

Bundesarbeitsgericht
Erster Senat

Schlussbeschluss vom 23. März 2023
- 1 ABR 43/18 -
ECLI:DE:BAG:2023:230323.B.1ABR43.18.0

I. Arbeitsgericht
Mannheim
- Kammern Heidelberg -

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

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg
- Kammern Mannheim -

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

Entscheidungsstichwort:

Unternehmensmitbestimmung in der Societas Europaea (SE)

Leitsatz:

Wird eine nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 iVm. Abs. 2 Nr. 2 MitbestG mitbestimmte Aktiengesellschaft deutschen Rechts in eine SE mit dualistischem System umgewandelt, muss in der Beteiligungsvereinbarung ein gesonder-tes Wahlverfahren für - von in der SE und ihren Tochtergesellschaften ver-tretenen Gewerkschaften - vorgeschlagene Arbeitnehmervertreter im Auf-sichtsrat für alle Arbeitnehmer der SE und ihrer Tochtergesellschaften vor-gesehen sein.

BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 43/18
19 TaBV 1/18
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. März 2023

SCHLUSSBESCHLUSS

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

3.

4.

5.

6.

7.

8.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 23. März 2023 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Gallner, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Ahrendt und Dr. Rinck sowie den ehrenamtlichen Richter Hayen und die ehrenamtliche Richterin Dr. Schimmer für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerden der Antragstellerinnen wird - unter ihrer Zurückweisung im Übrigen - der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 9. Oktober 2018 - 19 TaBV 1/18 - teilweise aufgehoben.

Auf die Beschwerden der Antragstellerinnen wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Mannheim - Kammern Heidelberg - vom 7. Dezember 2017 - 14 BV 13/16 - teilweise abgeändert.

Es wird festgestellt, dass Teil II Nr. 3.4 der Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der S SE vom 10. März 2014 unwirksam ist.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten vorrangig über die Wirksamkeit von Regelungen in einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer (Beteiligungsvereinbarung) in einer Societas Europaea (SE). 1

Die zu 3. beteiligte Arbeitgeberin ist eine SE mit dualistischem System. Bei ihr sind der zu 4. beteiligte SE-Betriebsrat und ein Konzernbetriebsrat (Beteiligter zu 5.) gebildet. Die beiden Antragstellerinnen - die Industriegewerkschaft Metall (IG Metall) und ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) - sind im Unternehmen der Arbeitgeberin vertretene Gewerkschaften. Am Verfahren sind zudem der Deutsche Bankangestellten-Verband e. V. (Beteiligter zu 6.) sowie zu 7. die Christliche Gewerkschaft Metall (CGM) und zu 8. der Verband angestellter Akademiker und leitender Angestellter der chemischen Industrie e. V. (VAA) beteiligt. 2

Die Arbeitgeberin hatte ursprünglich die Rechtsform einer Aktiengesellschaft deutschen Rechts. Bei ihr bestand ein Aufsichtsrat, der sich aus je acht Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zusammensetzte. Unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer befanden sich sechs Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften. 3

Im Jahr 2014 wurde die Arbeitgeberin in eine SE umgewandelt. Seitdem besteht bei ihr ein Aufsichtsrat, dem 18 Mitglieder angehören. Nach der von der Arbeitgeberin und dem besonderen Verhandlungsgremium am 10. März 2014 geschlossenen Beteiligungsvereinbarung sind neun der Aufsichtsratsmitglieder Arbeitnehmervertreter. Die Beteiligungsvereinbarung enthält nähere Vorgaben für deren Bestimmung. Nach Teil II Nr. 3.3 der Beteiligungsvereinbarung steht den Gewerkschaften für einen bestimmten Teil der auf Deutschland entfallenden Arbeitnehmervertreter ein ausschließliches Vorschlagsrecht zu; die Wahl der von ihnen vorgeschlagenen Personen durch die Arbeitnehmer erfolgt in einem ge- 4

trennten Wahlgang. In Teil II Nr. 2.2 der Beteiligungsvereinbarung ist vorgesehen, dass der Aufsichtsrat der Arbeitgeberin ab dem Jahr 2018 auf gleichlautenden Vorschlag des Aufsichtsrats und des Vorstands durch Beschluss der Hauptversammlung auf zwölf Mitglieder verkleinert werden kann. Hierfür ist in Teil II der Beteiligungsvereinbarung bestimmt:

„3.4 Verfahren für die Vorschläge zur Bestellung der Arbeitnehmersvertreter bei einem Aufsichtsrat mit 12 Mitgliedern

Soweit der Aufsichtsrat der S SE aus zwölf Mitgliedern und damit sechs Arbeitnehmersvertretern besteht, gelten für die Vorschläge zur Bestellung der Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat der S SE die nachfolgenden Regelungen.

3.4.1 Der SE-Betriebsrat verteilt rechtzeitig vor dem Ende der ordentlichen Amtszeit der Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat der S SE, mindestens jedoch neun Monate vor Bestellung der neuen Arbeitnehmersvertreter, die den Arbeitnehmersvertretern im neuen Aufsichtsrat zustehenden Sitze auf die Länder.

Die Verteilung der ersten vier Arbeitnehmersitze richtet sich nach dem jeweiligen Anteil der in den Ländern beschäftigten S-Arbeitnehmer (d'Hondtsches Prinzip). ...

Der fünfte Sitz steht einem vom SE-Betriebsrat bestimmten SE-Betriebsratsmitglied aus einem anderen Land, das bei der Verteilung der ersten vier Sitze nach dem d'Hondtschen Prinzip keinen Sitz erhalten hat, zu. Der sechste Sitz steht einem vom SE-Betriebsrat bestimmten weiteren Mitglied des SE-Betriebsrats zu. ...

3.4.2 Die von den ersten vier Sitzen auf Deutschland entfallenden Arbeitnehmersvertreter werden durch Urwahl aller S-Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Deutschland bestimmt. Die Regelungen der Dritten Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz 1976 (**3. WO**) finden auf die Urwahl unter Beachtung des Vorrangs dieser Beteiligungsvereinbarung und nach Maßgabe folgender Regelungen entsprechende Anwendung:

- Die Wahl erfolgt als Urwahl, ...

- Die Wahl erfolgt ausschließlich in Form der Briefwahl und in allen Wahlgängen nach den Grundsätzen der Personenwahl, ...
- Jeder zweite auf Deutschland entfallende Sitz ist für Vertreter des Konzernbetriebsrats reserviert. In Bezug auf diese Sitze steht dem Konzernbetriebsrat das ausschließliche Vorschlagsrecht zu, die Vorgeschlagenen kommen aus dem Kreis der S-Arbeitnehmer mit Ausnahme der leitenden Angestellten. ... Die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder für die dem Konzernbetriebsrat reservierten Sitze findet in einem von den allgemeinen Arbeitnehmervertreterwahlen getrennten Wahlgang, jedoch zeitgleich statt;
- Wahlvorschläge für die übrigen Sitze machen Arbeitnehmer, leitende Angestellte und im S-Konzern vertretene Gewerkschaften. ...
- Leitenden Angestellten und Gewerkschaften stehen keine reservierten Sitze im Aufsichtsrat der S SE zu;
- ...
- Mit Ausnahme eines getrennten Wahlgangs für Vertreter des Konzernbetriebsrats gibt es keine weiteren getrennten Wahlgänge;
- ...
- ...

3.4.3 Für andere Länder als Deutschland gelten für die Bestimmung der Vorschläge für die ersten vier Sitze die für die Wahl oder Bestellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat maßgeblichen nationalen Regelungen der jeweiligen Länder, aus denen Arbeitnehmervertreter zu bestimmen sind. ...

...“

Die Antragstellerinnen haben geltend gemacht, die Regelungen in der Beteiligungvereinbarung über die Bestimmung der Arbeitnehmervertreter in einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat seien unwirksam. Sie verstießen gegen § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG, weil den Gewerkschaften kein ausschließliches und damit durch einen getrennten Wahlgang abgesichertes Vorschlagsrecht für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gewährt werde. 5

Die Antragstellerinnen haben - soweit zuletzt noch von Interesse - beantragt 6

1. festzustellen, dass Nr. 3.4 des Teils II der „Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der S SE“ vom 10. März 2014 unwirksam ist und eine Verkleinerung des Aufsichtsrats auf zwölf Mitglieder nach Maßgabe der genannten Vereinbarung unzulässig ist;
hilfsweise
2. festzustellen, dass sie sowie andere Gewerkschaften ein alleiniges Vorschlagsrecht für zwei Sitze in den auf zwölf Mitglieder verkleinerten Aufsichtsrat haben, sofern sie bei der Arbeitgeberin und deren Tochtergesellschaften vertreten sind;
hilfsweise
3. festzustellen, dass sie sowie andere Gewerkschaften ein alleiniges Vorschlagsrecht für jeden dritten der auf Deutschland entfallenden Sitze in dem auf zwölf Mitglieder verkleinerten Aufsichtsrat haben, sofern sie bei der Arbeitgeberin oder deren Tochtergesellschaften vertreten sind.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen, und geltend gemacht, das in § 7 Abs. 2 iVm. § 16 Abs. 2 MitbestG vorgesehene ausschließliche Vorschlagsrecht der Gewerkschaften werde durch § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG nicht geschützt. 7

Die Vorinstanzen haben die Anträge abgewiesen. Mit ihren Rechtsbeschwerden verfolgen die Antragstellerinnen ihre Begehren weiter. Der Senat hat das Rechtsbeschwerdeverfahren mit Beschluss vom 18. August 2020 (- 1 ABR 43/18 (A) -) ausgesetzt und ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV an den Gerichtshof der Europäischen Union gerichtet. Er hat den Gerichts- 8

hof um Beantwortung der Frage gebeten, ob § 21 Abs. 6 SEBG - aus dem sich für den Fall der Gründung einer in Deutschland ansässigen SE durch Umwandlung ergibt, dass für einen bestimmten Teil der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer ein gesondertes Auswahlverfahren für von Gewerkschaften vorgeschlagene Personen zu gewährleisten ist - mit Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vereinbar ist. Hierzu ist das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 18. Oktober 2022 (- C-677/20 - *[IG Metall und ver.di]*) ergangen.

Die Beteiligten halten auch nach der Entscheidung des Gerichtshofs an ihren Anträgen fest. 9

B. Die Rechtsbeschwerden der Antragstellerinnen haben teilweise Erfolg. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, ihr Antrag zu 1. sei vollumfänglich unbegründet, ist unzutreffend. Der Antrag ist zulässig und begründet, soweit er auf die Feststellung der Unwirksamkeit von Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung vom 10. März 2014 gerichtet ist. Im Übrigen sind die Rechtsbeschwerden erfolglos. Der Antrag zu 1. ist unzulässig, soweit die Antragstellerinnen die Feststellung begehren, dass eine Verkleinerung des Aufsichtsrats der Arbeitgeberin auf zwölf Mitglieder nach Maßgabe der Beteiligungsvereinbarung nicht zulässig ist. Die Hilfsanträge sind dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. 10

I. Der Senat hat nach § 93 Abs. 2 iVm. § 65 ArbGG nicht zu prüfen, ob der beschrittene Rechtsweg für die mit dem Antrag zu 1. angebrachten Begehren zulässig ist. Eine Prüfung wäre nur dann geboten gewesen, wenn die Vorinstanzen trotz ausdrücklicher Rüge hierüber nicht vorab durch besonderen Beschluss entschieden hätten (*vgl. etwa BAG 22. Mai 2012 - 1 ABR 11/11 - Rn. 9 mwN, BAGE 141, 360*). Ein solcher Fall liegt nicht vor. 11

1. Das folgt allerdings nicht schon daraus, dass das Arbeitsgericht auf eine entsprechende Rüge der Arbeitgeberin durch Beschluss vom 30. März 2017 vorab über den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen entschieden und das Landesarbeitsgericht mit Beschluss vom 19. Juni 2017 die dagegen gericht- 12

tete sofortige Beschwerde der Arbeitgeberin zurückgewiesen hat. Die Entscheidungen über den Rechtsweg nach § 48 Abs. 1 ArbGG, § 17a Abs. 3 Satz 2 iVm. Abs. 4 Satz 1 bis 3 GVG betrafen ausschließlich einen damals von den Antragstellerinnen hauptsächlich geltend gemachten ordnungsgeldbewehrten Unterlassungsanspruch und damit einen anderen Verfahrensgegenstand als den, der mit dem jetzigen Hauptantrag (zu 1.) angebracht wird.

2. Die Arbeitgeberin hat ihre Rechtswegrüge jedoch hinsichtlich der damaligen Hilfsanträge - die noch allein verfahrensgegenständlich sind - auf Nachfrage des Arbeitsgerichts nicht aufrechterhalten. Zwar sind Prozesshandlungen wegen ihrer prozessgestaltenden Wirkung grundsätzlich unwiderruflich (*vgl. zur Einordnung der Rechtswegrüge als Prozesshandlung Hk-ZPO/Rathmann 9. Aufl. § 17a GVG Rn. 4*). Dies gilt aber nicht für Prozesshandlungen, deren bezweckter Erfolg - wie bei einer Rechtswegrüge - erst aufgrund eines Tätigwerdens des Gerichts eintritt (sog. Erwirkungshandlung). Diese sind widerruflich, solange noch keine geschützte Rechtsposition der Gegenseite entstanden ist (*vgl. BAG 5. Juni 2020 - 10 AZN 53/20 - Rn. 46 mwN, BAGE 171, 28*). Damit konnte die Arbeitgeberin ihre Rüge rechtswirksam zurücknehmen. Andere am Verfahren Beteiligte hatten bis zu diesem Zeitpunkt noch keine geschützte Rechtsposition erworben. 13

3. Ungeachtet dessen ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen auch tatsächlich gegeben, soweit sich der Antrag zu 1. auf die Feststellung der Unwirksamkeit von Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung bezieht. Streitigkeiten, die die Wirksamkeit einer Beteiligungsvereinbarung betreffen, fallen nach § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte (*MüKoAktG/Jacobs 5. Aufl. § 21 SEBG Rn. 71; Henssler in Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht 4. Aufl. § 21 SEBG Rn. 76 ff.; KK-AktG/Feuerborn 4. Aufl. § 21 SEBG Rn. 93; vgl. auch Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni SE-Recht 3. Aufl. § 21 SEBG Rn. 37; Wißmann FS Richardi 2007 S. 841, 849 f.; Maack Rechtsschutz im Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren der „deutschen“ Societas Europaea S. 343; Forst Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG S. 402; Hoops Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft [SE] S. 199; Linden Die Mitbestimmungsvereinbarung der dualistisch 14*

verfassten Societas Europaea [SE] S. 225; Freis/Nagel in Nagel/Freis/Kleinsorge SEBG, SCEBG, MgVG 3. Aufl. § 21 SEBG Rn. 46). Dies gilt selbst dann, wenn ein solcher Streit Bedeutung für die Zusammensetzung des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der SE haben könnte (aA OLG Stuttgart 11. August 2020 - 20 W 9/20 - zu II 2 a bb (2) der Gründe; wohl auch OLG München 26. März 2020 - 31 Wx 278/18 - zu B II 2 a der Gründe).

a) Nach § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für Angelegenheiten aus dem SE-Beteiligungsgesetz vom 22. Dezember 2004 mit Ausnahme der §§ 45 und 46 und nach den §§ 34 bis 39 nur insoweit, als über die Wahl von Vertretern der Arbeitnehmer in das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan sowie deren Abberufung mit Ausnahme der Abberufung nach § 103 Abs. 3 AktG zu entscheiden ist. Damit erfasst die Norm nach ihrem Wortlaut Anträge, die darauf gerichtet sind, die (Teil-)Unwirksamkeit einer in der SE geltenden Beteiligungsvereinbarung feststellen zu lassen. Bei einem Verfahren mit einem solchen Gegenstand handelt es sich um eine Angelegenheit aus dem SE-Beteiligungsgesetz. Die in § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG aufgeführten Ausnahmen gelten in diesem Fall nicht. Sie betreffen lediglich Straf- und Bußgeldverfahren sowie Streitigkeiten über die Mitbestimmung kraft Gesetzes und den Tendenzschutz. Der Umstand, dass auch in einer Beteiligungsvereinbarung die Geltung der §§ 34 bis 38 SEBG ganz oder in Teilen vereinbart werden kann (*vgl. § 21 Abs. 5, § 34 Abs. 1 iVm. § 22 Abs. 1 Nr. 1 SEBG*), ändert hieran nichts. Selbst wenn man annähme, bei einem Streit über eine solche Beteiligungsvereinbarung sei die in § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG vorgesehene Bereichsausnahme gegeben, hätte dies jedenfalls nicht zur Folge, dass alle Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Beteiligungsvereinbarungen der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit entzogen wären (*aA wohl OLG Stuttgart 11. August 2020 - 20 W 9/20 - zu II 2 a bb der Gründe*).

b) Eine vom Wortlaut abweichende - einschränkende - Auslegung des § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG für den Fall, dass der Streit über die Wirksamkeit einer Beteiligungsvereinbarung oder ihrer Teile die Organbesetzung der SE berühren

könnte, kommt nicht in Betracht. Eine entsprechende teleologische Reduktion der Norm scheidet aus.

aa) Mit der teleologischen Reduktion, die zu den von Verfassungen wegen anerkannten Auslegungsgrundsätzen gehört, wird der ausgehend vom Gesetzeszweck zu weit gefasste Wortlaut einer Norm auf den Anwendungsbereich reduziert, der der *ratio legis* entspricht (*BAG 27. Januar 2022 - 6 AZR 216/21 - Rn. 20 mwN*).

bb) § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG ist - mit Blick auf seinen sich aus den Gesetzesmaterialien ergebenden Sinn und Zweck - sprachlich nicht zu weit gefasst.

(1) Nach den Verlautbarungen des Gesetzgebers sollte mit der Vorschrift „im Grundsatz für alle Streitigkeiten aus dem SE-Beteiligungsgesetz eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren begründet werden“ (*BT-Drs. 15/3405 S. 58*). Dies lässt erkennen, dass die Rechtswegzuweisung an die Gerichte für Arbeitssachen in diesen Angelegenheiten grundsätzlich umfassend sein sollte. Lediglich diejenigen Streitigkeiten, die die im Gesetz ausdrücklich genannten Ausnahmen betreffen, sollen nicht vor den Arbeitsgerichten verhandelt und von ihnen entschieden werden.

(2) Auch der Hinweis in der Gesetzesbegründung, wonach die Zuständigkeit in § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG „entsprechend der bereits vorhandenen Zuständigkeitsregelungen nach Absatz 1 für die Betriebsverfassung (Nummer 1), die Mitbestimmungsgesetze (Nummer 3) und den Europäischen Betriebsrat (Nummer 3 Buchstabe b)“ ausgestaltet werden sollte (*vgl. BT-Drs. 15/3405 S. 58*), liefert keinen Anhalt dafür, dass Streitigkeiten über die Unwirksamkeit von Vereinbarungen dann nicht von § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG erfasst sein sollen, wenn dies Bedeutung für die Zusammensetzung des Aufsichts- oder Verwaltungsrats einer SE haben könnte.

(a) Die vom Gesetzgeber in Bezug genommenen Regelungen in § 2a Abs. 1 Nr. 1 und 3b ArbGG weisen den Gerichten für Arbeitssachen alle Verfahren zu, die sich auf Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes und des Geset-

zes über Europäische Betriebsräte erstrecken. Ausgenommen hiervon sind lediglich die Straf- und Ordnungswidrigkeitsverfahren, für die die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Die Bestimmungen sind damit strukturell ähnlich ausgestaltet wie die mit Wirkung zum 29. Dezember 2004 in § 2a ArbGG - damals noch als Nr. 3d - eingefügte Regelung für das SE-Beteiligungsgesetz. Auch bei ihr wird die grundsätzlich ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte lediglich punktuell für bestimmte - thematisch bezeichnete - Streitigkeiten eingeschränkt. Dies spricht dafür, dass der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen - entsprechend dem Wortlaut aller genannten Vorschriften - stets dann eröffnet ist, wenn die betreffende Angelegenheit nicht unter einen der gesetzlichen Ausnahmetatbestände fällt.

(b) Der in den Gesetzesmaterialien enthaltene Verweis auf die Zuständigkeitsregelung in § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG lässt ebenfalls nicht den Schluss zu, Nr. 3e der Norm sei einschränkend auszulegen (*aA OLG Stuttgart 11. August 2020 - 20 W 9/20 - zu II 2 a bb (5) γ der Gründe; OLG München 26. März 2020 - 31 Wx 278/18 - zu B II 2 a der Gründe*). Dies folgt schon daraus, dass § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG grundlegend anders gefasst ist. Der Gesetzgeber hat sich - abweichend von den Regelungen in Nr. 1, 3b und 3e - von vornherein darauf beschränkt, den Arbeitsgerichten lediglich bestimmte Angelegenheiten aus dem Mitbestimmungsgesetz, dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz und dem Drittelbeteiligungsgesetz zuzuweisen. Diese erstrecken sich ausschließlich auf Entscheidungen „über die Wahl von Vertretern der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat“ sowie über deren „Abberufung“ (mit Ausnahme von § 103 Abs. 3 AktG). Hinzu kommt, dass sich die Unternehmensmitbestimmung im Geltungsbereich der in § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG genannten gesetzlichen Bestimmungen maßgeblich nach deren Vorgaben richtet, während sie im Rahmen des SE-Beteiligungsgesetzes auch durch eine participative agreement ausgestaltet werden kann. Nach dem sowohl Nr. 3 als auch Nr. 3e zugrunde liegenden Regelungskonzept sollen die Gerichte für Arbeitssachen bei der gesetzlich ausgestalteten Unternehmensmitbestimmung zwar nur für die Wahl und Abberufung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan zuständig sein. Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch, dass der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen

22

bei Angelegenheiten, die die vertraglich vereinbarte Arbeitnehmerbeteiligung betreffen, eröffnet ist.

(3) Auch die Gesetzesbegründung zu § 24 SEAG, der die Zusammensetzung des Verwaltungsrats in einer monistischen SE regelt, rechtfertigt kein anderes Ergebnis (*aA OLG Stuttgart 11. August 2020 - 20 W 9/20 - zu II 2 a bb (5) γ der Gründe; OLG München 26. März 2020 - 31 Wx 278/18 - zu B II 2 a der Gründe*). Soweit danach „Zweifelsfragen bezüglich der rechtlichen Grundlage der Zusammensetzung des Verwaltungsrats ... seine ordnungsgemäße Zusammensetzung und die Gültigkeit seiner Beschlüsse nicht berühren“ sollen und „deshalb nur im Statusverfahren nach den §§ 25 und 26 geklärt werden“ können (*vgl. BT-Drs. 15/3405 S. 37*), sollte damit erkennbar nicht die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Beteiligungsvereinbarungen eingeschränkt werden. Der Gesetzgeber wollte damit - wie der Verweis auf die §§ 25 und 26 SEAG zeigt - ausschließlich verdeutlichen, dass entsprechend der für eine Aktiengesellschaft und eine dualistische SE geltenden Rechtslage über die Größe und Zusammensetzung des Verwaltungsrats im Interesse der Rechtssicherheit für den allgemeinen Rechtsverkehr verbindlich nur im Statusverfahren entschieden werden kann. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen nicht gegeben wäre, wenn die - mögliche - Unwirksamkeit einer Beteiligungsvereinbarung oder einzelner ihrer Bestimmungen die Organbesetzung berühren könnte.

c) Für ein insoweit einschränkendes Verständnis von § 2a Abs. 1 Nr. 3e ArbGG besteht auch aus Gründen der Rechtssicherheit keine Notwendigkeit. Eine rechtskräftige Entscheidung der Gerichte für Arbeitssachen über die Unwirksamkeit einer Beteiligungsvereinbarung oder darin vereinbarter Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung wirkt sich auf den Bestand und die rechtswirksame Zusammensetzung des Aufsichtsrats einer SE nicht unmittelbar aus. Nach dem in Art. 9 Abs. 1 Buchst. c lit. ii der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) iVm. § 96 Abs. 4 AktG verankerten Kontinuitätsprinzip ist dieser von Rechts wegen ordnungsgemäß im Amt, solange ein formalisiertes Statusverfahren nicht ab-

geschlossen ist (vgl. *BGH 27. Januar 2015 - II ZB 7/14 - Rn. 13*; *BAG 3. Oktober 1989 - 1 ABR 12/88 - zu B III 2 e der Gründe*; *MüKoAktG/Habersack 5. Aufl. § 96 Rn. 61 mwN*; *Koch AktG 17. Aufl. § 96 Rn. 28*). Gleiches gilt nach § 24 Abs. 2 SEAG für den Verwaltungsrat einer monistischen SE.

II. An dem vorliegenden Verfahren waren - neben den Antragstellerinnen und der Arbeitgeberin - der SE-Betriebsrat, der Konzernbetriebsrat und die anderen im Unternehmen der Arbeitgeberin vertretenen Gewerkschaften beteiligt. Weitere Personen oder Stellen waren nicht zu hören. 25

1. Nach § 83 Abs. 3 ArbGG haben in einem Beschlussverfahren neben dem Antragsteller diejenigen Stellen ein Recht auf Anhörung, die nach dem jeweiligen Gesetz im einzelnen Fall beteiligt sind. Die Vorschrift regelt nicht selbst, wer Beteiligter eines Beschlussverfahrens ist. Sie ordnet lediglich an, dass die genannten Personen und Stellen zu hören sind. Maßgeblich ist, welche Personen oder Stellen durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung in ihrer kollektivrechtlichen Stellung unmittelbar betroffen sind (vgl. *BAG 28. April 2021 - 7 ABR 20/20 - Rn. 9 mwN*). 26

2. Danach waren sowohl der SE-Betriebsrat als auch der Konzernbetriebsrat am Verfahren beteiligt. Eine die Unwirksamkeit von Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung feststellende Entscheidung betreffe die ihnen dort zugewiesenen Rechte und Pflichten. Nach Teil II Nr. 3.4.1 Abs. 1 und 2 der Beteiligungsvereinbarung hat der SE-Betriebsrat bei einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat nicht nur die den Arbeitnehmervertretern zustehenden Sitze auf die Länder zu verteilen. Ihm steht vor allem das Recht zu, zwei Mitglieder seines Gremiums zu Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zu bestimmen (*Teil II Nr. 3.4.1 Abs. 3 der Beteiligungsvereinbarung*). Der Konzernbetriebsrat verfügt nach Teil II Nr. 3.4.2 der Beteiligungsvereinbarung bei einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat über ein ausschließliches - durch einen getrennten Wahlgang abgesichertes - Vorschlagsrecht für jeden zweiten Sitz der auf Deutschland entfallenden Arbeitnehmervertreter. Damit sind beide Gremien durch den Ausgang des Verfahrens unmittelbar in ihren durch die Beteiligungsvereinbarung gewährten Rechten betroffen. 27

3. Gleiches gilt für die Beteiligten zu 6. bis 8. Ihre jeweilige mitbestimmungsrechtliche Stellung wird durch die gerichtliche Entscheidung ebenfalls unmittelbar berührt, weil den im Konzern der Arbeitgeberin vertretenen Gewerkschaften nach Teil II Nr. 3.4.2 der Beteiligungsvereinbarung keine reservierten Sitze im Aufsichtsrat zustehen. 28
4. Weitere Stellen waren nicht am Verfahren zu beteiligen. 29
- a) Der Gesamtbetriebsrat und die Sprecherausschussgremien waren nicht zu hören. Ihnen werden in Teil II Nr. 3.4.2 der Beteiligungsvereinbarung keine Rechte eingeräumt. 30
- b) Auch eine Beteiligung des besonderen Verhandlungsgremiums kam nicht in Betracht. Zwar wurde die Beteiligungsvereinbarung von diesem Gremium geschlossen. Es ist aber nicht mehr beteiligtenfähig. Die Amtszeit eines besonderen Verhandlungsgremiums ist lediglich funktionsbezogen und endet daher mit Abschluss der Beteiligungsvereinbarung (*vgl. Oetker in Lutter/Hommelhoff/Teichmann SE-Kommentar 2. Aufl. § 4 SEBG Rn. 7 f.; Schaub ArbR-HdB/Koch 19. Aufl. § 261 Rn. 6; MüKoAktG/Jacobs 5. Aufl. § 4 SEBG Rn. 2 mwN; KK-AktG/Feuerborn 4. Aufl. § 4 SEBG Rn. 5; NK-GA/Sagan 2. Aufl. § 4 SEBG Rn. 2; Forst Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG S. 68, 352; Hoops Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft [SE] S. 68*). 31
- c) Der Aufsichtsrat der Arbeitgeberin war ebenfalls nicht zu hören. Er ist in seiner Rechtsstellung nicht unmittelbar betroffen, weil es nicht um seine derzeitige personelle Zusammensetzung geht. Auch beeinflussen die aus einer Entscheidung resultierenden rechtlichen Folgen seine aktuelle Tätigkeit nicht. 32
- III. Der Feststellungsantrag zu 1. ist nur teilweise zulässig. 33
1. Seine sprachliche Fassung und das Vorbringen der Antragstellerinnen zeigen, dass sie hiermit kein einheitliches Begehren, sondern zwei unterschiedliche Verfahrensgegenstände angebracht haben. Danach erstreben sie nicht nur die Feststellung, bestimmte Regelungen der Beteiligungsvereinbarung seien unwirksam. Vielmehr wollen sie auch gerichtlich feststellen lassen, dass (deshalb) 34

eine Verkleinerung des Aufsichtsrats der Arbeitgeberin auf zwölf Mitglieder unzulässig ist. Zwar hängt - nach den Vorstellungen der Antragstellerinnen - die Entscheidung über beide Verfahrensgegenstände von den gleichen rechtlichen Vorfragen ab. Dennoch sollen die Begehren teilbar sein. Dieses Antragsverständnis haben die Antragstellerinnen im Anhörungstermin vor dem Senat bestätigt.

2. Soweit der Antrag zu 1. darauf gerichtet ist, die Unzulässigkeit einer Verkleinerung des Aufsichtsrats der Arbeitgeberin auf zwölf Mitglieder feststellen zu lassen, fehlt es an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. 35

a) Ein Rechtsverhältnis im Sinn dieser Vorschrift ist jedes durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandene rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder einer Sache (*st. Rspr., sh. nur BAG 17. November 2021 - 7 ABR 40/19 - Rn. 30 mwN*). Kein Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO sind dagegen abstrakte Rechtsfragen, bloße Elemente eines Rechtsverhältnisses oder rechtliche Vorfragen. Hierzu gehört grundsätzlich auch die rechtliche Bewertung des konkreten Verhaltens einer Partei oder eines Beteiligten. Insbesondere die Rechtswidrigkeit oder Unzulässigkeit eines Verhaltens oder Vorgehens kann nicht Gegenstand einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO sein (*vgl. etwa BAG 24. Februar 2016 - 7 ABR 23/14 - Rn. 13; 18. April 2012 - 4 AZR 371/10 - Rn. 10, BAGE 141, 188*). 36

b) Danach bezieht sich die erstrebte Feststellung, dass „eine Verkleinerung des Aufsichtsrats auf zwölf Mitglieder nach Maßgabe der ... [Beteiligungs-]vereinbarung unzulässig ist“, nicht auf ein Rechtsverhältnis. Es handelt sich hierbei lediglich um eine abstrakte Rechtsfrage, deren Begutachtung nicht Aufgabe der Gerichte ist. 37

3. Das mit dem Antrag zu 1. angebrachte Begehren der Antragstellerinnen, dass die Unwirksamkeit von Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung gerichtlich festgestellt wird, ist hingegen zulässig. 38

- a) Die Antragstellerinnen sind antragsbefugt. 39
- aa) Die Zulässigkeit eines im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zur Entscheidung gestellten Antrags setzt die Antragsbefugnis der Antragsteller voraus. Dieses Erfordernis dient dazu, „Popularanträge“ auszuschließen. Eine Antragsbefugnis ist - abgesehen von den Fällen zulässiger Prozessstandschaft - daher nur gegeben, wenn eigene Rechte geltend gemacht werden und dies nicht von vornherein als aussichtslos erscheint (*vgl. etwa BAG 25. Februar 2020 - 1 ABR 39/18 - Rn. 17 mwN, BAGE 170, 41*). 40
- bb) Die Antragstellerinnen machen mit dem Antrag eigene Rechte geltend. Es geht ihnen um die Sicherstellung eines nach ihrer Ansicht durch § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG gewährleisteten exklusiven - und damit durch einen getrennten Wahlgang abgesicherten - Vorschlagsrechts für Arbeitnehmervertreter in einem verkleinerten Aufsichtsrat der Arbeitgeberin. Da die Regelungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung keinen gesonderten Wahlgang für von Gewerkschaften nominierte Arbeitnehmervertreter vorsehen, begehren sie die Feststellung, dass diese Bestimmungen unwirksam sind. 41
- b) Hierfür sind die Voraussetzungen von § 256 Abs. 1 ZPO erfüllt. 42
- aa) Insoweit zielt der Antrag darauf ab, das Nichtbestehen eines rechtlich abgrenzbaren Teils eines Rechtsverhältnisses feststellen zu lassen. 43
- (1) Bei der Beteiligungsvereinbarung vom 10. März 2014 - die nach Art. 6 der Richtlinie 2001/86/EG, § 3 Abs. 1 Satz 1 SEBG nach Maßgabe deutschen Rechts zu beurteilen ist (*vgl. etwa Oetker in Lutter/Hommelhoff/Teichmann SE-Kommentar 2. Aufl. § 21 SEBG Rn. 23; MüKoAktG/Jacobs 5. Aufl. § 21 SEBG Rn. 12*) - handelt es sich um einen privatrechtlichen Kollektivvertrag sui generis. Trotz fehlender ausdrücklicher Anordnung im SE-Beteiligungsgesetz wirken seine Regelungen - im Fall ihrer Wirksamkeit - von Gesetzes wegen normativ (*vgl. KK-AktG/Feuerborn 4. Aufl. § 21 SEBG Rn. 17; MüKoAktG/Jacobs 5. Aufl. § 21 SEBG Rn. 13; Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni SE-Recht 3. Aufl. § 21 SEBG Rn. 4; Henssler in Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht*) 44

4. Aufl. § 21 SEBG Rn. 12; Evers/Hartmann/Bodenstedt in Manz/Mayer/Schröder Europäische Aktiengesellschaft SE 3. Aufl. § 21 SEBG Rn. 8; Van Hulle/Maul/Drinhausen SE-HdB/Annuß/Rudolph 2. Aufl. § 14 Rn. 193; Kuhnke/Hoops in Gaul/Ludwig/Forst Europäisches Mitbestimmungsrecht § 2 Rn. 246; Freis in Nagel/Freis/Kleinsorge SEBG, SCEBG, MgVG 3. Aufl. § 21 SEBG Rn. 4; Oetker in Lutter/Hommelhoff/Teichmann SE-Kommentar 2. Aufl. § 21 SEBG Rn. 25 f.; ders. FS Konzen 2006 S. 635, 642 f.; Forst Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG S. 86 ff.; ders. ZESAR 2019, 271, 279; Herfs-Röttgen NZA 2002, 358, 364; Kraushaar BB 2003, 1614, 1619; aA Hoops Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft [SE] S. 41 ff., 51: „Organisationsvertrag mit schuldrechtlicher Wirkung“). Dies ergibt sich daraus, dass für die nach § 21 Abs. 1 und 3 SEBG in einer Beteiligungsvereinbarung regelbaren Inhalte eine rechtliche Grundlage nur durch unmittelbar und zwingend geltende Bestimmungen geschaffen werden kann. Da eine solche Vereinbarung die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer SE ausgestaltet, kann ihr Bestehen oder Nichtbestehen und damit auch ihre (Teil-)Unwirksamkeit Gegenstand eines Feststellungsantrags iSv. § 256 Abs. 1 ZPO sein.

(2) Der Antrag bezieht sich zudem auf einen abgrenzbaren Teil dieses Rechtsverhältnisses. 45

(a) Der Gegenstand eines Feststellungsantrags muss sich nicht notwendig auf ein Rechtsverhältnis als Ganzes erstrecken. Er kann sich auch auf einzelne daraus folgende Ansprüche oder Verpflichtungen beschränken (*st. Rspr., sh. nur BAG 17. November 2021 - 7 ABR 40/19 - Rn. 30 mwN*). Zielt der Antrag allerdings - wie hier - auf die Feststellung einer teilweisen Unwirksamkeit von Kollektivnormen ab, setzt seine Zulässigkeit voraus, dass es sich hierbei um eine eigenständige Teilregelung handelt, weil nur dann ein gesondert feststellungsfähiges Teilrechtsverhältnis gegeben ist (*vgl. BAG 19. November 2019 - 1 ABR 2/18 - Rn. 39 mwN*). 46

(b) Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung stellt eine abgrenzbare Teilregelung dar. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen (*vgl. Oetker FS Konzen 2006 S. 635, 658; ders.* 47

in *Lutter/Hommelhoff/Teichmann SE-Kommentar 2. Aufl. § 21 SEBG Rn. 93; Maack Rechtsschutz im Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren der „deutschen“ Societas Europaea S. 336; Benker Die Gestaltung der Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft [SE] S. 118; im Ergebnis auch KK-AktG/Feuerborn 4. Aufl. § 21 SEBG Rn. 90*). Maßgebend ist danach, ob der verbleibende Teil der Beteiligungsvereinbarung auch ohne die unwirksame Bestimmung noch eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthielte (*vgl. BAG 13. August 2019 - 1 AZR 213/18 - Rn. 87 mwN, BAGE 167, 264; 16. November 2011 - 4 AZR 856/09 - Rn. 27 mwN*). Dies wäre der Fall. Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung enthält Vorgaben für die Bestimmung der Arbeitnehmervertreter in einem auf zwölf Mitglieder verkleinerten Aufsichtsrat der Arbeitgeberin. Eine Unwirksamkeit dieser Normen berührte die Fortgeltung der sonstigen Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und den SE-Betriebsrat in der Beteiligungsvereinbarung nicht.

bb) Die Antragstellerinnen haben ein rechtliches Interesse an der begehrten gerichtlichen Feststellung. 48

(1) Ein Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO setzt grundsätzlich voraus, dass sich das Interesse des Antragstellers an der erstrebten Feststellung auf ein Rechtsverhältnis bezieht, das zu ihm selbst besteht. Geht es um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, an dem er nicht beteiligt ist - mithin um ein sog. Drittrechtsverhältnis -, ist ein Feststellungsinteresse zwar nicht generell ausgeschlossen; hieran sind jedoch erhöhte Anforderungen zu stellen. Die begehrte Feststellung muss gerade die Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten berühren (*vgl. BAG 18. April 2012 - 4 AZR 371/10 - Rn. 11, BAGE 141, 188; 9. Dezember 2009 - 4 AZR 190/08 - Rn. 42 mwN*). Insbesondere muss der Antragsteller selbst von dem festzustellenden Rechtsverhältnis in seinem Rechtskreis betroffen sein und ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Klärung haben (*vgl. BAG 18. April 2012 - 4 AZR 371/10 - aaO*). 49

(2) Diese Voraussetzungen sind - auch unter Berücksichtigung der sich aus Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2001/86/EG ergebenden Anforderungen - erfüllt. 50

- (a) Nach Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2001/86/EG haben die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie vorzusehen und insbesondere dafür zu sorgen, dass Gerichtsverfahren bestehen, mit denen die Erfüllung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen durchgesetzt werden kann. Dabei ist es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union mangels einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften entsprechend dem Grundsatz der Verfahrensautonomie Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen. Die betreffenden Anforderungen dürfen dabei nur nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige, dem innerstaatlichen Recht unterliegende Sachverhalte regeln (Äquivalenzgrundsatz). Zudem dürfen sie die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz) (vgl. *EuGH 7. April 2022 - C-385/20 - [Caixabank] Rn. 47 mwN; 6. Oktober 2020 - C-511/18 ua. - [La Quadrature du Net ua.] Rn. 223 mwN*). 51
- (b) Gemessen hieran haben die Antragstellerinnen ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Klärung des abgrenzbaren Teils des Rechtsverhältnisses. 52
- (aa) Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung regelt die Vorgaben zur Besetzung der Arbeitnehmerbank in einem auf zwölf Mitglieder verkleinerten Aufsichtsrat der Arbeitgeberin. Hierbei werden den Antragstellerinnen und den Beteiligten zu 4. bis 8. unterschiedliche Rechte und Pflichten zugewiesen. Damit betreffen die dortigen Bestimmungen auch die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten bei diesem Besetzungsvorgang. Gerade die Antragstellerinnen sind 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 Satz 1 SEBG vorgesehene Gewährleistung „alle[r] Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung“ auch ein ausschließliches und damit durch einen getrennten Wahlgang abgesichertes Vorschlagsrecht für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erfasste. Da Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung eine solche Form der „Sitzgarantie“ bei der Bestellung der Arbeitnehmervertreter in einem 53

verkleinerten Aufsichtsrat der Arbeitgeberin nicht vorsieht, können die Antragstellerinnen ihre Rechtsposition nur durch einen auf die Unwirksamkeit der maßgebenden Bestimmungen gerichteten Antrag effektiv durchsetzen. Einen Anspruch auf Abschluss einer geänderten Beteiligungsvereinbarung vermittelt § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG nicht (*vgl. auch Forst ZESAR 2019, 271, 279 ff.*).

(bb) Die Antragstellerinnen haben zudem ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Klärung, ob die Bestimmungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung unwirksam sind. Unerheblich ist, dass bislang weder die Hauptversammlung einen Beschluss über die Verkleinerung des Aufsichtsrats der Arbeitgeberin gefasst hat noch ein hierfür nach Teil II Nr. 2.2 der Beteiligungsvereinbarung erforderlicher gleichlautender Vorschlag durch den Aufsichtsrat und den Vorstand unterbreitet wurde. Die Antragstellerinnen können 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 sind, haben sie schon jetzt ein schützenswertes Interesse zu wissen, ob die betreffenden Normen wirksam sind. 54

(cc) Ein rechtliches Interesse der Antragstellerinnen kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, ihnen stehe zur Durchsetzung ihrer Rechte das mit Rechtskraftwirkung inter omnes versehene Statusverfahren nach § 98 Abs. 1 AktG zur Verfügung (*vgl. Art. 9 Abs. 1 Buchst. c lit. ii der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 iVm. § 99 Abs. 5 Satz 2 AktG*). Die Einleitung eines solchen Verfahrens scheidet hier schon deshalb aus, weil sein Gegenstand nicht die Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank ist (*vgl. für das MitbestG WKS/Wißmann 5. Aufl. § 6 MitbestG Rn. 13; in diesem Sinn auch MüKoAktG/Habersack 5. Aufl. § 97 Rn. 14*). Besteht - wie im Ausgangsfall - kein Streit über die Bildung eines Aufsichtsrats, könnte sich die verfahrensgegenständliche Reichweite eines Statusverfahrens nur auf die Frage beziehen, wie dessen Sitze auf die Vertreter der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zu verteilen sind. 55

IV. Im Umfang seiner Zulässigkeit ist der Antrag zu 1. begründet. Die Regelungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung sind unwirksam. Sie verstoßen gegen § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG. 56

1. Nach dieser Vorschrift muss 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 Satz 1 Nr. 2 iVm. Abs. 2 Nr. 2 MitbestG mitbestimmten Aktiengesellschaft deutschen Rechts - wie es die Arbeitgeberin bis zum Jahr 2014 war - erfordert dies, dass bei ihrer Umwandlung in der Beteiligungsvereinbarung ein gesondertes Wahlverfahren für - von in der SE und ihren Tochtergesellschaften vertretenen Gewerkschaften - vorgeschlagene Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat für alle Arbeitnehmer der SE und ihrer Tochtergesellschaften vorgesehen sein muss. Nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 18. Oktober 2022 (- C-677/20 - *[IG Metall und ver.di]*) ist ein solches Verständnis von § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG schon unionsrechtlich geboten. 57

a) Nach dem Urteil des Gerichtshofs in der Sache IG Metall und ver.di ist Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 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 muss, sofern das anwendbare nationale Recht einen solchen Wahlgang in Bezug auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der in eine SE umzuwandelnden Gesellschaft vorschreibt. Der Gerichtshof hat dieses Verständnis der Regelung aus einer grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung abgeleitet, das zudem durch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie gestützt wird (*EuGH 18. Oktober 2022 - C-677/20 - [IG Metall und ver.di] Rn. 32 ff., 40 ff., 43 f., 45*). Darüber hinaus gebietet Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 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 muss. Die vom Richt- 58

liniengeber mit der Richtlinie 2001/86/EG bezweckte Sicherung erworbener Rechte umfasst 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 (vgl. *EuGH 18. Oktober 2022 - C-677/20 - [IG Metall und ver.di] Rn. 43 mwN*). Deshalb müssen alle Arbeitnehmer der SE - einschließlich ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe - das gesonderte Wahlverfahren in Anspruch nehmen können. Das gilt selbst dann, wenn das nationale Recht dies nicht vorsieht (vgl. *EuGH 18. Oktober 2022 - C-677/20 - [IG Metall und ver.di] Rn. 49*). Zudem muss das Recht, einen bestimmten Anteil der Kandidaten für die Wahlen der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat einer durch Umwandlung gegründeten SE vorzuschlagen, auf alle in der SE, ihren Tochtergesellschaften und Betrieben vertretenen Gewerkschaften ausgeweitet werden (*EuGH 18. Oktober 2022 - C-677/20 - [IG Metall und ver.di] aaO*).

b) Diese aus Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG folgenden Maßgaben bestimmen auch die inhaltliche Reichweite der von § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG geforderten Gewährleistung. Um die praktische Wirksamkeit der in einer Richtlinie vorgegebenen Rechte zu gewährleisten und der sich aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ergebenden Verpflichtung nachzukommen, sind die Gerichte gehalten, die nationalen Rechtsnormen im Rahmen der anerkannten Methoden im Licht der Richtlinie auszulegen (vgl. etwa *EuGH 28. April 2022 - C-44/21 - [Phoenix Contact] Rn. 49; 19. April 2016 - C-441/14 - [DI] Rn. 31 mwN*). 59

aa) Der Wortlaut von § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG lässt ein dem Inhalt von Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG entsprechendes Verständnis ohne Weiteres zu. Die Bestimmungen sind sprachlich im Wesentlichen identisch. Beide Regelungen verlangen, dass „in der Vereinbarung im Fall(e) einer durch Umwandlung gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden“ muss, „das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll“. 60

bb) Aus der Systematik folgt nichts Gegenteiliges. Vielmehr sieht § 21 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 SEBG ausdrücklich vor, dass bei einer Vereinbarung über die Mitbestimmung insbesondere das Verfahren festgelegt werden soll, nach dem die 61

Arbeitnehmer ihre Vertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE wählen oder bestellen.

cc) Vor allem entspricht eine sich mit dem inhaltlichen Verständnis von Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG deckende Auslegung von § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG dem gesetzgeberischen Willen. Der deutsche Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift die genannte Vorgabe umsetzen. Dabei ging er davon aus, dass die unionsrechtliche Regelung „in jedem Mitgliedstaat notwendig identisch umzusetzen“ ist und hierbei kein „nationaler Gestaltungsspielraum“ besteht (vgl. *BT-Drs. 15/3405 S. 42*). Damit soll der deutschen Norm nach seinen ausdrücklich in den Gesetzesmaterialien verlautbarten Vorstellungen der gleiche Inhalt zukommen wie Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/86/EG. 62

2. Die Regelungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung genügen den aus § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG folgenden Anforderungen in mehrfacher Hinsicht nicht. 63

a) Die Beteiligungsvereinbarung der Arbeitgeberin sieht 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 war. Ein gesondertes Wahlverfahren gilt vielmehr nur für vom Konzernbetriebsrat vorgeschlagene Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (vgl. *Teil II Nr. 3.4.2 Satz 2 Unterpunkt 3 der Beteiligungsvereinbarung*). Die Gewerkschaften sind zwar berechtigt, Wahlvorschläge für die Sitze der Arbeitnehmervertreter zu machen (vgl. *Teil II Nr. 3.4.2 Satz 2 Unterpunkt 4 der Beteiligungsvereinbarung*). Die Durchführung eines gesonderten Wahlverfahrens für die von ihnen vorgeschlagenen Kandidaten ist jedoch nach Teil II Nr. 3.4.2 Satz 2 Unterpunkt 5 und 7 der Beteiligungsvereinbarung ausdrücklich ausgeschlossen. 64

b) Zudem bestimmt Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung nicht, dass alle in der SE, ihren Tochtergesellschaften und Betrieben vertretenen Gewerkschaften das Recht haben, Kandidaten für ein gesondertes Wahlverfahren für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vorzuschlagen. Soweit in Teil II Nr. 3.4.2 65

Satz 2 Unterpunkt 4 der Beteiligungsvereinbarung für „im S-Konzern“ vertretene Gewerkschaften ein Vorschlagsrecht - ohnehin nur für einen nicht gesonderten Wahlgang - vorgesehen ist, steht dieses nur solchen Gewerkschaften zu, die bei der Arbeitgeberin oder einer sich im Inland befindenden Tochtergesellschaft bzw. deren Betrieben vertreten sind. Das ergibt sich daraus, dass die betreffende Bestimmung - wie Teil II Nr. 3.4.2 Satz 2 der Beteiligungsvereinbarung zeigt („nach Maßgabe folgender Regelungen“) - lediglich die durch alle „S-Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Deutschland“ erfolgende Urwahl der „von den ersten vier Sitzen auf Deutschland entfallenden Arbeitnehmervertreter“ ausgestaltet (*Teil II Nr. 3.4.2 Satz 1 der Beteiligungsvereinbarung*). Sollten von den ersten vier Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat Sitze auf andere Länder entfallen, sieht Teil II Nr. 3.4.3 der Beteiligungsvereinbarung vor, dass diese nach Maßgabe der jeweiligen nationalen Regelungen zur Wahl oder Bestellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bestimmt werden. Ohne solche Vorschriften ist der SE-Betriebsrat berechtigt, die betreffenden Arbeitnehmervertreter zu bestimmen. Diese Maßgaben stellen nicht sicher, dass Gewerkschaften, die bei Tochtergesellschaften bzw. Betrieben der Arbeitgeberin in anderen Mitgliedstaaten vertreten sind, Kandidaten für einen gesonderten Wahlgang benennen können.

c) Darüber hinaus gewährleisten die Bestimmungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung nicht, 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 können. Die Möglichkeit, überhaupt von Gewerkschaften vorgeschlagene Kandidaten wählen zu können, gewährt 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 fehlt es an Vorgaben. Ungeachtet dessen, dass der Verweis in Teil II Nr. 3.4.3 Satz 1 der Beteiligungsvereinbarung nur gilt, wenn einer der ersten vier Sitze auf ein anderes Land als Deutschland entfällt, ermöglicht die Bestimmung es nicht, dass allen Arbeitnehmern, die bei Tochtergesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt sind, ein gesondertes Wahl- oder Bestimmungsver-

66

fahren für von Gewerkschaften vorgeschlagene Kandidaten zur Verfügung steht. Auch das in Teil II Nr. 3.4.1 Abs. 3 der Beteiligungsvereinbarung vorgesehene Bestimmungsrecht des SE-Betriebsrats stellt dies nicht sicher.

3. Die Unvereinbarkeit der Regelungen in Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung mit § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG hat deren Unwirksamkeit zur Folge. 67

a) Zwar regelt das SE-Beteiligungsgesetz die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die genannte Norm nicht ausdrücklich. Die Unwirksamkeit ergibt sich jedoch aus dem Umstand, dass § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG die innere Autonomie der Verhandlungsparteien für eine Gründung der SE durch Umwandlung einschränkt (vgl. *MüKoAktG/Jacobs 5. Aufl. § 21 SEBG Rn. 60; Oetker FS Birk 2008 S. 557, 567 f.*). Regelungen, die seinen Anforderungen nicht genügen, müssen daher unwirksam sein (vgl. *ebenso NK-GA/Sagan 2. Aufl. § 21 SEBG Rn. 41; Henssler in Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht 4. Aufl. § 21 SEBG Rn. 66; Löw/Stolzenberg NZA 2016, 1489, 1493*). Diese Rechtsfolge entspricht auch dem Sinn und Zweck von § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG. Die Vorschrift soll einen bestimmten - nicht zur Disposition der Verhandlungspartner stehenden - Bestandsschutz der Arbeitnehmerbeteiligung sicherstellen (vgl. *BT-Drs. 15/3405 S. 51 f.*). 68

b) Anders als die Arbeitgeberin meint, erstreckt sich die Unwirksamkeit auf den gesamten Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung. Eine Aufrechterhaltung einzelner Bestimmungen scheidet jedenfalls deshalb aus, weil die verbleibenden Normen keine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung zur Bestimmung der Arbeitnehmerbank in einem verkleinerten Aufsichtsrat der Arbeitgeberin mehr enthalten. 69

4. Eine ergänzende Auslegung von Teil II Nr. 3.4 der Beteiligungsvereinbarung ist - entgegen der Ansicht der Arbeitgeberin - nicht möglich. 70

a) Entsprechend den für innerstaatliche Kollektivvereinbarungen geltenden Vorgaben könnte eine ergänzende Auslegung allenfalls dann in Betracht kommen, wenn entweder nach zwingendem höherrangigen Recht nur eine Regelung 71

zur Lückenschließung in Betracht käme oder wenn bei mehreren Regelungsmöglichkeiten zuverlässig feststellbar wäre, welche Regelung getroffen worden wäre, wäre die Lücke erkannt worden (vgl. BAG 2. Dezember 2021 - 3 AZR 212/21 - Rn. 56 mwN; 23. April 2013 - 3 AZR 23/11 - Rn. 29 mwN).

b) Diese Anforderungen sind nicht gegeben. Die Beteiligungsvereinbarung enthält keine Anhaltspunkte dafür, wie die Vertragspartner der Beteiligungsvereinbarung ein gesondertes Wahl- oder Bestimmungsverfahren von Kandidaten ausgestaltet hätten, die von allen in der SE und ihren Tochtergesellschaften vertretenen Gewerkschaften vorgeschlagen und die - länderunabhängig - unmittelbar oder mittelbar durch alle Arbeitnehmer der SE und ihrer Tochtergesellschaften gewählt oder bestimmt werden. Zudem lässt sich nicht zuverlässig feststellen, welchen Einfluss die Regelung eines solchen Wahlverfahrens auf die in Teil II Nr. 3.4.1 Abs. 1 und 2 der Beteiligungsvereinbarung vorgesehene Aufteilung der Arbeitnehmersitze auf die einzelnen Länder und auf das in Abs. 3 geregelte Bestimmungsrecht des SE-Betriebsrats für einzelne Arbeitnehmervertreter gehabt hätte. Für die Schließung dieser Lücken kommt - auch unter Berücksichtigung der sich aus § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG ergebenden Vorgaben - nicht lediglich eine einzige Regelung in Betracht. 72

c) Ein - im Weg der ergänzenden Auslegung - möglicher Rückgriff auf die in Teil 3 Kapitel 2 Abschnitt 2 des SE-Beteiligungsgesetzes vorgesehene „Auffanglösung“ (so OLG München 26. März 2020 - 31 Wx 278/18 - zu B II 2 b aa der Gründe mwN) scheidet ebenfalls aus. 73

aa) Ein solcher Rückgriff ist mit dem - auch in Art. 1 Abs. 2 und Art. 7 der Richtlinie 2001/86/EG zum Ausdruck kommenden und daher unionsrechtlich gebotenen - Vorrang der Vereinbarungslösung nicht zu vereinbaren (vgl. auch Forst *Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG S. 338 f.*; Maack *Rechtsschutz im Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren der „deutschen“ Societas Europaea S. 336 f.*; Kuhnke/Hoops in Gaul/Ludwig/Forst *Europäisches Mitbestimmungsrecht § 2 Rn. 392*; Henssler in Habersack/Henssler *Mitbestimmungsrecht 4. Aufl. § 21 SEBG Rn. 75*; aA KK-AktG/Feuerborn 4. Aufl. § 21 SEBG Rn. 80, 90; Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni *SE-Recht 3. Aufl. § 21 SEBG* 74

Rn. 7; *diff. Oetker in Lutter/Hommelhoff/Teichmann SE-Kommentar 2. Aufl. § 21 SEBG Rn. 93*). § 1 Abs. 2 Satz 1 SEBG begründet ein Primat der Verhandlungslösung. Die Verhandlungsautonomie der Vertragspartner genießt Vorrang gegenüber den nur subsidiär anwendbaren gesetzlichen Vorschriften. Im Rahmen der ihnen gewährten Autonomie können sie - unter Berücksichtigung der sich aus § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG ergebenden Binnenschranken - die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE frei gestalten. Mit dem Rückgriff auf die „Auffanglösung“ würde ihnen ein Konzept aufgedrängt, das sie trotz der ausdrücklich in § 21 Abs. 5 SEBG eingeräumten Möglichkeit nicht gewählt haben. Dies spricht dafür, den Vertragspartnern einer teilunwirksamen Beteiligungsvereinbarung selbst dann (zunächst) die Möglichkeit von neuen Verhandlungen einzuräumen, wenn dies - anders als hier in Teil III Nr. 1.4 der Beteiligungsvereinbarung - nicht ausdrücklich vorgesehen ist (*vgl. Wißmann FS Richardi 2007 S. 841, 850; Forst Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG S. 341 ff., 366 f.; Maack Rechtsschutz im Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren der „deutschen“ Societas Europaea S. 339 f.; Hoops Die Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft [SE] S. 197; Scheibe Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE unter besonderer Berücksichtigung des monistischen Systems S. 89 ff.*).

bb) Unabhängig davon würde ein Rückgriff auf etwaige Regelungen zur „Mitbestimmung kraft Gesetzes“ in Teil 3 Kapitel 2 Abschnitt 2 des SE-Beteiligungsgesetzes auch nicht zu einer den Vorgaben von § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG entsprechenden Beteiligungsvereinbarung führen. Die dortigen Normen stellen ebenfalls nicht sicher, dass alle Arbeitnehmer in der SE und ihren Tochtergesellschaften die Möglichkeit haben, in einem gesonderten Wahlgang Kandidaten von allen in der SE und ihren Tochtergesellschaften vertretenen Gewerkschaften zu wählen oder zu bestimmen. Soweit § 36 Abs. 3 Satz 2 iVm. § 6 Abs. 3 SEBG Vorgaben über ein gesondertes Wahlverfahren enthält, betreffen sie lediglich die Ermittlung der auf das Inland entfallenen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.

75

V. Über die Hilfsanträge zu 2. und 3. hatte der Senat nicht zu befinden. Sie 76
standen unter der innerprozessualen Bedingung, dass der Senat den Hauptan-
trag als unbegründet abweist. Diese Bedingung ist nicht eingetreten.

Gallner

Rinck

Ahrendt

Hayen

Dr. Ronny Schimmer