäischen Betriebsrats der Einigung der Sozialpartner überläßt: Ersichtlich ist damit nicht notwendig eine gemeinschafts- oder branchenweite Standardlösung für alle Unternehmen gemeint.
- Abmachungen nach Art. 118b EWG-Vertrag können sich jedenfalls auf solche Gegenstände erstrecken, die mit der grenzüberschreitenden Struktur oder Geschäftstätigkeit von Unternehmen zusammenhängen. Nur für rein nationale Tatbestände fehlt eine Gemeinschaftskompetenz und damit (wohl) auch eine Einwirkungsmöglichkeit der europäischen »Sozialpartner«.
- Vertragliche Regelungen nach Art. 118b EWG-Vertrag betreffen eine neue, bisher nicht geregelte Ebene der Interessenvertretung. Schon von daher spielt es keine Rolle, wenn sich eine nationale Betriebsverfassung in organisatorischer Hinsicht zwingenden Charakter beimißt: Es geht nicht darum, das vorhandene System betrieblicher Interessenvertretung in der Bundesrepublik, in Frankreich, in den Niederlanden usw. zu verändern, sondern es geht allein um die Schaffung einer neuen Struktur auf europäischer Ebene.

Legt man dies zugrunde, so kann das, was bei Thomson-Brandt[94] und bei anderen Unternehmen bereits Praxis ist[95], verallgemeinert werden. Die vertragliche Einsetzung eines europäischen Wirtschaftsausschusses mit Informations- und Konsultationsrechten kann sich immer dann auf Art. 118b EWG-Vertrag stützen, wenn das Unternehmen Niederlassungen in mindestens zwei EG-Mitgliedstaaten besitzt[96].

Wie kommt man zu vertraglichen Abmachungen dieser Art? Der einfachste und bisher fast immer beschrittene Weg ist der des Appells an das Eigeninteresse der Arbeitgeberseite. Muß ihr nicht daran gelegen sein, die Beschäftigten frühzeitig in Rationalisierungsprozesse und Umstrukturierungen einzubeziehen und so die Transparenz im Unternehmen zu erhöhen?[97] Verbessert es nicht die Akzeptanz auch »schmerzlicher« Vorhaben, wenn von vornherein aufgezeigt wird, daß es angesichts der bestehenden Rahmenbedingungen keine günstigere Alternative gibt? Ob einzelne Unternehmensleitungen so denken oder ob sie ihren Vorteil in der fortdauernden nationalen Fraktionierung der Interessenvertretung sehen, bleibt abzuwarten.

Wo der Appell an das Eigeninteresse des anderen versagt, hilft nur sozialer Druck. Er kann sich nicht über Nacht entfalten, sondern muß langfristig vorbereitet werden. Die betrieblichen Interessenvertretungen müssen erkennen, daß umfassendere Informationen und eine Zusammenarbeit mit den Kollegen in anderen Ländern erhebliche Vorteile bringen; nur dann ist die Forderung nach einem europäischen

93 A. a. O. (Fn. 11).
94 Dazu Le Friant AiB 1989, 35; Jeammaud/Lyon-Caen a. a. O. (Fn. 24), S. 7 f.
95 Überblick über frühere Erfahrungen mit vergleichbaren Gremien bei Tudyka, Crisis Situation for Multinational Corporation Trade Union Councils, in: Spyropoulos (ed.), Trade Unions in a Changing Europe, Maastricht 1987, p. 219 ff.
96 Zur Zulässigkeit europäischer Tarifverträge vor Inkrafttreten des Art. 118b EWG-Vertrag s. Walz, a. a. O. (Fn. 43), S. 121 ff., 137 ff.; Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. Aufl., Frankfurt/Main 1976, S. 464 ff., 466 f.
97 Jeammaud/Lyon-Caen, a. a. O. (Fn. 24), S. 4.
98 Vgl. Lang-Sauer, a. a. O. (Fn. 71), S. 226.

JURISTISCHES SEMINAR DER UNIVERSITÄT TÜBINGEN

Wirtschaftsausschuß mobilisierungsfähig. Dies setzt wiederum voraus, daß zwischen Italienern, Niederländern, Franzosen, Deutschen usw. ein Vertrauensverhältnis aufgebaut wird, daß alle Beteiligten einsehen, daß das getrennte Marschieren nicht die beste aller Strategien ist[98]. Dies wird eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen, doch können spektakuläre Ereignisse wie ein nachweisbares Gegeneinander-Ausspielen der einzelnen Interessenvertretungen[99] oder eine Kahlschlagpolitik der Unternehmensleitung diesen Prozeß erheblich beschleunigen[100]. Insoweit gilt nichts anderes als zur Zeit der Anfänge des Arbeitsrechts: Nur auf der Basis eines soliden Zusammenhalts läßt sich auch gegen eine widerstrebende Konzernleitung ein Stück Wirtschaftsdemokratie durchsetzen und verbindlich festschreiben.

99 So im Fall Gillette – dazu Blank, a. a. O. (Fn. 27), S. 231.

100 Zu grenzüberschreitenden Solidarisierungsprozessen, die bis zum Arbeitskampf reichten, s. den Überblick bei Hergenröder, a. a. O. (Fn. 45), S. 3 ff., 358 ff.