

**Unternehmerische Mitbestimmung
in grenzüberschreitenden Konzernen**

**Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln**

vorgelegt von

**Michael Nienerza
aus Köln**

Referent: Prof. Dr. Martin Henssler

Korreferent: Prof. Dr. Ulrich Preis

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 2005

Übersicht

§ 1. Gegenstand der Arbeit	1
§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung	3
A. Implikationen der Mitbestimmung.....	3
I. Menschenwürde	4
II. Kapital und Arbeit.....	5
III. Demokratisierung der Wirtschaft.....	5
IV. Machtbindung	6
V. Partizipation, Repräsentation gegenüber Unternehmern	7
B. Stand der Mitbestimmung heute	8
§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern.....	13
A. Betriebliche Mitbestimmung im Konzern	13
B. Unternehmerische Mitbestimmung im Konzern	15
I. Montanmitbestimmungsgesetz	15
II. Drittelbeteiligungsgesetz, BetrVG 1952	16
III. Mitbestimmungsgesetz 1976	17
C. Anwendung der Mitbestimmungsgesetze auf deutsche Unternehmen.....	17
I. Arbeitnehmerzahl	18
II. Gesellschaftsform	18
III. Unternehmenszweck.....	19
D. Verfassungsrechtliche Grenzen unternehmerischer Mitbestimmung.....	20
I. Eigentumsfreiheit	21
II. Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit.....	24
1. Arbeitnehmer im Unternehmensverband - Allgemeine Vereinigungsfreiheit.....	24

2. Koalitionsfreiheit	26
E. Völkerrechtliche Grenzen unternehmerischer Mitbestimmung.....	28
§ 4. Sonstige Formen der Beteiligung der Arbeitnehmer im grenzüberschreitenden Konzern	30
A. Europäische Betriebsräte	30
B. Europäische Aktiengesellschaft	31
C. Richtlinie zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer - „Vredeling-Richtlinie“	34
D. Fünfte gesellschaftsrechtliche (Struktur-) Richtlinie	35
E. Transnationale freiwillige Beteiligungsvereinbarungen	36
§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft	38
A. Begriff der deutschen und ausländischen Gesellschaften und Arbeitnehmer.....	38
B. Deutsche Muttergesellschaft mit ausländischer Tochtergesellschaft und Niederlassungen	40
I. Mitbestimmung in der deutschen Muttergesellschaft.....	40
1. Kollisionsrechtlich anwendbares Mitbestimmungsrecht	40
a. Anknüpfung am Personalstatut der beteiligten Gesellschaften	41
b. Anknüpfung am Arbeitsverhältnis	43
c. Abwägung	45
d. Kollisionsrechtliche Spezialregel und autolimitierte Sachnorm	46
e. Territorialitätsprinzip.....	47
f. Zwischenergebnis	50
2. Subsumtion unter die Mitbestimmungsgesetze	50
a. Ausländische Tochtergesellschaften als „Unternehmen“ im Sinne der Konzerntatbestände	51
b. Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften als Arbeitnehmer im Sinne des Mitbestimmungsrechtes	52

(1). Tatbestand der Mitbestimmungsgesetze	52
(2). Systematik	54
(a). Allgemeine Systematik der Mitbestimmungsgesetze	55
(b). Betriebsverfassungsrechtlicher systematischer Zusammenhang	56
(c). Zwischenergebnis.....	57
(3). Verfassungskonforme Auslegung	57
(a). Verfassungsrechtliche Gebotenheit einer Einbeziehung von Arbeitnehmern in ausländischen Gesellschaften	58
(b). Gleichheitsrechte – Art. 3 GG	60
aa. Art. 3 Abs. 3 GG.....	60
bb. Art. 3 Abs. 1 GG.....	61
(c). Zwischenergebnis.....	62
(4). Europarechtskonforme Auslegung.....	62
(a). Europäisches Primärrecht	63
(b). Europäische Aktiengesellschaft	64
(c). Zwischenergebnis.....	65
(5). Europäische Sozialcharta, Internationaler Sozialpakt.....	65
(6). Teleologische Auslegung	66
(7). Historische Auslegung	68
(8). Gesetzgebungsgeschichte.....	68
(9). Zwischenergebnis	70
(10). Praktikabilität.....	71
(a). Ausgangspunkt.....	71
(b). Wahlverfahren	71
(c). Mögliche Probleme mit Arbeitnehmern aus ausländischen Konzerngesellschaften in deutschen Aufsichtsräten.....	73

(d). Unsicherheiten bei der Durchsetzung der Mitbestimmung im Ausland	75
(e). Unsicherheiten bei der Durchsetzung im Inland.....	76
aa. Verhältnis der Verfahren nach §§ 98, 99 AktG und §§ 21, 22 MitbestG	76
bb. Aktienrechtliches Statusverfahren gemäß §§ 98, 99 AktG	77
cc. Mitbestimmungsrechtliches Verfahren gemäß §§ 21, 22 MitbestG	79
dd. Mitbestimmungsrechtliches Verfahren gemäß § 10I MontanMitbestErgG, DrittelbG	80
(f). Zwischenergebnis	81
c. Ergebnis zur Tatbestandsauslegung.....	81
3. Rechtsfolge Mitbestimmung	81
a. Zählen ohne Wählen?	81
b. Wahlen.....	82
c. Schutz der Arbeitnehmer in ihrer ausländischen Gesellschaft.....	83
d. Abdingbarkeit und Entziehbarkeit der Mitbestimmungsrechte	85
4. Zusammenfassung	86
II. Mitbestimmung in der ausländischen Tochtergesellschaft.....	86
C. Niederlassungen deutscher mitbestimmter Gesellschaften im Ausland	87
I. Kollisionsrechtliche Anwendbarkeit der deutschen Mitbestimmung.....	87
II. Subsumtion unter die Mitbestimmungsgesetze	88
D. Ergebnis	89
§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft.....	91
A. Ausländische Muttergesellschaft mit deutscher Tochtergesellschaft	92
I. Mitbestimmung auf der Ebene der Einzelgesellschaften	92
1. Mitbestimmung auf der Ebene der ausländischen Muttergesellschaft	92
2. Mitbestimmung auf der Ebene der deutschen Tochtergesellschaft.....	93

II. Auswirkungen der Verbindung im internationalen Konzern	93
1. Ausgangspunkt – Faktischer Konzern	93
a. Kollisionsrechtliche Behandlung des internationalen faktischen Konzernes	94
(1). Anknüpfung am Anteilseigentum und Personalstatut	94
(2). Anknüpfung an einem Konzernstatut.....	94
(3). Anknüpfung von den Arbeitnehmern her	97
(4). Zwischenergebnis	97
b. Deutsches Sachrecht - Auswirkung der Konzernverbindung.....	97
c. Zwischenergebnis	99
2. Internationaler Vertragskonzern	99
a. Kollisionsrechtliche Behandlung des internationalen Vertragskonzernes.....	99
b. Deutsches Sachrecht – Auswirkungen der Vertragskonzernverbindung.....	101
(1). Aktiengesellschaften als beherrschte Gesellschaften.....	102
(a). Ausgangslage.....	102
(b). Folgen des internationalen Beherrschungsvertrages.....	103
(aa). § 308 Abs. 3 AktG.....	103
(bb). Teilkonzernmitbestimmung gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG	105
(c). Anpassung des internationalen Vertragskonzern an die Mitbestimmung?	107
aa. Generelle Zulässigkeit des internationalen Beherrschungsvertrages ...	108
bb. Abschluß- und Inhaltskontrolle internationaler Beherrschungsverträge	108
α. Abschlußkontrolle	109
β. Inhaltskontrolle	109
cc. Modifikation der Leitungsmacht im internationalen Sachverhalt	111
dd. Abwägung	112

α. Generelles Verbot von Beherrschungsverträgen	112
β. Beschränkung der Leitungsmacht	113
γ. Abschluß- und Inhaltskontrolle	116
(d). Zwischenergebnis	124
(2). Gesellschaft mit beschränkter Haftung als beherrschte Gesellschaft.....	124
(a). Ausgangslage - Beherrschung einer GmbH durch eine deutsche Obergesellschaft	124
(b). Internationaler Beherrschungsvertrag - Beherrschung einer GmbH durch eine ausländische Obergesellschaft	127
(3). Ergebnis	129
c. Zusammenfassung.....	130
III. Fazit	130
B. Ausländische Gesellschaft mit einer Niederlassung in Deutschland.....	131
C. Ausländische Gesellschaft als Komplementär einer deutschen Kommanditgesellschaft.....	137
I. Mitbestimmung gemäß § 4 MitbestG	137
II. Mitbestimmung gemäß § 5 MitbestG	139
III. Ergebnis	141
§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren	142
A. Ausländische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland.....	143
I. Mitbestimmung in der ausländischen Gesellschaft.....	143
1. Kollisionsrechtliche Vorfrage	143
a. Ausgangspunkt	143
b. Folgen der Rechtsprechung in Sachen <i>Centros</i> , <i>Überseering</i> und <i>Inspire</i> <i>Art</i>	147
c. Mitbestimmungsrechtliche Sonderanknüpfung	149

(1). Keine Diskriminierung	149
(2). Zwingende Allgemeininteressen	150
d. Ergebnis	151
2. Sachrecht	152
3. Zusammenfassung	154
II. Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Konzern	154
1. Zugezogene ausländische Gesellschaft als Tochtergesellschaft	154
2. Ausländische Kapitalgesellschaft als Obergesellschaft.....	155
3. Ausländische Kapitalgesellschaft als Komplementär einer Kommanditgesellschaft.....	156
4. Zusammenfassung	156
B. Deutsche Gesellschaften im Ausland.....	157
I. Kollisionsrechtliche Vorfrage.....	157
II. Sachrecht.....	163
§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft	164
A. Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft	165
I. Verhandlungen zu einer Mitbestimmungsvereinbarung	165
1. Kollisionsrechtliche Vorfrage	165
2. Wahl der besonderen Verhandlungsgremiums	167
a. Wahlberechtigung der Arbeitnehmer im europäischen Konzern	167
b. Wahlberechtigung außereuropäischer Arbeitnehmer	169
c. Zusammenfassung.....	170
3. Funktion des Verhandlungsgremiums	171
II. Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung	171
1. Verhandlungsautonomie von besonderem Verhandlungsgremium und Geschäftsleitung	172

2. Ausschluß der Mitbestimmung durch Mitbestimmungsvereinbarung?	173
3. Ausschluß einzelner Arbeitnehmergruppen von der Mitbestimmung?	175
4. Stimmrechtsbeschränkungen	176
5. Mitbestimmungsfreie Ausschüsse	178
III. Auffangregeln.....	179
IV. Nachverhandlungen.....	182
V. Zusammenfassung	183
B. Mitbestimmung im SE-Konzern.....	184
I. Konzernrecht der SE.....	184
1. Die Europäische Aktiengesellschaft im Faktischen Konzern.....	184
2. Die Europäische Aktiengesellschaft im Vertragskonzern	186
a. Europäische Aktiengesellschaft als abhängige Gesellschaft im Vertragskonzern	186
b. Europäische Aktiengesellschaft als herrschende Gesellschaft im Vertragskonzern	188
3. Zusammenfassung	189
II. Mitbestimmung im Konzern mit von einer Europäischen Aktiengesellschaft abhängigen nationalen Gesellschaften	189
1. Teilkonzernmitbestimmung in Deutschland?	190
2. Anwendbarkeit des § 308 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz AktG?	191
3. Zusammenfassung	194
III. Mitbestimmung im Konzern mit einer faktisch abhängigen Europäischen Aktiengesellschaft.....	194
1. Europäische Aktiengesellschaft als Tochter einer Europäischen Aktiengesellschaft.....	194
2. Europäische Aktiengesellschaft als Tochter einer deutschen Gesellschaft	195
a. Mitbestimmung in der abhängigen Europäischen Aktiengesellschaft.....	196

b. Mitbestimmung in der deutschen Obergesellschaft	197
3. Zusammenfassung	198
§ 9. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	199
A. Mitbestimmung im grenzüberschreitenden Konzern mit deutscher Muttergesellschaft	199
B. Mitbestimmung im grenzüberschreitenden Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft	200
C. Mitbestimmung in Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren.....	201
D. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft	202
§ 10. Schluß	204

Literaturverzeichnis

Altmeyden, Holger,

- Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH, NJW 2002, 321 ff.
- Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften, NJW 2004, 97 ff.

Ansary, Tuğrul, „Gast“-Gesellschaften, Festschrift für *Murad Ferid*, München, 1978, S. 3 ff.

Assmann, Heinz-Dieter, Zur Reform des Vollmachtsstimmrechts der Banken nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG-E), AG 1997, August-Sonderheft, S. 100 ff.

Auffarth, Fritz, Betriebsverfassung und Auslandsbeziehungen, Festschrift für *Marie Luise Hilger* und *Hermann Stumpf*, S. 31 ff., München, 1983.

Badura, Peter / Rittner, Fritz / Rüthers, Bernd, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, Gemeinschaftsgutachten, München, 1977.

Badura, Peter, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, München, 1985.

Bärwaldt, Roman / Schabacher, Joachim, Wirksamkeitserfordernisse grenzüberschreitender Unternehmensverträge i.S.d. § 291 AktG, AG 1998, 182 ff.

Basedow, Jürgen, Wirtschaftskollisionsrecht, *RabelsZ* 52 (1988), 8 ff.

Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred, GmbH-Gesetz, 17. Auflage, München, 2000.

Baums, Theodor / Randow, Philipp von, Der Markt für Stimmrechtsvertreter, AG 1995, 145 ff.

Baums, Theodor, Vollmachtsstimmrecht der Banken - Ja oder Nein?, AG 1996, 11 ff.

Bayer, Walter,

- Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, Heidelberg, 1988.

- Zulässige und unzulässige Einschränkungen der europäischen Grundfreiheiten im Gesellschaftsrecht, BB 2002, 2289 ff.
- Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003, 2357 ff.
- Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, BB 2004, 1 ff.
- Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit nach den EuGH-Entscheidungen Inspire Art und Überseering auf die deutsche Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 534 ff.

Bayer, Wilhelm, Der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 1977, 173 ff.

Beinert, Jörg / Hennerkes, Brun-Hagen / Binz, Karlheinz, Die GmbH & Co. - ein mitbestimmungspflichtiger In-sich-Konzern?, DB 1979, 68 ff.

Beitzke, Günther, Normenkollision im Arbeitsrecht, DB 1958, 224 ff.

Bellstedt, Christoph, Der territoriale Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, BB 1977, 1326 ff.

Bender, Karl, Das Mitbestimmungsrecht in der Stahlholding, NJW 1953, 1493 ff.

Bernhardt, Wolfgang, Deutsche (Unternehmens-)Mitbestimmung zwischen Wünschen und Wirklichkeit, BB 2004, 2480 ff.

Bernstein, Herbert/ Koch, Harald, Internationaler Konzern und deutsche Mitbestimmung, ZHR 143 (1979), 522 ff.

Betz, Joachim, Die Repräsentation der leitenden Angestellten und Arbeitnehmervertreter bei Aventis, Special zu BB 2005 Nr. 1 zu Heft 2, S. 28 ff.

Beuthien, Volker, Mitbestimmungsvereinbarungen nach geltendem und künftigem Recht, ZHR 148 (1984), 95 ff.

Binz, Mark / Mayer, Gerd, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG im Aufwind?, GmbHR 2003, 249 ff.

Birk, Rolf,

- Mitbestimmung und Kollisionsrecht, RIW/AWD 1975, 589 ff.
- Rechtliche Aspekte multinationaler Unternehmen in *Birk, Rolf / Tietmeyer, Hans*, Zur Problematik multinationaler Unternehmen, Paderborn, 1976, S. 29 ff.
- Betriebszugehörigkeit bei Auslandstätigkeit, Sozialpartnerschaft in der Bewährung, Festschrift für *Karl Molitor*, München, 1988.

Bitter, Georg, Das „TBB“-Urteil und das immer noch vergessene GmbH-Vertragskonzernrecht, ZIP 2001, 265 ff.

Blanpain, Roger, Representation of Employees at the Level of the Enterprise and the EEC, RdA 1992, 127 ff.

Blanquet, Françoise, Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea „SE“), ZGR 2002, 20 ff.

Blume, Otto, Der Einfluß der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten der deutschen Industrie, Festschrift für *Wilfried Schreiber*, Berlin, 1969, S. 235 ff.

Boettcher, Erik / Hax, Karl / Kunze, Otto / Nell-Breuning, Oswald von, Ortlieb, Heinz-Dietrich / Preller, Ludwig, Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, Berlin, 1968.

Boewer, Dietrich / Gaul, Björn / Otto, Björn, Zweites Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat und seine Auswirkungen auf die GmbH, GmbHR 2004, 1065 ff.

Boldt, Gerhard,

- Das Mitbestimmungsrecht in Eisen und Kohle, RdA 1951, 169 ff.
- Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Organen der Holding-Gesellschaften der Montanindustrie, BB 1953, 893 ff.

Borges, Georg, Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz, ZIP 2004, 733 ff.

Brandes, Stephan, Cross Border Merger mittels der SE, AG 2005, 177 ff.

Brandt, Ulrich, Ein Überblick über die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland, Special zu BB 2005 Nr. 2 zu Heft 8, S. 1 ff.

Bungert, Hartwin, Besprechung zu *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, WM 1997, 2233 ff.

Buxbaum, Richard, Back to the Future? From „Centros“ to the „Überlagerungstheorie“, Festschrift für *Otto Sandrock*, S. 149 ff., Heidelberg, 2000

Clemm, Hermann, Die Grenzen der Weisungsfolgepflicht des Vorstands der beherrschten AG bei bestehendem Beherrschungsvertrag, ZHR 141 (1977), 197 ff.

Conan, Jean, Arbeitnehmervertretung im Total-Konzern, Special zu BB 2005 Nr. 1 zu Heft 2, S. 30 ff.

Däubler, Wolfgang,

- Grundprobleme des internationalen Arbeitsrechtes, AWD/RIW 1972, 1 ff.
- Das Grundrecht auf Mitbestimmung, Frankfurt am Main, 3. unveränderte Auflage (1975) der Erstausgabe von 1973.
- Mitbestimmung und Betriebsverfassung im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 39 (1975), 444 ff.
- Die multinationalen Kooperationen im internationalen Arbeitsrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 18, 1978, S. 263 ff.

Dreher, Meinrad, Die Sprache des Aufsichtsrates, Festschrift für *Marcus Lutter*, Köln, 2000, S. 357 ff.

Dubovizkaja, Elena, „Überseering“-Rechtsprechung: Gerichtliche Klarstellung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, GmbHR 2003, 694 ff.

Duden, Konrad, Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz, ZHR 141 (1977) 145 ff.

Ebenroth, Carsten Thomas / Eyles, Uwe, Die Beteiligung ausländischer Gesellschaften an einer inländischen Kommanditgesellschaft, DB Beilage 2/88.

Ebenroth, Carsten Thomas / Hopp, Torsten-Tankmar, Die ausländische Kapitalgesellschaften KG, JZ 1989, 883 ff.

Ebenroth, Carsten-Thomas / Auer, Thomas, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG - ein Beitrag zur Zulässigkeit grenzüberschreitender Typenvermischung, DNotz 1990, 139 ff.

Ebenroth, Carsten-Thomas / Offenloch, Thomas, Kollisionsrechtliche Untersuchung grenzüberschreitender Ausgliederungen, RiW 1997, 1 ff.

Ebenroth, Carsten-Thomas / Sura, Achim, Transnationale Unternehmen und deutsches Mitbestimmungsgesetz, ZHR 144 (1980), 610 ff.

Ebenroth, Carsten-Thomas / Wilken, Oliver, Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrechtsrecht, Teil 3, JZ 1991, 1116 ff.

Ebenroth, Carsten-Thomas, Konzernbildungs- und Konzernleitungskontrolle – Ein Beitrag zu den Kompetenzen von Vorstand und Hauptversammlung, Konstanz, 1987.

Ebert, Sabine, Die sachrechtliche Behandlung einer GmbH mit ausländischem Verwaltungssitz, NZG 2002, 937 ff.

Ebke, Werner,

- Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG“ und das europäische Gemeinschaftsrecht, ZGR 1987, 245 ff.
- Die Würfel sind gefallen: Die Sanktionen der Sitztheorie sind europarechtswidrig!, BB 2003, 1 ff.

Efferink, Harm van / Ebert, Sabine / Levedag, Christian, Die zugezogene niederländische B.V. als Rechtsformalternative zur deutschen GmbH für in- und ausländische Investoren in Deutschland, GmbHR 2004, 880 ff.

Eidenmüller, Horst,

- Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233 ff.
- Anmerkung zu BGH 13.03.2003 - VII ZR 370/98 (Überseering), JZ 2003, 525 ff..

Eidenmüller, Horst, / Rehm, Gebhard, Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 2004, 159 ff.

Einsele, Dorothee, Kollisionsrechtliche Behandlung des Rechts verbundener Unternehmen, ZGR 1996, 40 ff.

Emde, Raimond, Anmerkung zu BGH 01.07.2002 - II 380/00, EWIR 2002, 971 ff.

Emmerich, Volker / Habersack, Mathias, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2. Auflage, München, 2001.

Emmerich, Volker / Sonnenschein, Jürgen / Habersack, Mathias, Konzernrecht, 7. Auflage, München, 2001.

Erdmann, Ulrich, Ausländische Staatsangehörige in Geschäftsführungen und Vorständen deutscher GmbHs und AGs, NZG 2002, 503 ff.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. von *Thomas Dietrich, Peter Hanau* und *Günter Schaub*, 3. Auflage, München, 2003.

Eynern, Gert von, Tarifautonomie trotz Mitbestimmung?, Festschrift für *Helmut Arndt*, Berlin, 1976, S. 37 ff.

Fabricius, Fritz (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, Neuwied, 1977 (zit. GK-MitbestG).

Fechner, Erich, Die Treubindung des Aktionärs, Weimar, 1942.

Feddersen, Dieter, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge über die Grenze, in Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, hrsg. von *Uwe Schneider*, Frankfurt am Main, 1989.

Fitting, Karl / Kaiser, Heinrich / Heither, Friedrich / Engels, Gerd / Schmidt, Ingrid, Betriebsverfassungsgesetz, 21. Auflage, München, 2002 (zit. *Fitting*).

Fitting, Karl / Wlotzke, Otfried / Wißmann, Hellmut, Mitbestimmungsgesetz mit Wahlordnungen, 2. Auflage, München, 1978 (zit. *Fitting/Wlotzke/Wißmann*).

Fleischer, Holger, Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, 1 ff.

Forsthoff, Ulrich, EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht, DB 2002, 2471 ff.

Franzen, Martin, Niederlassungsfreiheit, internationales Gesellschaftsrecht und Unternehmensmitbestimmung, RdA 2004, 257 ff.

Fuchs, Harald / Köstler, Roland, Handbuch zur Aufsichtsratswahl, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 2001.

Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, hrsg. von *Kraft, Alfons / Wiese, Günther / Kreutz, Peter*, 7. Auflage, Neuwied, 2002 (zit. *Bearbeiter* in GK-BetrVG).

Geßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang, Aktiengesetz, Band II §§ 76-147, München, 1973

Geyerhalter, Volker / Gänßler, Peggy, Perspektiven nach „Überseering“ - wie geht es weiter?, NZG 2003, 409 ff.

Götz, Jürgen,

- Unternehmerische Mitbestimmung in der multinationalen Holdinggesellschaft, AG 2002, 552 ff.
- Corporate Governance multinationaler Konzerne und deutsches Unternehmensrecht, ZGR 2003, 1 ff.

Göz, Philipp, Statusverfahren bei Änderungen in der Zusammensetzung des Aufsichtsrates, ZIP 1998, 1523 ff.

Grassmann, Günther,

- Internationale Probleme der Mitbestimmung, ZGR 1973, 317 ff.
- Die paritätische Mitbestimmung, DB Beil 21/75.

Grobys, Marcel,

- Das geplante Umsetzungsgesetz zur Beteiligung von Arbeitnehmern in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2004, 779 ff.
- SE-Betriebsrat und Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, NZA 2005, 84 ff.

Großfeld, Bernhard / Erlinghagen, Susanne, Internationales Unternehmensrecht und deutsche unternehmerische Mitbestimmung, JZ 1993, 217 ff.

Großfeld, Bernhard / Johannemann, Ulf, Mitbestimmter Aufsichtsrat bei ausländischer Konzernspitze, IPRax 1994, 271 ff.

Großfeld, Bernhard / Kötter, Barbara, Zum Internationalen Privatrecht des Gleichordnungskonzerns, IPRax 1983, 60 ff.

Großfeld, Bernhard / Strotmann, Christian, Ausländische juristische Personen aus Nicht-EG-Staat als Komplementär einer KG, IPRax 1990, 298 ff.

Großfeld, Bernhard,

- Multinationale Unternehmen als Regelungsproblem, AG 1975, 1 ff.
- Die „ausländische juristische Person & Co. KG“, IPRax 1986, 351 ff.
- Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, Heidelberg, 2. Auflage, 1995 (zit. Unternehmensrecht).

Großkommentar Aktiengesetz, hrsg. von *Klaus J. Hopt* und *Herbert Wiedemann*, 12.Lieferung, Mitbestimmungsgesetz, bearbeitet von *Hartmut Oetker*, Berlin, 1999 (zit. GK-AktG).

Großmann, Adolf, Die GmbH & Co. KG im Spannungsfeld zwischen § 4 und § 5 Mitbestimmungsgesetz, BB 1976, 1391 ff.

Grothe, Helmut, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co, Köln, 1988.

Gruber, Johannes / Weller, Marc-Philippe, Societas Europaea: Mitbestimmung ohne Aufsichtsrat?, NZG 2003, 297 ff.

Habersack, Mathias,

- Das Konzernrecht der „deutschen“ SE, ZGR 2003, 724 ff.
- Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel- Bemerkungen zum Aktionsplan der EG-Kommission betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechts und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union, NZG 2004, 1 ff.

Halbhuber, Harald, Das Ende der Sitztheorie als Kompetenztheorie - Das Urteil des Europäischen Gerichts in der Rechtssache C-208/00 (Überseering), ZEuP 2003, 418 ff.

Halen, Curt Christian von,

- Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH, Heidelberg, 2001.
- Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH, WM 2003, 571 ff.

Hanau, Peter / Ulmer, Peter, Mitbestimmungsgesetz, München, 1981.

Hanau, Peter / Wackerbarth, Ulrich, Mitbestimmung im Telkonzern mit abhängiger KG oder KGaA, Festschrift für *Marcus Lutter*, Köln, 2000, S. 425 ff.

Hanau, Peter,

- Das Verhältnis des Mitbestimmungsgesetzes zum kollektiven Arbeitsrecht, ZGR 1977, 397 ff.
- Die arbeitsrechtliche Bedeutung des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichts, ZGR 1979, 524 ff.
- Sicherung unternehmerischer Mitbestimmung, insbesondere durch Vereinbarung, ZGR 2001, 75 ff.

Heinze, Meinhard, Die Europäische Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 66 ff.

Henssler, Martin,

- Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin, 1983.

- Die Unternehmensmitbestimmung, Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof hrsg. von *Claus-Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt, Claus Roxin, Karsten Schmidt, Gunter Widmaier*, München, 2000, S. 387 ff.
- Mitbestimmungsrechtliche Konsequenzen einer Sitzverlegung innerhalb der Europäischen Union, Festschrift für *Meinhard Heinze*, München, 2005, S. 333 ff.
- Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung* - Reformdruck durch Internationalisierung der Wirtschaft, RdA 2005, 330 ff.

Henze, Hartwig, Gesichtspunkte des Kapitalerhaltungsgebotes und seiner Ergänzung im Kapitalgesellschaftsrecht in der Rechtsprechung des BGH, NZG 2003, 649 ff.

Herfs-Röttgen, Ebba, Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2002, 358 ff.

Hessel, Philipp, Um die Mitbestimmung in den Montan-Holding-Gesellschaften, BB 1953, 895 ff.

Hirsch, Alexander / Britain, Richard, Artfully Inspired – Werden deutsche Gesellschaften englisch?, NZG 2003, 1100 ff.

Hirte, Heribert, Die europäische Aktiengesellschaft, NZG 2002, 1 ff.

Hoffmann-Becking, Michael,

- Gelöste und ungelöste Fragen zum Unternehmensvertrag der GmbH, WiB 1994, 57 ff.
- Organe: Strukturen und Verantwortlichkeiten, insbesondere im monistischen System, ZGR 2004, 355 ff.

Hommelhoff, Peter,

- Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, 119 ff.
- Vereinbarte Mitbestimmung, ZHR 148 (1984), 118 ff.
- Das Unternehmensrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, Festschrift für *Marcus Lutter*, S. 95 ff., Köln, 2000.

- Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2001, 279 ff.
- Zum Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2003, 179 ff.

Hopt, Klaus, Aktionärskreis und Vorstandsneutralität, ZGR 1993, 535 ff.

Hoyningen-Huene, Gerrick von, Unterrichtung des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH, BB 2001, 529 ff.

Hueck, Alfred / Nipperdey, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2, 2. Halbband, 7. Auflage, Berlin, 1970.

Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 5. Auflage, München, 2002.

Huke, Rainer / Prinz, Thomas, Das Drittelbeteiligungsgesetz löst das Betriebsverfassungsgesetz 1952 ab, BB 2004, 26 ff.

Ihrig, Hans-Christoph / Schlitt, Michael, Vereinbarungen über eine freiwillige Einführung oder Erweiterung der Mitbestimmung, NZG 1999, 333 ff.

Ihrig, Hans-Christoph / Wagner Jens, Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) auf der Zielgeraden, BB 2004, 1749 ff.

Immenga, Ulrich, Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?, ZHR 140 (1976), 301 ff.

Isensee, Josef, Wirtschaftsdemokratie - Wirtschaftsgrundrechte - Soziale Gewaltenteilung, Verfassungsrechtliche Aspekte der unternehmerischen Mitbestimmung, Der Staat, 1978, 161 ff.

Jacklofsky, Swantje, Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsamt, Berlin, 2001.

Jaacks, Jörg / Schöborn, Christoph Ansgar, Die Europäische Aktiengesellschaft, das International und das deutsche Konzernrecht, RIW 2003, 254 ff.

Jahn, Andreas / Herfs-Röttgen, Ebba, Die Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea, DB 2001, 631 ff.

Junker, Abbo,

- Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen, 1992 (Habil.).
- Sechundsiebzig verweht - Die deutsche Mitbestimmung endet in Europa, NJW 2004, 728 ff.

Kaligin, Thomas, Das internationale Gesellschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, DB 1985, 1449 ff.

Kallmeyer, Harald,

- Tragweite des Überseering-Urteils des EuGH vom 5.11.2002 zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung, DB 2002, 2521 ff.
- Europa-AG: Strategische Optionen für deutsche Unternehmen, AG 2003, 197 ff.
- Das monistische System in der SE mit Sitz in Deutschland, ZIP 2003, 1531 ff.
- Die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft, ZIP 2004, 1142 ff.

Kämmerer, Jörn Axel / Veil, Rüdiger, Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung in der monistischen Societas Europaea - ein verfassungsrechtlicher Irrweg?, ZIP 2005, 369 ff.

Kamp, Marcus, Die unternehmerische Mitbestimmung nach „Überseering“ und Inspire Art“, BB 2004, 1496 ff.

Kegel, Gerhard / Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht, 8. Auflage, München, 2000.

Kempen, Otto Ernst, Das Rechtsverhältnis zwischen den Belegschaftsvertretern und den Gewerkschaften im Arbeitskampf, NZA 2005, 185 ff.

Kersting, Christian, Rechtswahlfreiheit im Europäischen Gesellschaftsrecht nach Überseering, NZG 2003, 9 ff.

Kieninger, Eva-Maria, Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit, ZGR 1999, 725 ff.

Kieninger, Eva-Maria, Niederlassungsfreiheit und Rechtswahlfreiheit, ZGR 1999, 724 ff.

Kindler, Peter,

- Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? - Die „Überseering“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW 2003, 1073 ff.
- „Inspire Art“ – Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2003, 1086 ff.

Kleinsorge, Georg, Europäische Gesellschaft und Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, RdA 2002, 343 ff.

Klocke, Detlev, Deutsches Konzernkollisionsrecht und seine Substitutionsprobleme, Baden-Baden, 1974.

Kloster, Lars, Societas Europaea und europäische Unternehmenszusammenschlüsse, EuZW 2003, 293 ff.

Klückers, Rolf, Problemfälle der Arbeitnehmerzurechnung auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG, Wesel, 1978.

Knobbe-Keuk, Brigitte, Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 1990, 325 ff.

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Band 2, §§ 76-117 AktG und Mitbestimmung im Aufsichtsrat, Köln u.a., 1996.

Konzen, Horst,

- Paritätische Mitbestimmung im Montanbereich, AG 1982, 289 ff.
- Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co KG, NJW 1989, 2977 ff.

Koppensteiner, Hans-Georg, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, Frankfurt am Main, 1971 (Habil.).

Kort, Michael,

- Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, Köln, 1986.

- Betriebsverfassungsrecht als Unternehmensrecht? Das Verhältnis von § 3 BetrVG n.F. zum Gesellschaftsrecht, AG 2003, 13 ff.

Köstler, Roland, Die Mitbestimmung in der SE, ZGR 2003, 800 ff.

Kötter, Hans-Wilhelm, Zur Problematik einer Einführung der Montan-Mitbestimmung bei Holdinggesellschaften, RdA 1954, 161 ff.

Kraushaar, Martin,

- Die Zukunft der Mitbestimmung im Spannungsfeld privater und öffentlicher Standortpolitik, Special zu BB 2005 Nr. 1 zu Heft 2, S. 14 ff.
- Mitbestimmung als Umsetzung von Corporate-Governance-Prinzipien, Special zu BB 2005 Nr. 1 zu Heft 2, S. 16 ff.

Kronke, Herbert, Grenzüberschreitende Personengesellschaftskonzerne - Sachnormen und Internationales Privatrecht, ZGR 1989, 473 ff.

Kropff, Bruno, Der GmbH-Beherrschungsvertrag: Voraussetzung für den Vorrang von Konzerninteressen?, Festschrift für *Johannes Semler*, S. 517 ff., Berlin, 1993.

Kübler, Friedrich / Schmidt, Walter / Simitis, Spiros, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe, Zur Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes 1976, Baden-Baden, 1978.

Kübler, Friedrich, Leitungsstrukturen der Aktiengesellschaft und Umsetzung des SE-Statutes, ZHR 2003, 222 ff.

Kunze, Otto, Wirtschaftliche Mitbestimmung als Legitimationsproblem, Karlsruhe, 1970.

Lange, Oliver, Überlegungen zur Umwandlung einer deutschen in eine Europäische Aktiengesellschaft, EuZW 2003, 301 ff.

Lange, Werner, Der grenzüberschreitende Vertragskonzern der Personenhandelsgesellschaften, IPRax 1998, 438 ff.

Lehmann, Jürgen, Kritische Anmerkungen zum geänderten Vorschlag für eine Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (Vredeling-Richtlinie), RdA 1984, 160 ff.

Leible, Stefan / Hoffmann, Jochen,

- „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925 ff.
- „Überseering“ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht, ZIP 2003, 925 ff.

Luchterhandt, Hans-Friedrich, Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen, Stuttgart, 1971.

Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter, GmbH-Gesetz, 15. Auflage, Köln, 2000.

Lutter, Marcus,

- Korreferat zu *Bayer*, Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 1977, 173 ff, 195 ff.
- Mitbestimmungsprobleme im internationalen Konzern, Festschrift für *Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, S. 251 ff.
- Organzuständigkeit im Konzern, Festschrift für *Walter Stimpel*, S. 825 ff., Berlin, 1985.
- Europäischen Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?, BB 2002, 1 ff.
- „Überseering“ und die Folgen, BB 2003, 7 ff.

Lux, Hans-Joachim, Die Einheit der Arbeitnehmervertreterwahl nach dem Mitbestimmungsgesetz, BB 1977, 905 ff.

Mankowski, Peter, Anmerkung zu OLG Stuttgart - 30.03.1995 - 8 W 355/93, ZIP 1995, 1006 ff.

Martens, Klaus Peter,

- Mitbestimmung, Konzernbildung und Gesellschaftereinfluß, ZHR 138 (1974), 179 ff.
- Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes, AG 1976, 113 ff.

- Das aktienrechtliche Statusverfahren und der Grundsatz der Amtskontinuität, DB 1978, 1065 ff.
- Das Bundesverfassungsgericht und das Gesellschaftsrecht, ZGR 1979, 493 ff.

Maul, Silja,

- Die faktisch abhängige AG (Societas Europaea) im Schnittpunkt zwischen deutschem und europäischem Recht, München, 1998.
- Gerichtsstände und Vollstreckungsfragen bei konzernrechtlichen Ansprüchen gegenüber einem herrschenden Unternehmen im EG-Ausland, AG 1998, 404 ff.
- Konzernrecht der „deutschen“ AG – Ausgewählte Fragen zum Vertragskonzern und den faktischen Unternehmensverbindungen, ZGR 2003, 743 ff.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter, Grundgesetz, Loseblatt, München, Lieferungen 1-42.

Mayer, Udo, Paritätische Mitbestimmung und Völkerrecht, Gewerkschaftliche Monatshefte 1974, 771 ff.

Meesen, Mathias, Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1979, 833 ff.

Meilicke, Heinz / Meilicke, Wienand, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz 1976, Heidelberg, 1976.

Meilicke, Wienand, Die Niederlassungsfreiheit nach „Überseering“, GmbHR 2003, 793 ff.

Merkt, Hanno, Die Gründungstheorie gewinnt an Einfluß, RIW 2003, 458 ff.

Mertens, Hans-Joachim,

- Über politische Argumente in der verfassungsrechtlichen Diskussion der paritätischen Mitbestimmung, RdA 1975, 89 ff.
- Zur Gültigkeit von Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 1982, 141 ff.

Möller, Thomas, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht contra arbeitnehmerrechtliche Mitbestimmung, NZG 2003, 697 ff.

- Möllers,, Thomas M.J.*, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht contra arbeitnehmerrechtliche Mitbestimmung - Der aktive Streikaufruf durch Frank Bsirske, NZG 2003, 697 ff.
- Mülbert, Peter*, Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht, ZHR 163 (1999), 1 ff.
- Müller, Gerhard*, Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979, DB Beil. 5/79.
- Müller-Bonanni, Thomas / Beauregard, Paul Melot de*, Mitbestimmung in der Societas Europaea, GmbHR 2005, 195 ff.
- Müller-Bonanni, Thomas*, Unternehmensmitbestimmung nach „Überseering“ und „Inspire Art“, GmbHR 2003, 1235 ff.
- Müller-Driver, Andreas*, Grenzüberschreitende Restrukturierungen von Kapitalgesellschaften zwischen Deutschland und England, Frankfurt am Main, 2002.
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, 2. Auflage, München, 1999.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3, herausgegeben von *Reinhard Richardi* und *Otfried Wlotzke*, 2. Auflage, München, 2000.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 8, §§ 278 – 328, hrsg. von *Bruno Kropff* und *Johannes Semler*, 2. Auflage, München, 2000.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
- 2. Auflage, Band 7, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Internationales Privatrecht, hrsg. von *Hans Jürgen Sonnenberger*, München, 1990 (zit. *Bearbeiter* in MüKo²).
 - 3. Auflage, Band 11, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50-237), München, 1999 (zit. *Bearbeiter* in MüKo³).
- Naendrup, Peter-Hubert*, Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern in mitbestimmten Aufsichtsräten, AuR 1979, 161 ff., 204 ff.

Nagel, Bernhard / Riess, Birgit / Rüb, Stefan / Beschorner, Andreas, Information und Mitbestimmung im internationalen Konzern, 1996.

Nagel, Bernhard, Die Europäische Aktiengesellschaft (AG) in Deutschland - der Regierungsentwurf zum AG-Einführungsgesetz, NZG 2004, 833 ff.

Natzel, Benno, Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, DB 1957, 1021 f.

Neumayer, Karl Heinz,

- Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel, Festschrift für *Hans Dölle*, Tübingen, 1963, Bd. II S. 179 ff.
- Betrachtungen zum internationalen Konzernrecht, ZvglRWiss 83 (1984), 129 ff.

Neye, Hans-Werner / Teichmann, Christoph, Der Entwurf für das Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2003, 169 ff.

Neye, Hans-Werner,

- Kein neuer Stolperstein für die Europäische Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 377 ff.
- Kurzkomentar zu EuGH 05.11.2002 - Rs C-208/00 - „Überseering“, EWIR 2002, 1003 f.
- Der Gesetzentwurf zur Einführung der Europäischen Gesellschaft vor den Ausschlußberatungen im Deutschen Bundestag, BB 2004, 1973 ff.

Nikisch, Arthur, Arbeitsrecht, Band III, 2. Auflage, Tübingen, 1966.

Niklas, Thomas, Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (AG) - Umsetzung in Deutschland, NZA 2004, 1200 ff.

Oechsler, Jürgen, Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft nach Art. 8 AG-AG, AG 2005, 373 ff.

Oetker, Hartmut,

- Der Anwendungsbereich des Statusverfahrens nach den §§ 97 ff. AG, ZHR 149 (1985), 575 ff.

- Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft (AG) unter besonderer Berücksichtigung der leitenden Angestellten, Special zu BB 2005 Nr. 1 zu Heft 2, S. 2 ff.
- Unternehmensmitbestimmung in der rechtspolitischen Diskussion - Ein Zwischenbericht, RdA 2005, 337 ff.

Oplustil, Krzysztof / Schneider, Maximilian, Zur Stellung der Europäischen Aktiengesellschaft im Umwandlungsrecht, NZG 2003, 13 ff.

Paefgen, Walter, Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht, WM 2003, 561 ff.

Papier, Hans-Jürgen,

- Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts - Eine kritische Würdigung aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZGR 1979, 444 ff.
- Unternehmerische Freiheit und soziale Verantwortung heute, RdA 1989, 137 ff.

Peltzer, Martin,

- Die Vertretung der Aktionäre in Hauptversammlungen von Publikumsgesellschaften, AG 1996, 26 ff.
- Empfehlen sich gesetzliche Regeln zur Einschränkung des Einflusses der Kreditinstitute auf Aktiengesellschaften?, JZ 1996, 842 ff.

Peus, Egon, Die Praxis privatautonomer Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 1982, 206 ff.

Picot, Gerhard / Land, Volker, Der internationale Unternehmenskauf, DB 1998, 1601 ff.

Pipkorn, Jörn,

- Die Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmer aufgrund der Kommissionsvorschläge der Strukturrichtlinie und der Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, ZGR 1985, 567 ff.
- Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich des Arbeitsrechts, NZA Beilage 3/1986 S. 2 ff.

- Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmen auf europäischer Grundlage, RdA 1992, 120 ff.

Pluskat, Sorika, Die neuen Vorschläge für die Europäischen Aktiengesellschaft, EuZW 2001, 524 ff.

Prager, Matthias, Grenzen der deutschen Mitbestimmung (inklusive Betriebsverfassung) im deutsch-schweizerischen Unternehmensrecht, Zürich, 1979.

Prühs, Hagen, Gesellschaftsrechtliche Probleme internationaler Unternehmen, AG 1973, 395 ff.

Püttner, Günter, Mitbestimmung über Verträge und Verfassungsrecht, BB 1987, 1122 ff.

Raiser, Thomas,

- Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 1977, 1461 ff.
- Das Unternehmen in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichtes, JZ 1979, 489 ff.
- Mitbestimmungsvereinbarungen de lege ferenda, Festschrift für *Winfried Werner*, S. 681 ff., Berlin, 1984.
- Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Auflage, 2001.
- Mitbestimmungsgesetz, 4. Auflage, Berlin, 2002.

Ratka, Thomas, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften, Wien, 2002.

Rehberg, Markus, Die mißbräuchliche Verkürzung der unternehmerischen Mitbestimmung durch die Societas Europaea, ZGR 2005, 859 ff.

Rehbinder, Eckard,

- Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts aus unternehmensrechtlicher Sicht, ZGR 1979, 471 ff.
- Sitzverlegung ins Inland und Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen, Anm. zu OLG Nürnberg 07.06.1984 – 8 U 111/84 – IPRax 1985, 324 und 342 f.

Reich, Norbert / Lewerenz, Karl-Jochen,

- Das neue Mitbestimmungsgesetz, AuR 1976, 261 ff.
- Das neue Mitbestimmungsgesetz, AuR 1976, 353 ff.

Reichert, Jochem / Brandes, Stephan, Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der AG: Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz, ZGR 2003, 767 ff.

Reuter, Michael, Zur internationalen Reichweite der Mitbestimmung im Unternehmen, Simmern, 1988.

Richardi, Reinhard,

- Die Bedeutung des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979 für die Arbeitsrechtsordnung, AöR 1979 (104), 546 ff.
- Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 8. Auflage, München, 2002 (zit. Bearbeiter in *Richardi*).

Rittner, Fritz,

- Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AG 1965, Festschrift für *Ernst Geßler*, S. 139 ff., München, 1971.
- Die werdende juristische Person, Tübingen, 1973.
- Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AG 1965, AG 1973, 113 ff. (überarbeitete Fassung des Festschriftbeitrages)

Rosendahl, Hans, Unternehmensumgliederungen und ihre Auswirkungen auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, AG 1985, 325 ff.

Roth, Günter, Qualität und Preis am Markt für Gesellschaftsformen, ZGR 2005, 348 ff.

Rüb, Stefan, Weltbetriebsräte und andere Formen weltweiter Arbeitnehmervertretungsstrukturen in transnationalen Konzernen, Arbeitspapier 27 der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf, 2000.

Rüfner, Wolfgang, Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 19 Abs. 3 des Grundgesetzes, AöR Bd. 89 (1964), 261 ff.

Ruzik, Andy, Zum Streit über den Streik - Aufsichtsratsmandat und Gewerkschaftsführung im Arbeitskampf, NZG 2004, 455 ff.

Säcker, Franz Jürgen,

- Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, München, 1978.
- Mitbestimmung und Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG), RdA 1979, 380 ff.
- Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, AG 2004, 180 ff.
- Corporate Governance und Europäisches Gesellschaftsrecht - Neue Wege in der Mitbestimmung, BB 2004, 1462 ff.

Sandrock, Otto,

- Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie, BB 1999, 1337 ff.
- Gehören die deutschen Regelungen über die Mitbestimmung auf Unternehmensebene wirklich zum deutschen *ordre public*?, AG 2004, 57 ff.

Schanze, Erich / Jüttner, Andreas,

- Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften – Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering-Entscheidung des EuGH, AG 2003, 30 ff.
- Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“, AG 2003, 661 ff.

Schindler, Clemens, Philipp, Die Europäische Aktiengesellschaft, Wien, 2002.

Schmidt, Karsten,

- Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis, ZGR 1999, 20 ff.
- Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH - Bemerkungen zum „Bremer Vulkan“-Urteil des BGH vom 17. 9. 2001, NJW 2001, 3577 ff.
- Macrotron oder: weitere Ausdifferenzierung des Aktionärsschutzes durch den BGH, NZG 2003, 601 ff.

Schmidt, Reiner, Das Mitbestimmungsgesetz auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, Der Staat, 1980, 235 ff.

Schneider, Uwe, Korreferat zu *Zöllner*, GmbH und GmbH & Co KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, 319 ff., 335 ff.

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 1, bearbeitet von *Georg Crezelius, Volker Emmerich, Hans-Joachim Priester, Karten Schmidt, Uwe Schneider, Klaus Tiedemann, Harm Peter Westermann und Heinz Winter*, 9. Auflage, Köln, 2000.

Scholz, Rupert, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, Berlin, 1974.

Schubert, Mathias, Unternehmensmitbestimmung und international Wirtschaftsverflechtung, Hamburg, 1984.

Schulz, Martin, (Schein-) Auslandsgesellschaften in Europa - Ein Schein-Problem?, NJW 2003, 2705 ff.

Schulze-Osterloh, Besprechung zu *Wilhelm, Herrmann*, Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages (1976), ZHR 142 (1978), 519 ff.

Schwark, Eberhard,

- Zum DGB-Entwurf eines Mitbestimmungsgesetzes 1982, AG 1983, 303 ff.
- Globalisierung, Europarecht und Unternehmensmitbestimmung im Konflikt, AG 2004, 173 ff.

Schwarz, Günter Christian, Europäisches Gesellschaftsrecht, Baden-Baden, 2000.

Seibt, Christoph,

- Drittelbeteiligungsgesetz und Fortsetzung der Reform des Unternehmensmitbestimmungsrechts - Analyse des Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, NZA 2004, 767 ff.
- Privatautonome Mitbestimmungsvereinbarungen: Rechtliche Grundlagen und Praxis-hinweise, AG 2005, 413 ff.

Siehr, Kurt, Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht, RabelsZ 37 (1973), 466 ff.

Sigle, Walter, Zur Mitbestimmung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG, Festschrift für *Martin Pletzer*, Köln, 2001, S. 539 ff.

Simitis, Spiros, Internationales Arbeitsrecht - Standort und Perspektiven, Erste Festschrift für Gerhard Kegel, hrsg. von *Lüderitz, Alexander* und *Schröder, Jochen*, Frankfurt am Main, 1977.

Sina, Peter, Grenzen des Konzern-Weisungsrechts nach § 308 AktG, AG 1991, 1 ff.

Söllner, Alfred, Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, 144 ff.

Spindler, Gerald / Berner, Olaf, Inspire Art - Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RIW 2003, 949 ff.

Spindler, Gerald, Deutsches Gesellschaftsrecht in der Zange zwischen Inspire Art und Golden Shares?, RIW 2003, 850 ff.

Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Auflage, Ergänzungsband IPR / Internationales Gesellschaftsrecht, Neubearbeitung, Berlin, 1998 (zit. *Staudinger*, IntGesellR).

Teichmann, Christoph,

- Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383 ff.
- Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 ff.
- Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2004, 53 ff.

Teuteberg, Hans-Jürgen, Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, Tübingen, 1961.

Theisen, Manuel René / Wenz, Martin, Die Europäische Aktiengesellschaft, Stuttgart, 2002.

Thüsing, Gregor, Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381 ff.

Thüsing, Rolf, Zur Frage der Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Ausweitung der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 bei der GmbH, Festschrift für *Winfried Werner*, S. 893 ff., Berlin, 1984.

Ulmer, Peter,

- Die Bedeutung des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichts für die Auslegung von Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht, BB 1979, 398 ff.
- Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern, ZHR 148 (1984), 391 ff.
- Schutzinstrument gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, JZ 1999, 662 ff.
- Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen – noch zeitgemäß?, ZHR 166 (2002), 271 ff.

Veit, Martin / Wichert, Joachim, Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach „Überseering“ und „Inspire Art“, AG 2004, 14 ff.

Vogel, Klaus, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, Frankfurt am Main, 1965.

Wachter, Thomas, Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sache Inspire Art Ltd. auf Beratungspraxis und Gesetzgebung, GmbHR 2004, 88 ff.

Weber, Rolf, Mitbestimmung - Sprengkörper der Verfassungsstruktur, AöR 1979 (104), 521 ff.

Weiss, Manfred, Arbeitnehmermitwirkung in Europa, NZA 2003, 177 ff.

Wengler, Wilhelm, Die Mitbestimmung und das Völkerrecht, 1974.

Wenz, Martin, Einsatzmöglichkeiten einer Europäischen Aktiengesellschaft in der Unternehmenspraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, AG 2003, 185 ff.

Werder, Axel von, Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 166 ff.

Wertenbruch, Johannes, Der Abschluß des „Überseering“-Verfahrens durch den BGH - Folgerungen, NZG 2003, 618 ff.

Westermann, Harm Peter, Das Gesellschaftsrecht in der Methodendiskussion um das Internationale Privatrecht, ZGR 1975, 68 ff.

Wiedemann, Herbert / Hirte, Heribert, Konzernrecht, Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band 2, München, 2000, S. 337 ff.

Wiedemann, Herbert,

- Unternehmensrecht und GmbH-Reform, JZ 1970, 593 ff.
- Tariffähigkeit und Unabhängigkeit, RdA 1976, 76 ff.
- Internationales Gesellschaftsrecht, Erste FS für *Gerhard Kegel*, S. 187 ff., Frankfurt am Main, 1977.
- Anm. zu BVerfG 01.03.1979 - 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 - AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG Bl. 28 ff.
- Gesellschaftsrecht, Band 1, München 1980.

Wiesner, Georg, Zuständigkeitsverteilung zwischen ordentlicher und Arbeitsgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten nach dem Mitbestimmungsgesetz, DB 1977, 1747 ff.

Wiesner, Peter,

- Der Nizza-Kompromiß zur Europa AG - Triumph oder Fehlschlag?, ZIP 2001, 397 f.
- Mitbestimmungsexport durch grenzüberschreitende Fusion?, ZIP 2004, 243.

Wilhelm, Jan, Zurück zur Durchgriffshaftung - das „KBV“-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24. 6. 2002, NJW 2003, 175 ff.

Windbichler, Christine,

- Arbeitsrecht im Konzern, München, 1989.
- Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen und gegenüber dem Unternehmen - Eine Zwischenbilanz, AG 2004, 190 ff.

Wissmann, Hellmut, „Deutsche“ Europäische Aktiengesellschaft und Mitbestimmung, Festschrift für *Herbert Wiedemann*, München, 2002.

Wollburg, Ralph / Banerjee, Nirmal Robert, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 277 ff.

Zachert, Ulrich, Globalisierung und Arbeitswelt – Rechtliche Perspektiven, AG 2002, 35 ff.

Ziemons, Hildegard, Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!, ZIP 2003, 1913 ff.

Zimmer, Daniel,

- Internationales Gesellschaftsrecht, Heidelberg, 1996 (Habil.).
- Internationales Gesellschaftsrecht im 21. Jahrhundert, Festschrift für *Marcus Lutter*, S. 231 ff., Köln, 2000.
- Ein Internationales Gesellschaftsrecht für Europa, RabelsZ 2003, 298 ff.
- Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, 3585 ff.

Zitzewitz, Hendrik von, Die Vereinbarkeit internationaler Vertragskonzerne mit dem Mitbestimmungsgesetz 1976, Königsstein, 1979.

Zöllner, Wolfgang / Loritz, Karl-Georg, Arbeitsrecht, 5. Auflage, München, 1998.

Zöllner, Wolfgang / Seiter, Hugo, Paritätische Mitbestimmung und Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz, ZfA 1970, 97 ff.

Zöllner, Wolfgang,

- GmbH und GmbH & Co KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, 319 ff.
- Inhalt und Wirkung von Beherrschungsverträgen bei der GmbH, ZGR 1992, 173 ff.

§ 1. Gegenstand der Arbeit

Seit Mitte des vergangenen Jahrhunderts haben sich die Struktur der unternehmerischen Betätigung in Deutschland und in den übrigen Ländern der westlichen Welt grundlegend geändert. Mit Verbreitung der modernen Kommunikationsmittel, der zivilen Luftfahrt und der Etablierung der internationalen Finanzmärkte haben sich für viele Unternehmen Märkte jenseits der Grenzen des eigenen Heimatlandes eröffnet.

Multinationale unternehmerische Betätigung bedingt multinationale Unternehmensstrukturen. Das Unternehmensrecht paßt sich an die Gegebenheiten an und versucht Leitung, Steuerung und Überwachung in globalen Unternehmensgruppen zu ermöglichen¹. In Folge dessen entstanden und entstehen grenzüberschreitende Konzerne.

Zwar mag ein internationaler Konzern teils noch von der Rechtsordnung seiner Holdinggesellschaft geprägt sein, dennoch ist zu sehen, daß die drei größten deutschen Unternehmen, DaimlerChrysler, Volkswagen und Siemens, ca. 60% ihrer Arbeitnehmer im Ausland beschäftigen². Dies drängt die Rolle der einzelnen nationalen Sozialkulturen im Unternehmen zurück. Insbesondere hin zur Konzernspitze verwischen nationale arbeitsrechtliche und soziale Besonderheiten.

Diese Entwicklung wirft die Frage auf, wie die deutsche Rechts- und Sozialordnung auf grenzüberschreitende Konzernverbindungen reagiert und wie sozial motivierte Institutionen wie die unternehmerische Mitbestimmung betroffen sind.

Zur Diskussion dessen sollen im folgenden verschiedene Sachverhalte einer grenzüberschreitenden Unternehmensverbindung auf ihre Folgen für die unternehmerische Mitbestimmung in den beteiligten Gesellschaften untersucht werden. Ausgangspunkt ist dazu nach

¹ Vgl. zum Unternehmensrecht in globalisierten Unternehmen Götz, ZGR 2003, 1 ff.; Hommelhoff, FS. für Lutter, S. 95 ff.

² Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen - Bilanz und Perspektiven, Empfehlungen der Kommission Mitbestimmung, Bertelsmann und Hans-Böckler-Stiftung, Gütersloh, 1998, Kap. 5 Ziff. 4. Unter <http://www.unternehmenskultur.org/mitbest/publikationen.html> abrufbar.

§ 1. Gegenstand der Arbeit

einer einführenden Darstellung der unternehmerischen Mitbestimmung in rein deutschen Sachverhalten die unternehmerische Mitbestimmung in einer von Deutschland aus beherrschten grenzüberschreitenden Unternehmensverbindung. Danach ist der umgekehrte Fall einer vom Ausland aus beherrschten Unternehmensverbindung Untersuchungsgegenstand.

Auf Grundlage der so gefundenen Ergebnisse soll im Anschluß die Mitbestimmung in nicht in ihrem Gründungsstaat residierenden Gesellschaften und den von ihnen gebildeten Konzernen untersucht werden. Abschließend ist die Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft und den von ihr gebildeten Unternehmensverbindungen zu untersuchen.

§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung

Einleitend soll im folgenden abrißartig nachgezeichnet werden, woher die heute in Deutschland bekannte Mitbestimmung entstammt, wie sie sich entwickelt und sich in die heutige Rechts- und Sozialordnung eingefügt hat. Diese Darstellung des Konzeptes der unternehmerischen Mitbestimmung, ihrer Ausgestaltung und ihrer Grenzen ist Grundlage für die danach zu erörternde Übertragbarkeit dieses Konzeptes auf grenzüberschreitende Sachverhalte.

A. Implikationen der Mitbestimmung

In der Diskussion um die Gebotenheit unternehmerischer Mitbestimmung stehen sich im wesentlichen die Lager derer, die eine „Kooperations-“ und „Partnerschaftsordnung“ eines sozialen Verbandes „Unternehmen“³ anstelle der herrschenden hierarchischen Ordnung fordern⁴ und derer, die auf ihr Eigentum an den Produktionsmitteln verweisen und ihre Freiheit an einer inneren Willensbildung geschützt sehen wollen⁵, einander gegenüber. Eine dritte Ansicht vertritt die Anerkennung des Arbeitnehmers als Teil des ganzen Unternehmens – der Arbeitnehmer solle ein Subjekt der Willensbildung im Unternehmen werden. Seine Menschenwürde soll ihn davor bewahren, ein Objekt unter dem Weisungsrecht des Unternehmers zu sein. Im Einzelnen:

³ Vgl. die kritische Darstellung bei *Fechner*, S. 52 ff.; *Rittner*, S. 289 ff.; *Boettcher/Hax/Kunze/von Nell Breunning/Ortlieb/Preller*, insbesondere S. 24 f.

⁴ Vgl. *Kunze*, S. 5 ff.

⁵ Art. 14 und 9 GG, vgl. holzschnittartig *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 9 m.w.N.

§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung

I. Menschenwürde

Das am weitesten anerkannte und historisch wohl am tiefsten verwurzelte Argument für eine starke Mitbestimmung des Arbeitnehmers im Unternehmen ist die Förderung seiner Anerkennung als menschliches Wesen und der damit verbundenen Würde. Der Arbeitnehmer „verdient“ es aus christlich sozialem Motiven heraus, mehr zu sein als ein „Rädchen im Getriebe“ des Unternehmens oder überspitzt gesagt, mehr als ein organisches Produktionsmittel zu sein. Gerade im Großunternehmen droht der Arbeitnehmer für die Unternehmensleitung zum gesichtslosen Fakt auf einem Blatt Papier zu werden. Mittels einer Organisation hat der Arbeitnehmer die Gelegenheit sich zu engagieren und sich durch Repräsentanten Gehör zu verschaffen. Damit wächst er über ein objektives Faktum im Produktionsablauf hinaus⁶.

Haupteinwand gegen eine Mitbestimmung zur Umsetzung des Schutzes der Würde des Arbeitnehmers im Unternehmen ist, daß die repräsentative Regelung der Mitbestimmung allein zu einer Stärkung der Funktionäre der Gewerkschaften, direkt als externe Vertreter oder indirekt durch deren Einfluß auf die Betriebsräte und andere Wege zum Arbeitnehmer, führe. Der Arbeitnehmer bleibe ohne Einfluß, wohingegen der Aufsichtsrat zum Forum für gewerkschaftliche ideologische Konzepte werde⁷.

Weiter wird gegen eine Ableitung der Mitbestimmung aus der Menschenwürde eingewandt, die Arbeitnehmer hätten sich freiwillig mittels ihres Arbeitsvertrages der fremden Leitungsmacht unterworfen, womit diese hinreichend legitimiert sei⁸.

Gegenüber der Annahme, der Arbeitnehmer habe mit dem Arbeitsvertrag sich selbst für die Abhängigkeit entschieden, ist die besondere Bedeutung des Arbeitsvertrages für den einzelnen Arbeitnehmer sowie die Drittwirkung der Menschenwürde entgegenzuhalten. Das Arbeitsverhältnis bildet für die allermeisten Arbeitnehmer deren einzige Lebensgrundlage, wodurch sie sehr auf dessen Fortbestand angewiesen sind. Demgegenüber ist der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber zumeist austauschbar.

⁶ BT-Drucks 6/334, dort insbesondere Seite 18 ff.

⁷ BT-Drucks 6/334, a.a.O. (Fn. 6).

⁸ Dazu Klückers, S. 41 f., 46.

§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung

II. Kapital und Arbeit

Für die paritätische Mitbestimmung wird weiter vorgebracht, sie diene der Umsetzung des Gleichstellung von Kapital und Arbeit im Großunternehmen. Beides seien notwendige, aufeinander angewiesene Elemente des Produktionsprozesses⁹. Hinzu komme, daß nicht nur Unternehmer und Arbeitnehmer Kapital und Arbeit investierten – beide trügen auch das unternehmerische Risiko der verlorenen Investition gemeinsam. Der Unternehmen riskiere den Bankrott, der Arbeitnehmer den Verlust des Arbeitsplatzes und damit seines Einkommens als Rendite auf die investierte Arbeit. In Großunternehmen wiege das Risiko des Arbeitnehmers sogar schwerer, da die Haftung des Anteilseigners im Rahmen der Organisation des Unternehmens als Kapitalgesellschaft in aller Regel auf das eingesetzte Kapital beschränkt sei, während der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers ganz überwiegend seine einzige Einkommensquelle sei¹⁰.

Dem wird entgegengehalten, daß der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag mit dem Unternehmer als Arbeitgeber freiwillig abgeschlossen habe. Aufgrund einer umfassenden Arbeitsgesetzgebung und starker Gewerkschaften sei ohnehin eine Gleichstellung von Kapital und Arbeit erreicht. Hinzu komme die betriebliche Mitbestimmung. Die unternehmerische Mitbestimmung als weiteres Instrument zum Schutz der Arbeitnehmer bringe das Verhältnis von Kapital und Arbeit letztendlich zugunsten eines Überschutzes der Arbeitnehmer völlig aus dem Gleichgewicht¹¹.

III. Demokratisierung der Wirtschaft

Bereits im 19. Jahrhundert motivierte die sich in Deutschland langsam vollziehende Demokratisierung der Staatsgewalt einzelne Unternehmer, ihre Stellung als Alleinherrscher im Unternehmen durch eine demokratische Willensbildung zu legitimieren¹². Die personelle Würde eines jeden soll ihn vor der Willkür gesellschaftlicher Macht schützen. Dies gelte für

⁹ BT-Drucks 6/334, a.a.O. (Fn. 6).

¹⁰ BT-Drucks 6/334, a.a.O. (Fn. 6).

¹¹ BT-Drucks 6/334, a.a.O. (Fn. 6).

¹² Vgl. *Teuteberg*, S. 254 ff. m.w.N.

§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung

alle Bereiche des öffentlichen Lebens, eine Herausnahme der Wirtschaft aus der demokratischen Machtbindung im Rechtsstaat sei ausgeschlossen, vielmehr sei der Arbeitnehmer „Wirtschaftsbürger“¹³. Hinzu kommt, daß die unternehmerische Betätigung notwendig auch öffentliche Interessen berührt. Insofern wird auch eine Legitimation der Einwirkung auf die Öffentlichkeit notwendig¹⁴.

Dagegen wird vorgebracht, daß sich die Freiheit des Einzelnen bereits im Abschluß des Arbeitsvertrages und der darin liegenden Unterwerfung unter die unternehmerische Weisungsmacht im Bereich des Betriebes verwirkliche. Das Arbeitsverhältnis sei ein privat-autonomes Rechtsverhältnis zwischen zwei gleichgeordneten Rechtssubjekten. Es bestehe kein Zusammenhang zum öffentlich-rechtlichen Subordinationsverhältnis, das einer Legitimation von Macht bedürfe. Die Wirtschaft dürfe nicht politisiert werden. Insbesondere seien öffentliche Interessen im Austauschverhältnis des Arbeitsverhältnisses sachfremd. Auch drohe eine Eigenautonomie der gewerkschaftlichen Interessenvertretung durch deren teils externe Vertreter im Unternehmensorgan Aufsichtsrat. Diese Stärkung der Gewerkschaften liege auch nicht im Interesse der Arbeitnehmer, da sie zur Teilnahme an der Mitbestimmung über die Wahl hinaus den Beitritt zur Gewerkschaft erfordere, um so auf die Gewerkschaftsvertreter Einfluß nehmen zu können.

IV. Machtbindung

Nahe eben der eben angesprochenen Demokratisierung der Wirtschaft liegt die Forderung der Befürworter der Mitbestimmung, unternehmerische Macht in der Gesellschaft bedürfe der Legitimation durch unternehmerische Mitbestimmung. Die Machtbindung kann insofern als externe Seite der Mitbestimmung, die Demokratisierung als die interne, die Innenverhältnisse im Unternehmen betreffende Seite der Mitbestimmung verstanden werden.

Ansatzpunkt ist, daß insbesondere Großunternehmen durch Monopol- und Oligopolbildung zu Lasten von Verbrauchern allein im Eigeninteresse handeln könnten. Ein Aspekt davon sei, daß Großunternehmen durch ihre Stellung auf dem Verbrauchermarkt gesellschaftliche

¹³ Mitbestimmung im Unternehmen, BT-Drucks. 6/334, S. 19 f. Ziff. 11 f.

¹⁴ BT-Drucks. 6/334, a.a.O. (Fn. 13).

§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung

Leitbilder beeinflussen können. Die Mitbestimmung wirke damit im Gleichklang mit Kartell- und Wettbewerbsrecht. Am Arbeitsmarkt können solche Unternehmen in ihrer jeweiligen Branche und Region aufgrund ihrer Stärke autonom entscheiden, ob und wie Arbeitsplätze geschaffen werden. Sie können damit über die Existenzgrundlage der Bevölkerung großer Gebiete disponieren¹⁵.

Dagegen wird eingewandt, daß grundsätzlich der Markt genügend Kontrolle über Unternehmen bewirke. Die Nachfrage bestimme das Verhalten der Unternehmen. Unternehmen, die marktbeherrschend seien, würden durch das Kartellrecht hinreichend kontrolliert. Die Arbeitnehmer seien nicht geeignet, eine vergleichbare Kontrolle auszuüben, da sie ihre eigenen arbeitsplatzbezogenen Interessen und nicht öffentliche Interessen verfolgten. Dazu zähle auch eine starke Stellung „ihres“ Unternehmens¹⁶.

V. Partizipation, Repräsentation gegenüber Unternehmern

Neben vorgenannten Elementen ist auch die partizipative Funktion der Mitbestimmung für die Unternehmensführung hervorzuheben. Unternehmerische Entscheidungen, an denen Arbeitnehmer durch Repräsentanten beteiligt waren, sind für die Mehrheit der Arbeitnehmer leichter hinzunehmen, selbst wenn sie größere Einschnitte bedeuten.

Auch ergänzt die unternehmerische Mitbestimmung die Repräsentation der Arbeitnehmer über die betriebliche Mitbestimmung hinaus. Der Betriebsrat ist in unternehmerischen Fragen nicht sachlich zuständig. Hinzu kommt, daß Verhandlungspartner des Betriebsrates allein unternehmensintern der Vorstand beziehungsweise die Geschäftsführung ist (§§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 1 BetrVG). Die Arbeitnehmer haben kein institutionalisiertes Verfahren, ihre Anliegen gegenüber den eigentlichen Unternehmern, das heißt den Anteilseignern, denen auch der Vorstand beziehungsweise die Geschäftsführung gegenüber verantwortlich ist, auszudrücken, auf deren Entscheidungen einzuwirken und an diesen Entscheidungen teilzunehmen. Hier bedürfen die Arbeitnehmer einer Repräsentanz auf Ebene der Unternehmer, die die unternehmerische Mitbestimmung ihnen bietet.

¹⁵ Mitbestimmung im Unternehmen, BT-Drucks. 6/334, S. 20 f. Ziff 13 f.

¹⁶ BT-Drucks. 6/334, S. 20 f. Ziff. 13 f. sowie die empirischen Ergebnisse dort auf S. 55 Ziff. 73.

§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung

B. Stand der Mitbestimmung heute

Die unternehmerische Mitbestimmung wird in Deutschland seit über fünfzig Jahren praktiziert. Die letzte große Reform beziehungsweise Ausweitung der unternehmerischen Mitbestimmung war das Mitbestimmungsgesetz 1976. Das Drittelbeteiligungsgesetz aus dem Jahre 2004¹⁷ stellte nur die Mitbestimmung gemäß dem BetrVG 1952 auf eine neue gesetzliche Grundlage, brachte aber keine materiellen Veränderungen. Vor diesem Hintergrund besteht die Gelegenheit, von den Erfahrungen der gelebten Mitbestimmung auszugehen, um die unternehmerische Mitbestimmung in internationalen Konzernen diskutieren zu können.

Die größte jüngere Bestandsaufnahme zur Mitbestimmung in Deutschland ist der Bericht der Kommission Mitbestimmung der Bertelsmann Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung aus dem Jahre 1998¹⁸. Die Kommission war aus Vertretern von Gewerkschaften, Justiz, Wissenschaft, Unternehmensführern und Verbandsvertretern gebildet worden und hatte von den Stiftungen eine der Mitbestimmung grundsätzlich wohlwollende und konsensorientierte Bestandsaufnahme aufgegeben bekommen¹⁹.

Zahlenmäßig hat die Kommission festgestellt, daß 1998 noch 45 Unternehmen montanmitbestimmt waren²⁰. Die Zahl war Ende der achtziger Jahre auf 31 gesunken. Mit der

¹⁷ Vom 27.05.2004, BGBl. I, S. 974.

¹⁸ Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen - Bilanz und Perspektiven, Empfehlungen der Kommission Mitbestimmung, Bertelsmann und Hans-Böckler-Stiftung, Gütersloh, 1998. Unter <http://www.unternehmenskultur.org/mitbest/publikationen.html> abrufbar. Vgl. auch BDA/BDI, Mitbestimmung modernisieren - Bericht der Kommission Mitbestimmung, November 2004. Zur Diskussion um die Mitbestimmung *Bernhardt*, BB 2004, 2480 ff.; *Kraushaar*, Special zu BB 2005, Heft 2, S. 14 ff.; *Kraushaar/Berg*, wie vor, S. 16 ff.; *Oetker*, RdA 2005, 337 (338 ff.); *Säcker*, BB 2004, 1462 ff.

¹⁹ So heißt es im Bericht zum Arbeitsauftrag wörtlich: „Ziel des Projektes war es ... eine für alle Mitglieder der Kommission Mitbestimmung akzeptable Analyse und Bestandsaufnahme der aktuellen Probleme und Entwicklungstendenzen der Mitbestimmung zu erarbeiten. ... Bei ihrer Arbeit ging die Kommission davon aus, daß die Mitbestimmung einen festen Bestandteil der institutionellen Ausstattung von Wirtschaft und Gesellschaft der Bundesrepublik bildet, deren Weiterentwicklung in Reaktion auf veränderte Bedingungen im Interesse aller liegt. Die Kommission hat deshalb aktuell politisierte Themen, über die keine Aussicht auf Einigung bestand, bewußt nicht in den Vordergrund gestellt.“. Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 2 unter „Ziel und Arbeitsauftrag“.

²⁰ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 4 Ziff. 1; vgl. auch *Oetker*, GK-AktG, MitbestG Einl., MontanMitbestG Einl. Rn. 8.

§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung

Wiedervereinigung Deutschlands hatte sich die Zahl der Montanunternehmen wieder erhöht, ist aber heute wieder im Sinken begriffen²¹. Weiter stellte die Kommission fest, daß 1996 728 Unternehmen der Mitbestimmung nach dem MitbestG unterlagen²². Der Mitbestimmung nach dem BetrVG 1952 unterlagen per 1991 ca. 3.500 Unternehmen, 1997 wohl ca. 2.600²³. Das Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz findet, soweit ersichtlich, heute keine Anwendung. Bis 1999 galt es nur noch für die Unternehmen Klöckner Werke AG und die Mannesmann AG²⁴. Mit der Entscheidung des BVerfG vom 02.03.1999 entfiel die Anwendung auf diese Unternehmen²⁵.

Wichtigstes Ergebnis der Mitbestimmungskommission ist, daß die unternehmerische Mitbestimmung in Deutschland sich gegenüber ihrem ursprünglichen Regelungsziel verbetrieblicht hat und zu einem verlängerten Arm der betrieblichen Mitbestimmung geworden ist²⁶. Personell drücke sich das in einer häufigen Personenidentität von Betriebsratsmitgliedern und den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat aus²⁷. Die Kommission berichtet, daß die Unternehmensseite gemäß der Umfrage eine Überbetonung beschäftigungspolitischer Fragen im Aufsichtsrat beklage²⁸. Umgekehrt liege aber auch in der damit verbundenen Überbrückung von Hierarchien im Unternehmen ein Vorzug der Mitbestimmung²⁹. Weiter führe die Mitbestimmung zu erhöhten Investitionen in das Humankapital, was die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen erhöhe³⁰.

²¹ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 4 Ziff. 1.

²² Vgl. *Oetker*, a.a.O. (Fn. 20) Rn. 9.

²³ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 4 Ziff. 3, dort in Fn. 4.

²⁴ *Oetker*, a.a.O. (Fn. 20) Rn. 10.

²⁵ BVerfG 02.03.1999 - 1 BvL 2/91 - NJW 1999, 1535 ff. Nach dem BVerfG hält das Kriterium in § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MontanMitbestErgG n.F., das bei Nichterfüllung der Wertschöpfungsquote auf die Beschäftigtenzahl bei den montanmitbestimmten Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen abstellt, einer Prüfung am Gleichheitsgrundsatz nicht stand.

²⁶ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 1 Ziff. 1, Kap. 8 Ziff. 6.

²⁷ Wie vor. Vgl. auch schon Mitbestimmung im Unternehmen, BT-Drucks. 6/334, S. 35 Ziff. 17

²⁸ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 8 Ziff. 17.

²⁹ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 1 Ziff. 6; Kap. 3; Ziff 15. bis 18.

³⁰ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 1 Ziff. 12.

§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung

Zur Frage, ob die unternehmerische Mitbestimmung in ihrer gesetzlichen Form heute noch geeignet ist, den Bedürfnissen den Großunternehmen gerecht zu werden, stellt die Kommission fest, daß die Mitbestimmung allgemein in ihrer im konkreten Unternehmen „gelebten“ Version tauglich sei, den wichtigsten Bedürfnissen gerecht zu werden. Der zunehmende internationale Druck erfordere zunehmend maßgeschneiderte Unternehmensstrukturen, die sektor- und marktbezogenen Besonderheiten, in der Regel durch Dezentralisation, Rechnung tragen³¹. Die Mitbestimmung unterstütze die notwendigen Strukturänderungen, auch wenn diese mit einem Arbeitsplatzabbau verbunden sei³². Die betriebliche Mitbestimmung habe zum Teil selbst erstarrte Kollektivinstrumente wie den Flächentarifvertrag aufzubrechen vermocht, wenn Betriebsräte an der gesetzlichen Tarifbindung vorbei mit den jeweiligen Arbeitgebern in tariflichen Fragen Betriebsvereinbarungen schlossen³³. Es komme zu einem Prozeß der kooperativen Modernisierung³⁴. Umgekehrt habe die Mitbestimmung aber auch eine strukturkonservative Wirkung – Investitionen würden in der Regel im Konzern gehalten, grundlegende Neuausrichtungen der Unternehmensgruppen würden gebremst³⁵. Dies führe teils zu Unbeweglichkeit³⁶.

Die unternehmerische Mitbestimmung sei dabei eine von allen akzeptierte, fest etablierte Institution und als langfristig gegebene Tatsache angesehen³⁷. Sie gewähre den Arbeitnehmern die Möglichkeit zur Information und Konsultation im Sinne der Konsensbildung³⁸. Die externen Gewerkschaftsvertreter sehen sich darüber noch als Träger öffentlicher und regio-

³¹ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 1 Ziff. 9.

³² Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 1 Ziff. 16 ff., Kap. 6 Ziff. 1 bis 3.

³³ Wie vor, insbesondere Kap. 1 Ziff. 21, Kap. 6 Ziff. 2.

³⁴ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 1 Ziff. 17.

³⁵ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 8 Ziff. 14.

³⁶ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 1 Ziff. 31.

³⁷ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 1 Ziff. 28, Kap. 8.

³⁸ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 8 Ziff. 2. Siehe auch die Bestandsaufnahme bei *Windbichler*, AG 2004, 190 ff. Kritisch zum gewerkschaftlichen Handeln von Arbeitnehmervertretern zum Schaden der Gesellschaft in deren Aufsichtsrat sie sitzen *Möllers*, NZG 2003, 697 ff.

§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung

naler Interessen³⁹, während die Arbeitgeber in ihnen eher Agitatoren in politischen und ideologischen Fragen sehen⁴⁰.

Von allen Seiten hervorgehoben wurde die friedensstiftende und produktive Wirkung des von der unternehmerischen Mitbestimmung geförderten Konsenses und der Kooperation, die letztlich zu einer Vertrauenskultur im Unternehmen führe⁴¹. Die Mitbestimmung habe eine dauerhafte Beziehung von stabilem Kapital und unternehmensloyaler Arbeit geschaffen⁴². Die unternehmerische Mitbestimmung habe sich vom anfänglich vor allem von den Gewerkschaften gesehene ersten Schritt zur Neuordnung der Eigentumsverhältnisse in Deutschland hin zu einem Teil der sogenannten *Corporate Governance*, zu deutsch wohl am ehesten Unternehmenskultur, entwickelt, der ideologisch nicht in Frage gestellt werde⁴³.

Die Internationalisierung der Wirtschaft gefährde allerdings die Mitbestimmung. So hätten in Deutschland bislang stabile Verhältnisse in Großunternehmen geherrscht – wenige Großaktionäre und ein hoher Anteil an Bankenfinanzierung hätten es den Vorständen und Geschäftsführern erlaubt, dauerhafte Bündnisse zwischen Arbeitnehmern und Anteilseignern zu vermitteln⁴⁴. Dies werde durch die Internationalisierung unter Druck gesetzt, da zunehmend die Möglichkeit zur Abwanderung in Staaten mit schwächeren Arbeitnehmerrechten bestünde, um so kurzfristig die Kosten zu senken und höhere Dividenden zu erzielen⁴⁵.

In ihren abschließenden Ergebnissen kommt die Kommission zu dem Ergebnis, daß die Mitbestimmung in Deutschland gut eingefahren sei und nur kleinerer Anpassungen, wie einer Vereinfachung des Wahlverfahrens bedürfe.

³⁹ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 8 Ziff. 9. Vgl. zu den qualitativen Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder aus betriebswirtschaftlicher Sicht von *Werder*, AG 2004, 166 ff. Zu den rechtlichen Anforderungen *Säcker*, AG 2004, 180 ff.

⁴⁰ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 8 Ziff. 8.

⁴¹ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 8 Ziff. 13. Vgl. *Möller*, a.a.O. (Fn. 38).

⁴² Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 3 Ziff. 3.

⁴³ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 3 Ziff. 5.

⁴⁴ Abschlußbericht, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 5 Ziff. 24.(4).

⁴⁵ Wie vor.

§ 2. Gesellschafts- und sozialpolitischer Rahmen der Mitbestimmung

Angesichts des Untersuchungsauftrages⁴⁶ mag dieses Ergebnis wenig überraschen – als Diskussionsbeitrag dürfte der Kommissionsbericht allerdings als empirische Datensammlung genügen.

Ulmer sieht den Bericht der Mitbestimmungskommission darüber hinaus als Exempel dafür, daß die Arbeitnehmermitbestimmung inzwischen zum rechtspolitischen Tabuthema geworden sei⁴⁷. Gerade die festgestellte Verbetrieblichung der unternehmerischen Mitbestimmung rechtfertige eine Verweisung derselben in den Betriebsrat⁴⁸. Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat führe zu dessen Konzentration auf Arbeitnehmerfragen, während gleichzeitig der Vorstand Informationen zurückhielte, da er befürchten müsse, die Arbeitnehmervertreter würden diese hinaus tragen⁴⁹. Die Fälle *Philipp Holzmann, Metallgesellschaft* und die Abfindungen im Fall *Mannesmann/Vodafone* hätten das Versagen des deutschen Aufsichtsrates in seiner jetzigen Form zu deutlich gezeigt⁵⁰.

Es zeigt sich, daß die Meinungen über die Mitbestimmung heute wie damals auseinander gehen. Die letzten Jahrzehnte Unternehmensmitbestimmung in Deutschland haben jedoch gezeigt, daß Mitbestimmung grundsätzlich funktioniert und häufig eine gemeinsame Basis vermittelt, wo sich sonst der Unternehmer und gesichtslos die Arbeitnehmer einander gegenüber ständen. Der Arbeitnehmer erhält die Chance seine Anliegen kollektiv und dank seiner Repräsentation im Aufsichtsrat auch über Hierarchiegrenzen hinweg zu formulieren.

Die Mitbestimmung ist damit in Deutschland ein Modell mit Zukunft. Soweit diese Zukunft absehbar ist, bedarf die Mitbestimmung systematisch keiner grundlegenden Änderungen. Das System der unternehmerischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat hat sich als nicht zuwenig und nicht zuviel für alle beteiligten Seiten, Anteilseigner, Unternehmer, Unternehmen und Arbeitnehmer bewährt.

⁴⁶ Vgl. oben Seite 8 und dort Fn. 19.

⁴⁷ *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 271 ff.

⁴⁸ *Ulmer*, a.a.O. (Fn. 47) S. 273.

⁴⁹ *Ulmer*, a.a.O. (Fn. 47) S. 276 sowie die entsprechenden Feststellungen im Bericht der Mitbestimmungskommission a.a.O. (Fn. 18), Kap. 1 Ziff. 31, Kap. 8 Ziff. 17 und 26. Zur Information des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH vgl. *v. Hoyningen-Huene*, BB 2001, 529 ff.

⁵⁰ *Ulmer*, a.a.O. (Fn. 47) S. 276.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

Die Mitbestimmung im rein deutschen Konzern ist in verschiedenen Formen ausgestaltet. So wird die betriebliche Mitbestimmung vom einzelnen Betrieb und dessen Betriebsrat durch den Gesamt- und den fakultativen Konzernbetriebsrat auf die Konzernebene erstreckt. Weiter installieren die deutschen Mitbestimmungsgesetze ein vielgestaltiges System der unternehmerischen Mitbestimmung in Konzernen. Im Folgenden sollen genannte Beteiligungs- und Mitbestimmungsformen abrißartig dargestellt werden.

A. Betriebliche Mitbestimmung im Konzern

Gemäß § 54 BetrVG können die Gesamtbetriebsräte mehrerer zu einem Konzern vereinigter Unternehmen beschließen, einen Konzernbetriebsrat zu gründen. Ziel ist, ein Verhandeln von Arbeitnehmervertretung und Arbeitgeber auf „gleicher Augenhöhe“, das heißt auf Konzernebene, zu erlauben, wenn es zu einer Verlagerung der unternehmerischen Leitungsmacht auf die Konzernebene kommt⁵¹. Weiter soll der Konzernbetriebsrat den Ausgleich der zwischen einzelnen Konzernunternehmen unter Umständen divergierenden Arbeitnehmerinteressen fördern, damit deren Kollektiv mit geeinter Stimme gegenüber der Konzernleitung auftreten kann⁵².

Der Aufgabenbereich des Konzernbetriebsrates umfaßt qualitativ entsprechend seiner Bildung als aus Gesamt- und Einzelbetriebsräten gegründetes Organ Angelegenheiten der betrieblichen, das heißt sozialen, personellen und wirtschaftlichen Ausübung mit konzernweiter Bedeutung (§ 58 BetrVG). Entsprechend hat der Konzernbetriebsrat kein Mandat zur unternehmerischen Mitbestimmung. Die der Mitbestimmung unterliegenden sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten werden zwar häufig – insbesondere auf

⁵¹ *Eisemann* in Erfurter Kommentar, § 54 Rn. 1; *Fitting*, § 54 BetrVG Rn. 3.

⁵² BAG 21.10.1980 - 6 ABR 41/78 - und 22.11.1995 - 7 ABR 9/95 - AP Nr. 1 und 7 zu § 54 BetrVG 1972 sowie die Nachweise in Fn. 51.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

Konzernebene – unternehmerische Elemente beinhalten⁵³, es fehlt aber eine alle Sachbereiche einschließende, umfassende Beteiligung in der unternehmerischen Entscheidung selbst. Diese wird vom Unternehmen getroffen und dem Betriebsrat nur soweit die Entscheidung mitbestimmungspflichtige personelle, soziale oder wirtschaftliche Elemente enthält, bezüglich dieser einzeln anhört und gegebenenfalls zum positiven oder negativen Votum vorgestellt. Der Betriebsrat ist damit aber nur ein dem Arbeitgeber gegenüber gestelltes Organ.

Damit fehlt dem Konzernbetriebsrat ein wesentliches Moment zur unternehmerischen Mitbestimmung. Er ist „nur“ angehörtes und votierendes Organ, verschafft den Arbeitnehmern aber nicht die tatsächliche Einbindung in die unternehmerische Entscheidung. Insbesondere kommt es zu einem Informationsgefälle. Der (Konzern-) Betriebsrat ist nur insoweit informiert als der Arbeitgeber ihm freiwillig oder erzwungenermaßen die entscheidungsrelevanten personellen, sozialen und wirtschaftlichen Umstände darlegt⁵⁴.

Eine Einbindung der Arbeitnehmer über den Konzernbetriebsrat in die unternehmerischen Grundentscheidungen, etwa über die Konzernentwicklung, ist damit nicht gegeben.

⁵³ Vgl. *Badura/Rüthers/Rittner*, S. 103 ff. (127).

⁵⁴ Gemäß der Zweiten Repräsentativen WSI-Befragung von Betriebs- und Personalräten in Deutschland ist eines der wesentlichen von Betriebsräten vorgetragenen Problemen eine zu geringe Information durch den Arbeitgeber, vgl. dort Seite 4 (Abrufbar unter http://www.dgb.de/themen/themen_a_z/abisz_doks/2/wsi-br-2000.pdf/file_view_raw).

B. Unternehmerische Mitbestimmung im Konzern

I. Montanmitbestimmungsgesetz

Das erste deutsche Mitbestimmungsgesetz war das Montanmitbestimmungsgesetz vom 21.05.1951⁵⁵. Es sieht die Zusammensetzung des Aufsichtsrates zu gleichen Teilen aus Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern nebst einem zusätzlichen neutralen Mitglied vor (§ 4 MontanMitbestG). Es diente der gesellschaftsrechtliche Regelung der paritätischen Besetzung von Aufsichtsräten von Montanunternehmen im Zusammenhang mit der Entflechtung der deutschen Montanindustrie durch den alliierten Kontrollrat⁵⁶.

Das Gesetz enthielt ursprünglich keine Regelung zu Konzernfragen. Gleichzeitig war es jedoch zulässig, daß Montanunternehmen als abhängige Konzerngesellschaften geführt werden konnten. Die jeweilige Obergesellschaft war regelmäßig selbst kein Montanunternehmen im Sinne des § 1 MontanMitbestG und damit mitbestimmungsfrei⁵⁷. Kraft ihres Weisungsrechtes konnte die mitbestimmungsfreie Obergesellschaft die Mitbestimmung bei der Montantochter überspielen.

Diese nicht gewünschte Umgehung der Montanmitbestimmung⁵⁸ wurde mit dem Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz (MontanMitbestErgG) vom 07.08.1956⁵⁹ ausgeschaltet. Das Gesetz unterwirft solche Obergesellschaften der Mitbestimmung, deren Beteiligungen durch Montanunternehmen gekennzeichnet sind. Dieser Unternehmenszweck wird gemäß § 3 Abs. 2 MontanMitbestErgG vermutet, wenn ein bestimmtes Umsatzverhältnis von Montan- und Nichtmontanbereich oder eine bestimmte Arbeitnehmerzahl im Montanbereich erreicht

⁵⁵ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen- und Stahlerzeugenden Industrie (Montanmitbestimmungsgesetz) vom 21.05.1951, BGBl. I S. 347.

⁵⁶ Vgl. dazu *Boldt*, RdA 1951, 169 ff. m.w.N.

⁵⁷ *Boldt*, BB 1953, 893 (894). Anderer Ansicht *Bender*, NJW 1953, 1493 f.; *Hessel*, BB 1953, 895 (896).

⁵⁸ *Kötter*, RdA 1954, 161 ff.; *Nikisch*, Arbeitsrecht III, 2. Auflage, § 126 I 1, S. 639 ff.

⁵⁹ Gesetz zur Ergänzung des über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen- und Stahlerzeugenden Industrie (Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz) vom 07.08.1956, BGBl. I S. 707.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

wird. Letztere Alternative hat das BVerfG im Jahre 1999 wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG als verfassungswidrig festgestellt und für nichtig erklärt⁶⁰.

Folge der Unterwerfung unter die Mitbestimmung ist für die Obergesellschaft die zwangsweise Bildung eines Aufsichtsrates, der zu gleichen Teilen aus Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern sowie einem neutralen Mitglied besteht (§ 5 MontanMitbestErgG). Bei Wahl der Arbeitnehmervertreter sind alle Arbeitnehmer im Konzern wahlberechtigt (§§ 7, 8 und 10g MontanMitbestErgG).

II. Drittelbeteiligungsgesetz, BetrVG 1952

Gemäß dem Drittelbeteiligungsgesetz („DrittelbG“), das Mitte 2004 das BetrVG 1952⁶¹ ersetzt hat, kommt es zu einer Drittelmitbestimmung der Arbeitnehmer in Gesellschaften mit mehr als fünfhundert Arbeitnehmern, wenn diese in einer der dem Gesetz unterfallenden Rechtsformen organisiert sind. Das BetrVG 1952 war das erste nicht branchenspezifische Mitbestimmungsgesetz. Das Drittelbeteiligungsgesetz ändert die Mitbestimmung gegenüber dem BetrVG 1952 nicht materiell, sondern löst diese nur aus dem im übrigen bereits seit Erlaß des BetrVG 1972, jetzt 2001⁶² nicht länger geltenden Gesetz heraus⁶³.

Für die Konzernmitbestimmung ordnet § 2 DrittelbG an, daß die Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften das aktive und passive Wahlrecht bei der Obergesellschaft haben. Die zu § 76 Abs. 4 BetrVG 1952 diskutierte Frage, ob die Arbeitnehmer in Tochtergesellschaften auch für die Schwellenwerte zur Mitbestimmung in der Obergesellschaft mitzählen, ist durch § 2 Abs. 2 DrittelbG positiv beantwortet⁶⁴. Danach setzt die Zurechnung voraus, daß die

⁶⁰ BVerfG 02.03.1999 - 1 BvL 2/91 - NJW 1999, 1535 ff.

⁶¹ Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952, BGBl. I S. 681.

⁶² Betriebsverfassungsgesetz vom 15.01.1972, in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.09.2001, BGBl. I S. 2518.

⁶³ *Boewer/Gazk/Otto*, GmbHR 2004, 1065 ff.; *Huke/Prinz*, BB 2004, 26 ff.; *Seibt*, NZA 2004, 767 ff.

⁶⁴ Vgl. BAG 24.05.1957 - 1 ABR 4/56 - AP BetrVG 1952 § 76 Nr. 7; *Hoffmann-Becking* in Münchener Handbuch AG, § 28 Rn. 5 f.; *Natzel*, DB 1957, 1021; *Oetker*, GK-AktG, § 76 BetrVG 1952 Rn. 53. Anderer Ansicht *Fitting*, § 76 BetrVG 1952 Rn. 94 ff. *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/2, 7, Auflage, § 73 B II 1 dort Fn. 23 S. 1501. Unklar *Wißmann*, Münchener Handbuch ArbR, § 383 Rn. 7.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

Obergesellschaft mit der Tochtergesellschaft entweder einen Beherrschungsvertrag abgeschlossen hat oder aber letztere eingegliedert ist.

III. Mitbestimmungsgesetz 1976

Das MitbestG⁶⁵ führte die (fast) paritätische Mitbestimmung in allen Wirtschaftszweige für Kapitalgesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern ein. Es sieht einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat vor. Eine echte Parität wie im Montanmitbestimmungsgesetz ist nicht vorgesehen, da gemäß § 29 Abs. 2 MitbestG im Falle eines Pattes in einer Abstimmung der gemäß § 27 Abs. 2 MitbestG im Zweifel von den Anteilseignern gewählte Aufsichtsratsvorsitzende ein Zweitstimmrecht hat.

Der Konzernsachverhalt hat eine eigene Regelung in § 5 MitbestG gefunden. Demnach erfolgt in einem Konzern im Sinne des § 18 AktG⁶⁶ eine Zurechnung der Arbeitnehmer der beherrschten Unternehmen zu dem herrschenden Unternehmen. Die Arbeitnehmer gelten als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens. Sie haben damit ein Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Muttergesellschaft.

C. Anwendung der Mitbestimmungsgesetze auf deutsche Unternehmen

Die einzelnen Mitbestimmungsgesetze knüpfen ihre Geltung an Kriterien, die folgend kurz aufgezeigt werden sollen.

⁶⁵ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz - MitbestG) vom 04.05.1976, BGBl. I S. 1153.

⁶⁶ Zu den Abweichungen des mitbestimmungsrechtlichen Konzernbegriffes gegenüber dem aktienrechtlichen *Oetker*, GK-AktG, § 5 MitbestG Rn. 3 ff. m.w.N.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

I. Arbeitnehmerzahl

Die Anknüpfung der Mitbestimmung an eine bestimmte Zahl von im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern ist eine - wie schon die divergierenden Zahlengrenzen von 500 bis 2000 Arbeitnehmer zeigen - gesetzgeberische Entscheidung. Geläufiges Argument für die jeweilige Zahlengrenze ist, daß bei weniger Arbeitnehmern noch genügend „Kontakt“ zwischen Anteilseignern beziehungsweise Unternehmern und den Arbeitnehmern bestehe und eine unternehmerische Mitbestimmung zur Interessenwahrung nicht notwendig sei.

Dies überzeugt nicht immer in dieser generalisierenden Weise. Wie das BetrVG in seinem § 1 zeigt, kann eine institutionalisierte Arbeitnehmervertretung schon in Kleinstbetrieben sinnvoll sein. Hinzu kommt, daß die informelle Arbeitnehmervertretung in Betrieben unterhalb der Anwendungsschwellen der Mitbestimmungsgesetze viel schwächer ist, als die mit Informations-, Anhörungs- und Mitbestimmungsrechten ausgestattete Mitbestimmung in den der gesetzlichen Mitbestimmung unterworfenen Gesellschaften. Die Mitbestimmung nach dem BetrVG erfaßt zwar überwiegend andere Tatbestände als die Mitbestimmung im Aufsichtsrat, das vermag aber nicht zu vermitteln, daß nur Arbeitnehmer in Großbetrieben gesetzliche Mittel zur Einflußnahme in beiden Sachgebieten haben, in Kleinbetrieben hingegen aber nur auf die Tatbestände des BVerfG gesichert einwirken können. Man wird daher die Zahlengrenze wohl eher als Zugeständnis an den Mittelstand verstehen dürfen.

II. Gesellschaftsform

Die Aufzählung der mitbestimmten Gesellschaftsformen der einzelnen Mitbestimmungsgesetze ist ein weiteres einschränkendes Kriterium der unternehmerischen Mitbestimmung. So beschränken alle Mitbestimmungsgesetze ihre Anwendung auf Kapitalgesellschaften. Nicht jede Kapitalgesellschaftsform unterliegt der Mitbestimmung und nicht jede Kapitalgesellschaftsform unterfällt allen Mitbestimmungsgesetzen.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

	Montan-MitbestG	Montan-Mitbest-ErgG	DrittelbG	MitbestG
Aktiengesellschaften	X	X	X	X
Gesellschaften mit beschränkter Haftung	X	X	X	X
GmbH & Co. KG				(X) ⁶⁷
Kommanditgesellschaften auf Aktien			X	X
Bergrechtliche Gewerkschaft	X	X		X
Eingetragene Genossenschaften			X	X
Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit			X	
Personengesellschaften (GbR, OHG, KG)				

Personengesellschaften unterliegen nicht der unternehmerischen Mitbestimmung. Gemäß dem Grundprinzip des „Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung“ wäre es unverhältnismäßig, den persönlich haftenden Gesellschaftern einer Personengesellschaft eine Fremdbestimmung durch Arbeitnehmervertreter aufzuerlegen⁶⁸.

III. Unternehmenszweck

Die Anknüpfung der Mitbestimmung an einen bestimmten Unternehmenszweck hatte sich historisch beim Erlaß des MontanMitbestG ergeben⁶⁹, ist aber schon mit dem BetrVG 1952 und dem MitbestG aufgegeben worden.

⁶⁷ Die Kommanditgesellschaft GmbH & Co. KG ist als solche nicht mitbestimmt. Gemäß § 4 MitbestG kommt es aber zu einer Zurechnung der Arbeitnehmer der KG zur Komplementär GmbH und damit dort zur Mitbestimmung. Die Tabelle weist nur die positive Erfassung der GmbH & Co. KG nach. Soweit diese als Konzern zu qualifizieren ist und so zu einer Mitbestimmung bei der möglicherweise herrschenden Komplementär GmbH kommen kann, ist nicht hier nachgewiesen.

⁶⁸ Bericht der Mitbestimmungskommission BT-Drucks 6/334, S. 116 f.

⁶⁹ Dazu oben S. 15.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

Soweit Unternehmen wegen Änderung ihres Unternehmenszweck über die Jahre aus dem Anwendungsbereich der Montanmitbestimmung auszuschneiden, hat der Gesetzgeber wiederholt die Gesetze angepaßt und den Anwendungsbereich erweitert. Den Beginn bildete die Holdingnovelle und ihr MontanMitbestErgG⁷⁰, fortgesetzt über das „lex Rhestahl“ vom 27.05.1969⁷¹ und „lex Rhestahl II“ vom 29.11.1971⁷² bis hin zu den Änderungsgesetzen vom 21.05.1981⁷³, 23.07.1987⁷⁴ und vom 23.08.1994⁷⁵.

D. Verfassungsrechtliche Grenzen unternehmerischer Mitbestimmung

Die in Deutschland geltende unternehmerische Mitbestimmung stellt einen weitgehenden Eingriff in die freie Autonomie der Anteilseigner zur Disposition über „ihr“ Unternehmen dar. Nach den einzelnen Mitbestimmungsgesetzen sind Quoten von Arbeitnehmervertretern von 1/3 bis 1/2 der Vertreter im Aufsichtsrat der Gesellschaft vorgeschrieben. Weiter werden die Arbeitnehmer teilweise an der Auswahl des Vorstandes der mitbestimmten Gesellschaften beteiligt.

⁷⁰ A.a.O. (Fn. 59).

⁷¹ Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaues und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 27.04.1967, BGBl. I S. 505 dazu BVerfG 07.05.1969 - 2 BvL 15/67 - BVerfGE 25, 371 (399 ff.).

⁷² Gesetz über die befristete Fortgeltung der Mitbestimmung in bisher dem Mitbestimmungsgesetz unterliegenden Unternehmen vom 29.11.1971, BGBl. I S. 1857 sowie aus den Materialien zum Gesetz BT-Drucks. 6/1785.

⁷³ Gesetz zur Änderung des Montanmitbestimmungsgesetz und des Montanmitbestimmungsergänzungsgesetzes vom 21.05.1981, BGBl. I S. 441 sowie aus den Materialien zum Gesetz BT-Drucks. 9/235.

⁷⁴ Gesetz über die Verlängerung der Auslaufzeiten in der Montanmitbestimmung vom 23.07.1987, BGBl. I S. 1676.

⁷⁵ Gesetz zur Beibehaltung der Mitbestimmung beim Austausch von Anteilen und der Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten der Europäischen Union betreffen vom 23.08.1994, BGBl. I S. 2228.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

Vor diesem Hintergrund wurde und wird die Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der unternehmerischen Mitbestimmung diskutiert⁷⁶. Als verletzte Grundrechte werden im wesentlichen das Eigentumsgrundrecht der Anteilseigner sowie die Koalitionsfreiheit des mitbestimmten Unternehmens und die seines Verbandes diskutiert.

Exemplarisch seien im folgenden die wesentlichen Argumente für und gegen die Verfassungsmäßigkeit des MitbestG hinsichtlich der Eigentums- und der Koalitionsfreiheit aufgezeigt. Diese sollen später bei der Prüfung der grenzüberschreitenden Sachverhalte als Diskussionsgrundlage dienen.

I. Eigentumsfreiheit

Gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist das Eigentum gewährleistet. Der Schutz umfaßt beim Anteilseigentum wie bei jedem anderen Vermögensgegenstand seinen Bestand und seinen Nutzen. Die Nutzung umfaßt dabei zwei wesentliche Momente: Organisationsrechtlich vermittelt das Anteilseigentum Mitgliedschaftsrechte an der Gesellschaft. Vermögensrechtlich vermittelt das Anteilseigentum ein Recht auf eine Dividende und die Veräußerbarkeit des Anteiles⁷⁷.

Die unternehmerische Mitbestimmung betrifft nicht die vermögensrechtliche Seite des Anteilseigentums. Sie beschränkt weder die Veräußerbarkeit des Anteilseigentums noch die

⁷⁶ BVerfG 01.03.1979 - 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 - BVerfGE 50, 290 (323 f.). Aus der Literatur seien als Auswahl die folgenden genannt.

Aus der Zeit vor der Entscheidung des BVerfG: *Badura/Rittner/Rüthers*, „Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz“, 1977; *Grasmann*, DB Beil. 21/75; *Isensee*, Der Staat 1978, 161; *Kübler/Schmidt/Simitis*, „Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe“, 1978; *Mertens*, RdA 1975, 89; *Zöllner/Seiter*, ZfA 1970, 97.

Aus der Zeit nach der Entscheidung des BVerfG: *Badura*, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung (1980); *Hanau*, ZGR 1979, 524; *Martens*, ZGR 1979, 493; *Meesen*, NJW 1979, 833; *Müller*, DB Beil. 5/79; *Papier*, ZGR 1979, 444; *ders.*, RdA 1989, 137; *Raiser*, JZ 1979, 489; *Rehbinder*, ZGR 1979, 471; *Richardi*, AöR 1979 (104), 546; *Säcker*, RdA 1979, 380; *Schmidt*, Der Staat 1980, 235; *Söllner*, RdA 1989, 144; *Ulmer*, BB 1979, 398; *Weber*, AöR 1979 (104), 521; *Wiedemann*, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG Bl. 28 ff. alle m.w.N.

⁷⁷ Vgl. BVerfG 07.08.1962 - 1 BcL 16/60 - BVerfGE 14, 263 (273 ff.).

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

Möglichkeit, eine Dividende aus dem Anteilseigentum zu ziehen⁷⁸. Über letztere entscheidet allein die nicht mitbestimmter Gesellschafter- oder Hauptversammlung (§ 119 Abs. 1 Nr. 2 AktG; § 46 Nr. 1 GmbHG).

Demgegenüber greift die Mitbestimmung in die Mitgliedschaftsrechte aus dem Anteilseigentum ein. Sie ändert die Zusammensetzung des Aufsichtsrates und damit eines der beiden von den Anteilseignern gebildeten Organe der Gesellschaft. Das zweite Organ, die Gesellschafterversammlung bleibt mitbestimmungsfrei. Die Frage, ob der näher am Tagesgeschäft handelnde Aufsichtsrat oder die Gesellschafterversammlung mit ihren Grundkompetenzen das stärkere Forum zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte ist, ist primär abhängig von der Satzung der jeweiligen Gesellschaft und kann im Ergebnis dahinstehen. Jedenfalls beschränkt die Mitbestimmung die Ausübung der Anteilseignerrechte im Aufsichtsrat.

Zur Rechtfertigung dieses Eingriffes werden allgemein die eingangs dargestellten Implikationen der unternehmerischen Mitbestimmung⁷⁹ als Teil des Allgemeinwohles angeführt. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes gehen die Meinungen auseinander, ob die Allgemeinwohlinteressen an der Mitbestimmung die Interessen der Eigentümer überwiegen⁸⁰ oder die Anteilseignerinteressen überwiegen⁸¹. Im Einzelnen:

Das BVerfG ging in seiner Entscheidung zum MitbestG davon aus, daß die mitgliedschaftlichen Bestimmungsrechte in Kapitalgesellschaften schwach ausgestaltet seien und das Interesse der Anteilseigentümer sich regelmäßig auf die von der Mitbestimmung nicht betroffene vermögensrechtliche Seite des Anteilseigentums konzentriere⁸². Der Aktionär müsse ohnehin mit einer Fremdbestimmung durch den Vorstand leben (§ 76 Abs. 1 AktG)⁸³.

Weiter betreffe das Eigentum an großen Kapitalgesellschaften die Existenzgrundlage vieler Arbeitnehmer und unterliege so einer besonderen Sozialbindung⁸⁴. Diesen Aspekt hatte das

⁷⁸ Vgl. BVerfG 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 87) S. 343 ff.

⁷⁹ Vgl. oben Seite 3 ff.

⁸⁰ Vgl. Müller, a.a.O. (Fn. 76), S. 3.

⁸¹ Vgl. Wiedemann, a.a.O. (Fn. 76).

⁸² BVerfG 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 87) S. 339 ff. Vgl. BVerfG 07.08.1962, a.a.O. (Fn. 77) S. 276 ff.

⁸³ BVerfG 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 87) S. 342 f.

⁸⁴ BVerfG 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 87) S. 340, 342 f.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

BVerfG bereits in seiner „Feldmühle“ - Entscheidung vom 07.08.1962 herangezogen⁸⁵. Dort heißt es dazu wörtlich:

„Die in der Größe der Betriebe und in der Höhe der eingesetzten Kapitalien verkörperte Zusammenballung wirtschaftlicher Einfluß- und Entscheidungsmöglichkeiten hat zur Folge, daß das unternehmerische Verhalten der Konzernleitung über das Schicksal des einzelnen Unternehmens hinaus auf die gesamte Volkswirtschaft und die Konjunktur einwirkt, selbst auf Arbeitsmarkt, Preis- und Währungspolitik. Dabei gilt aber die insbesondere in Art. 14 Abs. 2 GG ... statuierte Verantwortlichkeit gegenüber dem Gemeinwohl erst recht für die Konzernleitung.“⁸⁶.

Insbesondere verbliebe den Anteilseignern aber selbst bei der starken Mitbestimmung nach dem MitbestG eine leichte Überparität durch das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden im Falle eines Pattes (§ 29 Abs. 2 MitbestG). Der Vorsitzende sei im Zweifel wegen § 27 Abs. 2 MitbestG von den Anteilseignern bestimmt. Diese gewährleiste, daß sich die Anteilseigner gegen die Arbeitnehmer durchsetzen könnten, wenn dies unerlässlich sei⁸⁷.

Gegenüber den besonderen öffentlichen Interessen des Allgemeinwohls sei der Eingriff in das Anteilseigentum daher verhältnismäßig.

Dem wird in der Literatur entgegengehalten, daß allein die Größe keinen besonderen sozialen Bezug des Eigentums vermitteln könne - kleine Gesellschaften mit wenigen Arbeitnehmern können durch viele Kunden, Lieferanten oder andere Geschäftspartner in ihrem Geschäftsgebaren ebenfalls die Existenzgrundlage vieler Menschen betreffen. Man denke etwa an Vermietungsgesellschaften, den Finanzsektor oder Massenanbieter wie Fernsehanstalten und Telekommunikationsgesellschaften⁸⁸.

Weiter sei das Anteilseigentum auch bezüglich des Mitgliedschaftsrechtes nicht so schwach, wie es das BVerfG annehme. Die Rechte von GmbH-Gesellschaftern seien stark, was das

⁸⁵ BVerfG 07.08.1962, a.a.O. (Fn. 77) S. 276 ff.

⁸⁶ BVerfG 07.08.1962, a.a.O. (Fn. 77) S. 276 ff.

⁸⁷ BVerfG 01.03.1979 - 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 - E 50, 290 (323 f.). Aus der Literatur Müller, DB Beilage 5/79, S. 2 f. Vgl. auch BT-Drucks. 6/334 S. 102 f.

⁸⁸ Papier, ZGR 1979, 444 (462 f.); Schmidt, Der Staat 1980 (Bd. 19), 235 (252).

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

BVerfG nur im Nebensatz bemerke^{89,90}. Hinzu komme ein wachsender Minderheitenschutz durch Gesetz und Rechtsprechung⁹¹.

Auch sei eine Überparität der Anteilseigner nicht gewährleistet. Es genüge nicht eine theoretische, im Gesetz angelegte Übermacht, es komme allein auf die faktische Verteilung der Stimmverhältnisse im Aufsichtsrat und damit verbunden im Unternehmen an. Diese weise eine echte Parität, wenn nicht sogar eine Überparität zu Gunsten der Arbeitnehmer auf. Auch könne nicht von einem stets geschlossenen Abstimmungsverhalten der Banken im Aufsichtsrat ausgegangen werden⁹².

Für den folgenden Gang der Erörterung sei die Verfassungsmäßigkeit der unternehmerischen Mitbestimmung unterstellt. Beide Positionen zu dieser Frage sind jedoch bei der Erörterung der Mitbestimmung von Beschäftigten im Ausland und ausländischen Unternehmen zu berücksichtigen.

II. Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit

Die unternehmerische Mitbestimmung verwischt die an sich klare Grenze zwischen Anteilseignern, der von ihnen gebildeten Gesellschaft und den Arbeitnehmern. Letztere wechseln in ein an sich von den Anteilseignern gebildetes Organ der Gesellschaft. Damit stellt sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Änderung der Rolle der Arbeitnehmer im Verband des Unternehmens. Darüber hinaus stellt sich die Frage nach einem zulässigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers und seines Verbandes.

1. Arbeitnehmer im Unternehmensverband - Allgemeine Vereinigungsfreiheit

Die unternehmerische Mitbestimmung ändert die Zusammensetzung eines Organes der mitbestimmten Unternehmen. Dies führt dazu, daß die das Unternehmen bildende Vereini-

⁸⁹ BVerfG 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 87) S. 343.

⁹⁰ Schmidt, a.a.O. (Fn. 88) S. 253; Wiedemann, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG Bl. 916.

⁹¹ Martens, ZGR 1979, 493 (500 ff.); Wiedemann, a.a.O. (Fn. 90).

⁹² Blume, FS für Wilfried Schreiber, S. 235 ff. (237); Hanau, ZGR 1979, 524 (541 f.); Richardi, AöR 1979 (104), 546 (550 ff.); Zöllner/Seiter, ZfA 1970, 97 ff. (99 f.).

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

gung der Anteilseigner gegen ihren Willen Dritte in ein Organ des Unternehmens aufnehmen muß. Damit ist die Vereinigungsfreiheit der Unternehmer betroffen.

Darüber hinaus umfaßt der Schutz der allgemeinen Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG nicht nur die Freiheit der einzelnen zur Bildung der Vereinigung und Betätigung in derselben. Gleichermaßen kann sich die Vereinigung selbst auf einen Schutz von Bildung und Betätigungsfreiheit berufen⁹³.

Das BVerfG geht dazu in seiner schon zitierten Entscheidung vom 01.03.1979 davon aus, daß zwar eine Funktionsstörung in der Vereinigung Unternehmen durch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat möglich sei, Art. 9 Abs. 1 GG aber nur vor Eingriffen schütze, die zur (annähernden) Funktionsunfähigkeit führten⁹⁴. Die annähernd paritätische Mitbestimmung des MitbestG führe nach der Prognose des Gesetzgebers nicht zu einem solchen Zustand⁹⁵. Weiter liege Fremdbestimmung schon in der Struktur der der Mitbestimmung unterworfenen Kapitalgesellschaften. So handele der Vorstand der AG freiverantwortlich, der einzelne (Minderheits-) Aktionär könne überstimmt werden. Weiter erlaube das AktG das Depotstimmrecht der Banken (§ 135 AktG)⁹⁶. Dies alles entspreche dem Charakter des Anteilseigentums als Kapitalanlage⁹⁷.

Dem wird entgegengehalten, daß alle genannten „Fremdbestimmungen“ im Sinne des BVerfG keine Fremdbestimmung in Form der Mitbestimmung seien. Der Vorstand könne anders als Arbeitnehmervertreter von der Hauptversammlung beziehungsweise dem Aufsichtsrat ausgewechselt werden, der Minderheitsaktionär werde von seinen Mitgesell-

⁹³ BVerfG 18.11.1954 - 1 BvR 629/52 - BVerfGE 4, 96 (101 f.); 01.03.1979 a.a.O. (Fn. 87) S. 367; 14.11.1995 - 1 BvR 601/92 - BVerfGE 93, 352 (357 ff.). Vgl. die umfänglichen weiteren Nachweise zu Literatur und Rechtsprechung bei *Scholz* in *Maunz/Dürig*, Art. 9 Rn. 23.

⁹⁴ BVerfG 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 87) S. 357.

⁹⁵ BVerfG 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 87) S. 357 und 351 f. Kritisch zu dieser Ausweitung der eingeschränkten verfassungsrechtlichen Kontrolle gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen *Papier*, a.a.O. (Fn. 88) S. 452 f.

⁹⁶ Zur vornehmlich rechtspolitischen Diskussion um das Depotstimmrecht *Assmann*, AG 1997, August-Sonderheft, S. 100 ff.; *Baums*, AG 1996, 11 ff. mit umfänglichen rechtstatsächlichen Angaben; *Baums/v.Randow*, AG 1995, 145 ff.; *Hüffer*, § 135 AktG Rn. 1 ff.; *Peltzer*, AG 1996, 26(28 ff.); *ders.*, JZ 1996, 842 (844 ff.); *Raiser*, Kapitalgesellschaftsrecht § 16 Rn. 101 ff. alle m.w.N.

⁹⁷ BVerfG 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 87) S. 357 ff. (360).

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

schaftern und Nicht-Arbeitnehmervetretern überstimmt und die Depotbank unterliege dem Weisungsrecht des Anteilseigners⁹⁸. Diese übrigen Fremdbestimmungen sind damit anders als die Mitbestimmung verbandsimmanent und führen nicht wie die Mitbestimmung eine Dritte Partei in die Vereinigung Unternehmen ein.

2. Koalitionsfreiheit

Neben der durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit des Unternehmens als Vereinigung stellt sich die Frage, inwieweit die spezielle Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG in verfassungsrechtlich gerechtfertigter Weise durch die unternehmerische Mitbestimmung betroffen ist.

Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet jedermann das Recht, Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden. Wie die allgemeine Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG ist die Koalitionsfreiheit als Doppelgrundrecht ausgestattet - grundrechtsberechtigt sind neben einzelnen natürlichen und juristischen Personen auch die von ihnen gebildeten Koalitionen⁹⁹ - sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Arbeitgeberseite¹⁰⁰.

Auf individueller Ebene kann die unternehmerische Mitbestimmung auf Seiten der Arbeitnehmer einen Beitrittszwang zu den Gewerkschaften vermitteln. Diese haben eine hervorgehobene Rolle bei der Ausübung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer durch externe Vertreter im Aufsichtsrat. Diese sind nur ihren Gewerkschaften, nicht aber direkt den im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern verantwortlich¹⁰¹. Dies kann für den einzelnen Arbeitnehmer den Zwang bewirken, um der Mitbestimmung willen einer Gewerkschaft beizutreten.

⁹⁸ Säcker, RdA 1979, 380 (386 f.) - im Ergebnis geht Säcker nur von der Verfassungswidrigkeit des Montanmitbestimmungsgesetzes aus, läßt die Entscheidung für die anderen Mitbestimmungsgesetze aber offen, a.a.O. S. 387.

⁹⁹ BVerfG 18.11.1954 - 1 BvR 629/52 - AP Nr. 1 zu Art. 9 GG; 26.06.1991 - 1 BvR 779/85 - AP Nr. 17 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= NJW 1991, 2549); BAG 02.06.1987 - 1 AZR 651/85 - NJW 87, 2893.

¹⁰⁰ Vgl. BVerfG 26.06.1991, a.a.O. (Fn. 99) S. 2549 f. m.w.N.; Richardi, AöR 1979 (104), 546 (563).

¹⁰¹ Isensee, Der Staat 1978, 161 (177 f.); Weber, AöR 1979 (104), 521 (537).

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

Auf Seiten der Arbeitgeber kann deren Koalitionsfreiheit verletzt sein, da sie, beziehungsweise ihr Verband nicht mehr gegnerunabhängige¹⁰² Tarifvertragspartei ist. Die Abhängigkeit des einzelnen mitbestimmten Arbeitgebers ergibt sich unmittelbar aus der institutionalisierten Einbindung der Arbeitnehmer in den internen Willensbildungsprozeß des Arbeitgebers in Form des Arbeitsdirektors (§ 33 MitbestG). Der Einzelarbeitgeber ist gemäß § 2 Abs. 1 TVG tariffähig. Zum Abschluß von Firmentarifverträgen, die normative Wirkung bedarf der Einzelarbeitgeber der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Unabhängigkeit vom sozialen Gegner^{103,104}.

Auf kollektiver Ebene ist die Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbandes betroffen. Seine Mitglieder sind durch Arbeitnehmervertreter in ihren Aufsichtsräten und Arbeitsdirektoren in ihren Vorständen teilweise fremdbestimmt.

Das BVerfG geht hinsichtlich des Eingriffes in die kollektive Koalitionsfreiheit davon aus, daß der Arbeitnehmereinfluß auf Verbandsebene der Arbeitgeber vernachlässigbar gering sei. Weiter sei die Arbeitgebervereinigung nicht in ihrem Auftritt nach außen beschränkt - das MitbestG ermögliche alleine eine Teilhabe der Arbeitnehmer an der Innenstruktur des Verbandes¹⁰⁵. Auch seien die Arbeitnehmervertreter in der Unternehmensleitung gesetzlich auf das Unternehmenswohl festgelegt (§ 93 AktG, § 43 GmbHG, § 34 GenG) und dürften nicht einseitig Interessen der Arbeitnehmer vertreten¹⁰⁶.

In der Literatur wird dem entgegengehalten, man dürfe nicht auf die rechtliche Gestaltungsform Mitbestimmung beim Verbandsmitglied gegenüber dem an sich mitbestimmungsfreien Verband abstellen, sondern müsse die tatsächliche Einflußnahmemöglichkeit sehen¹⁰⁷. In diesem Zusammenhang genüge jede Einflußnahmemöglichkeit, um die Gegnerunabhängig-

¹⁰² Zur Abgrenzung der Begriffe Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit siehe *Zöllner/Seiter*, ZfA 1970, 97 (126 f.).

¹⁰³ *Zöllner/Seiter*, a.a.O. (Fn. 102) S. 136.

¹⁰⁴ Einen Überblick über den Meinungsstand geben *Däubler*, S. 418 f.; *von Eyern*, FS für *Helmut Arndt*, S. 37 ff. (49 f.); *Hanau*, ZGR 1977, 397 (402 ff.) m.w.N.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 76) S. 534 f.; *Scholz*, S. 72 ff.; *Wiedemann*, JZ 1970, 593 (602); *ders.*, RdA 1976, 76 ff. Ablehnend *Martens*, AG 1976, 113 (114 in Fn. 6).

¹⁰⁵ BVerfG 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 87) S. 370.

¹⁰⁶ BVerfG 01.03.1979, a.a.O. (Fn. 87) S. 374; *Richardi*, a.a.O. (Fn. 76) S. 572 ff.

¹⁰⁷ *Zöllner/Seiter*, a.a.O. (Fn. 76) S. 130.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

keit und damit die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages als Ergebnis eines paritätisch geführten Arbeitskampfes zu beseitigen¹⁰⁸. Gleiches gelte bezüglich der Verpflichtung der Arbeitnehmervertreter auf das Unternehmenswohl. Zum einen sei nicht gewährleistet, daß sich diese auch tatsächlich ans Unternehmenswohl halten würden¹⁰⁹. Zum anderen sei der Begriff des Unternehmensinteresses nur eingeschränkt bestimmbar. So könnten in einem mitbestimmten Unternehmen andere Werte als „Unternehmensinteresse“ gelten als in einem nicht mitbestimmten Unternehmen¹¹⁰. Eine Mediatisierung der Mitbestimmung im Verband könne nicht angenommen werden, da die mitbestimmten Unternehmen meist die größten im Verband sind und demgemäß dort einen entsprechenden Einfluß haben¹¹¹.

E. Völkerrechtliche Grenzen unternehmerischer Mitbestimmung

Das Verhältnis zwischen dem deutschen Mitbestimmungsrecht und dem Völkerrecht in Deutschland ist wissenschaftlich wenig untersucht¹¹². Insbesondere das Spannungsverhältnis der Belastung des mitgliedschaftlichen Stimmrechtes in der Aktiengesellschaft und dem in völkerrechtlichen Abkommen häufig gewährleisteten Investitionsschutz ist problematisch. Ausländische Aktionäre deutscher Gesellschaften könnten unter Umständen aufgrund des Investitionsschutzes einem weitergehenden Schutz unterliegen als deutsche Aktionäre.

Die abschließende völkerrechtliche Würdigung der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung soll hier dahingestellt bleiben. Die Mitbestimmungsgesetze finden seit Jahrzehnten in Deutschland Anwendung, ohne daß es zu bekannten völkerrechtlichen Streitfällen gekommen wäre. Für den Fortgang der Arbeit soll daher von einem Einklang der verschiede-

¹⁰⁸ *Grasmann*, DB Beil. 21/75, S. 26; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 90) Bl. 918R; *Zöllner/Seiter*, a.a.O. (Fn. 76) S. 131 ff.

¹⁰⁹ *Isensee*, a.a.O. (Fn. 101) S. 176, 180; *Papier*, a.a.O. (Fn. 88) S. 467. Vgl. auch oben *Ulmer*, a.a.O. (Fn. 47).

¹¹⁰ *Papier*, a.a.O. (Fn. 88) S. 467; *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 88) S. 258.

¹¹¹ *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 88) S. 258.

¹¹² Vgl. *Wengler*, Die Mitbestimmung und das Völkerrecht, 1974, der sich allerdings nur mit dem bilateralen deutsch-amerikanischen Handelsabkommen von 1954 beschäftigt. Weiter ein gemäß *Wengler*, dort S. 12, nicht veröffentlichtes Gutachten des Bundesinnenministeriums. Kritisch zu *Wengler Mayer*, Gewerkschaftliche Monatshefte, 1974, 771 ff. m.w.N.

§ 3. Mitbestimmung im rein inländischen Konzern

nen Formen der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung mit den verschiedenen Investitionsschutzabkommen, deren Vertragspartei Deutschland ist, ausgegangen werden.

§ 4. Sonstige Formen der Beteiligung der Arbeitnehmer
im grenzüberschreitenden Konzern

A. Europäische Betriebsräte

Die erste, transnationalen Unternehmen und Unternehmensgruppen gesetzlich vorgeschriebene Arbeitnehmersvertretung war der Europäische Betriebsrat. Er wurde 1996 in Deutschland aufgrund der Richtlinie Nr. 94/95/EG des Rates vom 22.09.1994 eingeführt¹¹³.

Im Kern sehen Richtlinie und Gesetz ein Verhandlungsmodell vor. Ein von den Arbeitnehmern gebildetes besonderes Verhandlungsgremium verhandelt mit der Unternehmensbeziehungsweise Konzernleitung eine Vereinbarung zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer. Der Inhalt der Vereinbarung ist grundsätzlich frei (§ 17 EBRG). Die Parteien können, müssen aber nicht die Bildung eines Europäischen Betriebsrates beschließen (§ 18 EBRG). Kommt es zu keiner Einigung zwischen dem besonderen Verhandlungsgremium und der Konzernleitung, sehen die Richtlinie beziehungsweise das deutsche Gesetz Auffangregeln vor, gemäß deren ein Europäischer Betriebsrat zu bilden ist (§§ 21 ff. EBRG).

Kernaufgabe des Europäischen Betriebsrates ist die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in grenzüberschreitenden Angelegenheiten. Das beinhaltet je nach Vereinbarung der Parteien die Information über die Entwicklung der Geschäftslage und die Perspektiven des gemeinschaftsweit tätigen Unternehmens. Dazu zählen etwa die Struktur der Unternehmensgruppe, die voraussichtliche Entwicklung der Geschäfts- und Beschäftigungslage, geplante Investitionen sowie grundlegende Änderung der Organisation. Weiter erfolgt die Unterrichtung und Anhörung regelmäßig in Fragen der Verlegung von Unternehmen oder Betrieben, Verschmelzung, Spaltungen oder Stilllegung von Unternehmen und Betrieben und Massenentlassungen¹¹⁴.

¹¹³ Amtsblatt EG NR. L 254, S. 64 ff.

¹¹⁴ Vgl. § 32 EBRG der Auffangregeln.

§ 4. Sonstige Formen der Beteiligung der Arbeitnehmer im grenzüberschreitenden Konzern

Charakteristisch für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Europäischen Betriebsrat ist allerdings, daß es sich nur um eine Unterrichtung und Anhörung handelt. Es findet keine Mitentscheidung durch die Arbeitnehmer statt. Sie sind auch nicht direkt an der unternehmerischen Entscheidungsfindung beteiligt. Ihre Einbeziehung beschränkt sich auf eine Information im Vorfeld und eine Anhörung zur Kenntnisnahme der Leitungsmacht. Damit sind die Arbeitnehmer zwar ein Stück aus der Rolle eines bloß nach Weisung Handelnden befreit, zu einer echten Zusammenarbeit der Akteure im Unternehmen, namentlich Kapital und Arbeit, kommt es aber nicht. Dies setzte eine ständige Beteiligung im Entscheidungsprozeß selbst voraus¹¹⁵, wie es etwa die deutsche unternehmerische Mitbestimmung bietet.

B. Europäische Aktiengesellschaft

Nach jahrzehntelangem Ringen um die Einführung einer europäischen Kapitalgesellschaft, speziell um die Mitbestimmung in dieser, wurde 2001 ein Kompromiß gefunden und die Europäische Aktiengesellschaft als „Societas Europaea“ (SE) auf den Weg gebracht¹¹⁶.

Grundlage des Kompromisses war ein neuer Vorschlag zur Europäischen Aktiengesellschaft durch den *Davignon*-Bericht „European Systems of Workers Involvement“¹¹⁷ von 1997.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber teilte die Regelung der SE in eine Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates¹¹⁸ und eine Richtlinie des Rates Nr. 2001/86/EG¹¹⁹ auf. Die Ver-

¹¹⁵ Vgl. *Davignon*-Bericht, Rz. 18 f., in BR-Drucks. 572/97, S. 4.

¹¹⁶ Zur Geschichte der Europäischen Aktiengesellschaft vgl. *Blanpain*, RdA 1992, 127 (128 f.); *Lutter*, BB 2002, 1; *Pipkorn*, NZA Beilage 3/1986, 2 (8 ff.); *ders.*, RdA 1992, 120 (123 ff.); *Pluskat*, EuZW 2001, 524; *Schwarz*, S. 26 ff. und 640 ff. Allgemein zur Europäischen Aktiengesellschaft weiter aus der Fülle der erschienenen Literatur stellvertretend *Blanquet*, ZGR 2002, 20 ff.; *Brandt*, Special zu BB 2005 Nr. 2 zu Heft 8, S. 1 ff.; *Grobys*, NZA 2005, 84 ff.; *Heinze*, ZGR 2002, 66 ff.; *Hirte*, NZG 2002, 1 ff.; *Hommelhoff*, AG 2001, 279; *Jahn/Herfs-Röttgen*, DB 2001, 631; *Neye*, ZGR 2002, 377 ff.; *Lutter*, BB 2002, 1; *Oetker*, Special zu BB 2005, Heft 2, S. 2 ff.; *Pluskat*, EuZW 2001, 524; *Teichmann*, ZGR 2002, 383 ff.; *ders.* ZGR 2003, 367 ff. Zu ihren wirtschaftlichen Vorteilen gegenüber gemeinschaftsweiten Konstrukten aus nationalen Gesellschaften aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Wenz*, AG 2003, 185 ff. und aus unternehmensplanerischer Sicht *Kallmeyer*, AG 2003, 197 ff. Technisch ebenfalls *Kloster*, EuZW 2003, 293 ff. mit Blick auf das Steuerrecht.

¹¹⁷ In BR-Drucks. 572/97 abgedruckt.

§ 4. Sonstige Formen der Beteiligung der Arbeitnehmer im grenzüberschreitenden Konzern

ordnung regelt das grundlegende Statut der SE, insbesondere deren Gründung und ein Korsett der gemeinschaftsweit notwendig einheitlichen Vorschriften für die Organisation der Gesellschaft. Die Richtlinie regelt die Implementierung der Mitbestimmung in der SE.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Zweiteilung in einem Artikelgesetz übernommen¹²⁰. Das Artikelgesetz enthält neben dem Ausführungsgesetz zur Verordnung (Art. 1, „SEAG“) ein Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer SE (Art. 2, „SEBG“).

Gemäß der Richtlinie und dem sie umsetzenden deutschen SEBG wird die Mitbestimmung von den Sozialpartnern in der SE individuell vereinbart. Das Verhandlungsmodell gewährleistet die notwendige Flexibilität, die diversen europäischen Mitbestimmungssysteme in Einklang zu bringen¹²¹. Darüber hinaus erlaubt es, ein für die jeweilige Gesellschaft passendes Mitbestimmungsmodell zu finden.

Ohne eine Mitbestimmungsvereinbarung kann die Gesellschaft nicht eingetragen werden (Art. 12 Abs. 2 VO Nr. 2157/2001). Archetyp der Mitbestimmung im Sinne der Verordnung ist eine Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsorgan der Gesellschaft soweit diese dualistisch konstituiert ist (Art. 40 Abs. 2 VO Nr. 2157/2001) beziehungsweise bei einer monistischen Struktur eine Beteiligung im Verwaltungsorgan (Art. 43 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3 VO Nr. 2157/2001).

Der Inhalt dieser Beteiligung der Arbeitnehmer umfaßt wenigstens die grenzüberschreitende Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmervertreter (Erwägung Nr. 6 ff. zur Richtlinie Nr. 2001/86/EG). Eine Mitbestimmung ist dem gegenüber fakultativ (Art. 4 Abs. 2 lit. g Richtlinie Nr. 2001/86/EG). Die ausgehandelte Mitbestimmungsvereinbarung soll zumindest die auch im Europäischen Betriebsrat angelegte Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer gewährleisten und verdrängt den Europäischen Betriebsrat, so die Parteien nicht etwas anderes verabreden (Erwägungsgrund 14 der Richtlinie).

¹¹⁸ Verordnung des Rates vom 08.10.2001 Nr. 2157/2001, Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001. Darstellend dazu *Heinze*, ZGR 2002, 66 ff.; *Hirte*, NZG 2002, 1 ff.

¹¹⁹ Richtlinie des Rates vom 08.10.2001 Nr. 2001/86/EG, Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001.

¹²⁰ Gesetz zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft vom 22.12.2004, BGBl. I, 3675 ff. Dazu *Grobys*, NZA 2004, 779 ff.; *ders.* NZA 2005, 84 ff.; *Kallmeyer*, ZIP 2004, 1442 ff.; *Nagel*, NZG 2004, 833 ff.; *Neye*, BB 2004, 19 ff.; *Niklas*, NZA 2004, 1200 ff.

§ 4. Sonstige Formen der Beteiligung der Arbeitnehmer im grenzüberschreitenden Konzern

Darüber hinaus ist auch eine echte Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Organen der SE, sei es im Aufsichtsrat oder im Fall einer monistischen Struktur im Verwaltungsrat aushandelbar.

Soweit eine der die SE bildenden Gesellschaften mitbestimmt ist, genießt die Mitbestimmung einen besonderen Bestandsschutz. Das besondere Verhandlungsgremium kann eine Minderung der Mitbestimmung nur mit einer qualifizierten Mehrheit beschließen. (Art. 3 Abs. 4 Richtlinie Nr. 2001/86/EG, § 15 Abs. 3 SEBG).

Die Richtlinie und das deutsche SEBG sehen weiter Auffangregeln für den Fall vor, daß sich Parteien nicht auf eine Beteiligungs- oder Mitbestimmungsvereinbarung einigen konnten und eine der Ausgangsgesellschaften bereits mitbestimmt war (Teil 3 des Anhangs zur Richtlinie Nr. 2001/86/EG, §§ 34 ff. SEBG). War keine dieser Gesellschaften mitbestimmt, muß die SE nicht mitbestimmt sein.

Damit sind die Arbeitnehmer im Verhandlungsmodell besonders geschützt. Ein weniger an Mitbestimmung in der SE gegenüber einer der die Gesellschaft bildenden nationalen Gesellschaften ist relativ schwierig zu erreichen. *Lutter* geht soweit, die Mitbestimmung deutscher Unternehmen beim Übergang in die Europäische Aktiengesellschaft als derart geschützt anzusehen, daß diese wie „gemauert“ ist, gleich welche ausländischen Partner beteiligt sind¹²².

Die Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates¹²³ ist am 08.10.2004 in Kraft getreten. Das deutsche Umsetzungsgesetz für die Richtlinie Nr. 2001/86/EG ist am 23.12.2004 in Kraft getreten.¹²⁴

¹²¹ Dazu *Weiss*, Arbeitnehmermitwirkung in Europa, NZA 2003, 177 ff.

¹²² *Lutter*, BB 2002, 1 (6); ähnlich auch *Gruber/Weller*, NZG 2003, 297 (298 f.); *Wiesner*, ZIP 2001, 397 f. und ZIP 2004, 243.

¹²³ Verordnung des Rates vom 08.10.2001 Nr. 2157/2001, Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001. Darstellend dazu *Heinze*, ZGR 2002, 66 ff.; *Hirte*, NZG 2002, 1 ff.

¹²⁴ Art. 9 des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft vom 22.12.2004, BGBl. I, 3675 ff.

§ 4. Sonstige Formen der Beteiligung der Arbeitnehmer
im grenzüberschreitenden Konzern

**C. Richtlinie zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer -
„Vredeling-Richtlinie“**

Seit geraumer Zeit steht eine Richtlinie zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer von Unternehmen mit komplexer, insbesondere transnationaler Struktur zur Diskussion¹²⁵. Im Jahre 2002 führten die langjährigen Diskussionen schließlich zum Erlass der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (Richtlinie 2002/14/EG)¹²⁶.

Mittels der Richtlinie schreibt der europäische Gesetzgeber Mindestanforderungen an die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in Unternehmen oder Betrieben in den Mitgliedsstaaten vor. Dabei sind die Anforderungen an den notwendigen Inhalt der Information und Anhörung auf Ebene der Richtlinie sehr allgemein gehalten (Art. 4 der Richtlinie). Die nationalen Gesetzgeber können diese weiter ausgestalten oder den Sozialpartnern, auch auf Betriebs- und Unternehmensebene, zur Verhandlung überlassen (Art. 4, 5 der Richtlinie). Gemäß der Richtlinie gelten die Regeln zur Unterrichtung und Anhörung nach Wahl der Mitgliedsstaaten in Unternehmen mit wenigstens 50 oder in Betrieben mit mindestens 20 Arbeitnehmern (Art. 3 der Richtlinie).

Entsprechend der Intention der Richtlinie nur allgemeine Mindeststandards definieren zu wollen, ist die Richtlinie sowohl gegenüber den Arbeitnehmern günstigerem nationalen Recht als auch gegenüber dem früheren Gemeinschaftsrecht über die Information von Arbeitnehmern, insbesondere der Richtlinie über die Europäischen Betriebsräte¹²⁷ subsidiär (Erwägungsgrund Nr. 15, 18 und 30).

Inhaltlich gilt zur Informationsrichtlinie das schon zum Europäischen Betriebsrat Gesagte entsprechend¹²⁸ – die Richtlinie vermittelt den Arbeitnehmern nur einen Anspruch auf Information und Gelegenheit zur Stellungnahme. Es kommt zu keiner echten Mitbestimmung im Sinne einer Mitentscheidung. Den Arbeitnehmern wird vielmehr eine von der Unterneh-

¹²⁵ Vgl. exemplarisch den zweiten Entwurf in BR-Drucks. 379/83 sowie *Lehmann*, RdA 1984, 160 ff.; *Pipkorn*, ZGR 1985, 567 ff.; *ders.*, RdA 1992, 120 (126).

¹²⁶ Amtsblatt vom 23.03.2002, EG Nr. L 80, S. 29 ff.

¹²⁷ Richtlinie Nr. 94/95/EG des Rates vom 22.09.1994, Amtsblatt EG Nr. L 254, S. 64 ff.

¹²⁸ Vgl. oben Seite 31.

§ 4. Sonstige Formen der Beteiligung der Arbeitnehmer im grenzüberschreitenden Konzern

mensleitung vorbereitete Information vorgelegt und die Stellungnahme der Arbeitnehmervertreter bestenfalls zur Kenntnis genommen. Dies entspricht nicht dem Sinn einer echten Mitbestimmung, bei der der Arbeitnehmer nicht bloß informatorisch an der unternehmerischen Entscheidung beteiligt ist, sondern an dieser partizipiert.

D. Fünfte gesellschaftsrechtliche (Struktur-) Richtlinie

Zur Beteiligung der Arbeitnehmer im Sinne einer Mitbestimmung stehen seit nunmehr ca. 30 Jahren Entwürfe zu einer fünften gesellschaftsrechtlichen (Struktur-) Richtlinie im Raum¹²⁹. Darin sieht der Gemeinschaftsgesetzgeber als Grundmodell für die europäischen nationalen Aktiengesellschaften diverse Optionsmodelle für eine Beteiligung der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungen vor. Die verschiedenen Optionen bestehen neben der in Deutschland bekannten teilweisen Besetzung eines Organs der Gesellschaft in einem qualifizierten Betriebs- beziehungsweise Unternehmensrat oder einer tarifvertraglichen Einigung.

Sollte es zur Umsetzung der Richtlinie kommen, führte sie zu einer bedeutenden Ausweitung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene. Entsprechend hoch ist der Widerstand gegen die Richtlinie. Nachdem es inzwischen nach Jahrzehnten der Diskussion zu einer Kompromißlösung zur SE gekommen ist, scheint auch die Umsetzung der Struktur-Richtlinie als zumindest denkbar. Insofern bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

¹²⁹ Siehe den ersten Vorschlag der Kommission in Abl. C 131/49 v. 13.12.1974, weiter die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, Abl. C 109 S. 9 ff. v. 19.09.1974, die Stellungnahme des Europäischen Parlamentes in Abl. C 149 S. 17 ff. vom 14.06.1982 und die Änderungsvorschläge der Kommission in Abl. C 240/2 v. 09.09.1983; C 7/4 v. 11.01.1991; C 321/9 v. 12.12.1991. Vgl. auch *Pipkorn*, ZGR 1985, 567 (572 ff.) m.w.N. aus der Literatur.

§ 4. Sonstige Formen der Beteiligung der Arbeitnehmer im grenzüberschreitenden Konzern

E. Transnationale freiwillige Beteiligungsvereinbarungen

Neben den zuvor skizzierten gesetzlichen Modellen zu einer Beteiligung der Arbeitnehmer auf transnationaler Unternehmensebene haben verschiedene internationale Konzerne freiwillige Beteiligungsmodelle, teilweise durch Vereinbarung, teilweise durch freie Bildung gemeinsamer Gremien oder auch durch Ergänzung des Europäischen Betriebsrates durch nichteuropäische Arbeitnehmer eingeführt. Die Motive der Unternehmen dazu mögen neben dem Drängen der Arbeitnehmer den üblichen Gründen für die Einführung einer Arbeitnehmervertretung entsprechen¹³⁰. Sind die Arbeitnehmer an einem Entscheidungsprozeß beteiligt, und sei diese Beteiligung noch so klein, wird von den Arbeitnehmern häufig eine größere Toleranz gegenüber unternehmerischen Entscheidungen gezeigt, da die Arbeitnehmer diese irgendwo bereits ein Stück mitgetragen haben und der Arbeitgeber die Entscheidung nicht schlicht anordnet. Auch erlaubt eine transnationale Arbeitnehmervertretung der Konzernleitung leichter in Kontakt mit der Gesamtheit der Arbeitnehmer zu treten¹³¹. Nicht zu letzt wird die Einführung einer freiwilligen Beteiligung zum Teil auch auf die Einsicht der Notwendigkeit einer Legitimation der Machtstellung der Konzernleitung durch Einbindung der Arbeitnehmer beruhen¹³². Heute wird dieses Motiv unter anderem unter dem Schlagwort *Corporate Social Responsibility* als Teil einer *Corporate Governance* verstanden¹³³. Zu deutsch entspricht dies der Anerkennung einer sozialen Verantwortung als Teil der Unternehmenskultur.

Die Formen solcher transnationalen Beteiligungsmodelle variieren von Konzern zu Konzern¹³⁴. Keines der bekannten Modelle sieht allerdings eine echte unternehmerische

¹³⁰ Vgl. oben Seite 3 ff.

¹³¹ Vgl. oben Seite 3 ff.

¹³² Vgl. oben Seite 3 ff.

¹³³ Abschlußbericht der Kommission Mitbestimmung, Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen - Bilanz und Perspektiven, Gütersloh, 1998, Kapitel 1 Ziff. 1. Zur *Corporate Social Responsibility* DaimlerChrysler in der Presseerklärung vom 17.07.2002 zur Gründung eines World Employee Committee's, http://www.daimlerchrysler.com/index_e.htm?/news/top/2002/t20717_e.htm.

¹³⁴ Die soweit ersichtlich einzige empirische Übersicht hat *Rüb*, Weltbetriebsräte und andere Formen weltweiter Arbeitnehmervertretungsstrukturen in transnationalen Konzernen, Arbeitspapier 27 der Hans-Böckler-Stiftung, 2000, vorgelegt. Bekannt sind die Modelle des DaimlerChrysler- und des Volkswagen-Konzernes. DaimlerChrysler richtete 2002 „World Employee Committee“ ein. Dieses besteht aus 13 Arbeitnehmervertretern. Den Vorstand besetzt zur Zeit der deutsche Konzernbetriebsratsvorsitzende Erich Klemm, sein Stellvertreter ist Nate Gooden, Vizepräsident der US-amerikanischen Automobil-Arbeiter-Gewerkschaft UAW.

§ 4. Sonstige Formen der Beteiligung der Arbeitnehmer im grenzüberschreitenden Konzern

Mitbestimmung der Arbeitnehmer vor. In der Regel beschränken sich die Rechte der Arbeitnehmer auf Information und Anhörung in den jeweils vorgesehenen Gremien¹³⁵. Teilweise wird auch nur von einem „Meinungsaustausch“ gesprochen, ohne den Arbeitnehmervertreter zuvor festgelegte Informationen zu gewähren¹³⁶.

Die schwache Position, die den Arbeitnehmern freiwillig eingeräumt wird, und die inhaltlich kaum über die schon aus dem 19. Jahrhundert bekannten Fabrikausschüsse hinaus geht, zeigt, daß die Arbeitnehmer des gesetzlichen Schutzes zu ihrer Gleichstellung mit dem Kapital im internationalen Konzern bedürfen. Auf freiwilliger Basis räumen die Unternehmen den Arbeitnehmern ein ihnen genehmes Maß an Beteiligung, nicht aber eine unwiderrufliche Mitbestimmung in Unternehmensentscheidungen ein.

Insbesondere dürfte eine solche freiwillige Beteiligung der Arbeitnehmer regelmäßig noch schwächer sein, als die gesetzlich angeordneten Beteiligungen der Arbeitnehmer. Zwar mag man einwenden können, daß die Mitbestimmung nach dem DrittelbG und selbst nach dem MitbestG wegen der regelmäßigen Stimmenmehrheit der Anteilseigner auch nur eine institutionalisierte Information und Konsultation sei. Daß es aber eines institutionalen Rahmens für eine Beteiligung der Arbeitnehmer auf Basis freier Vereinbarung bedarf, liegt angesichts der unterschiedlichen Verhandlungsstärke von Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf der Hand. Haben die Arbeitnehmer keinen gesetzlich definierten Mindestanspruch auf Beteiligung, beruht jede „freiwillig“ vereinbarte Beteiligung letztlich auf einem Zugeständnis des Arbeitgebers. Ob der Mindeststandard dabei so hoch angesiedelt werden muß, wie für die europäischen Aktiengesellschaft im SEBG vorgeschrieben, ist dabei eine politische Beurteilung der Verhandlungsstärke der Arbeitnehmer.

Seit 1999 besteht bereits ein Weltbetriebsrat bei der Volkswagen AG, dem der deutsche Gesamtbetriebsratsvorsitzende vorsitzt.

¹³⁵ Vgl. §§ 3 und 4 der Volkswagen-Weltkonzernbetriebsratvereinbarung, weiter Ziff. 1 der Vereinbarung der NatWest Group zur Gründung eines Personalrates und Abschnitt II. Art. 4 des Protokolles der Vereinbarung über die Bildung eines Rates zur Unterrichtung Anhörung in der Gruppe Danone, abgedruckt bei *Rüb*, a.a.O. (Fn. 134), S. 47 ff., 58 ff. und 66 ff. Vgl. auch *Betz*, Special zu BB 2005, Heft 2, S. 28 ff.; *Seibt*, AG 2005, 413 ff.

¹³⁶ So in Ziff. 1 der „Vorstellung“ der schwedischen SKF Group, abgedruckt bei *Rüb*, a.a.O. (Fn. 134), S. 54 f.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Im folgenden Abschnitt soll der Ausgangsfall erörtert werden, wie sich die Mitbestimmung im Verhältnis einer deutschen Muttergesellschaft zu ihren ausländischen Tochtergesellschaften und Niederlassungen gestaltet.

Zur besseren Verständnis ist dem Abschnitt eine kurze Definition der Begriffe der deutschen und der ausländischen Gesellschaft und deren Arbeitnehmer vorangestellt.

A. Begriff der deutschen und ausländischen Gesellschaften und Arbeitnehmer

Die Begrifflichkeit, welche Gesellschaften „deutsch“ und welche „ausländisch“ sind, mag auf den ersten Blick schnell beantwortet sein. Doch bereits der Blick auf den aus dem internationalen Gesellschaftsrecht bekannten Streit um Sitz-¹³⁷ und Gründungstheorie¹³⁸ zeigt die Schwierigkeiten hier eine klare Definition zu geben. Soweit man der Gründungstheorie folgt, könnte man in Deutschland gegründete Gesellschaft mit Sitz im Ausland kraft ihres deutschen Personalstatutes noch als „deutsch“ begreifen, wohingegen im Ausland gegrün-

¹³⁷ Zur Sitztheorie BGH 05.11.1980 - VIII ZR 230/79 - NJW 1981, 522 (523) 21.03.1986 - V ZR 10/85 - BGHZ 97, 269 (272); 08.10.1991 - XI ZR 64/90 - NJW 1992, 618; 30.03.2000 - VII ZR 370/98 - NZG 2000, 926 ff.; OLG Nürnberg 07.06.1984 - 8 U 111/84 - IPRax 1985, 342 und dazu die Anm. von *Rehbinder*, IPRax 1985, 342, jeweils m.w.N.; BayObLG 07.05.1992 - 3Z BR 14/92 - NJW-RR 1993, 43 ff. Weitere Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 26 ff. m.w.N.

¹³⁸ Zur Gründungstheorie EuGH 09.03.1999 - Rs C-212/97 - NJW 1999, 2027; 05.11.2002 - Rs C-208/00 - AG 2003, 27 und BGH 13.03.2003 - VII ZR 370/98 - ZIP 2003, 718 (719 f.) „Überseering“; EuGH 30.09.2003 - RS. C-167/01 - ZIP 2003, 1885 ff.; *Knobbe-Keuk*, ZHR 1990, 325 ff. *Neumayer*, ZVglRWiss 1984, 129 (139 ff.); Aus dem Schrifttum seit der Überseering-Entscheidung *Bayer*, BB 2002, 2289 ff.; *Buxbaum*, FS für *Sandrock*, S. 149 ff.; *Ebke*, BB 2003, 1 ff.; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233; *Forsthoff*, BB 2002, 2471 ff.; *Götz*, AG 2002, 552 ff.; *Kallmeyer*, DB 2002, 2521 ff.; *Kersting*, NZG 2003, 9 ff.; *Kieninger*, ZGR 1999, 724 ff.; *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 ff.; *Lutter*, BB 2003, 7 ff.; *Neye*, EWIR 2002, 1003 f.; *Sandrock*, BB 1999, 1337 ff.; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 30 ff. *Ulmer*, JZ 1999, 662 ff. Vgl. auch *Ansay*, FS für *Ferid* (1978), S. 3 ff.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

dete Gesellschaft mit Sitz in Deutschland wegen ihres fremden Personalstatutes unter Umständen nicht mehr „deutsch“ wären.

Der Streit um Sitz- und Gründungstheorie ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Gegenstand der Untersuchung ist vielmehr die Mitbestimmung im internationalen Konzern. Entsprechend sollen Konzernverbindungen diskutiert werden, in denen deutsches Mitbestimmungsrecht auf eine ausländische Rechtsordnung trifft. Dies ist der Fall, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft verschiedene Personalstatute haben.

Entsprechend sollen für diese Arbeit solche Gesellschaften als ausländisch gelten, die einem ausländischen Personalstatut unterliegen und solche als deutsch gelten, die ein deutsches Personalstatut haben. Die kollisionsrechtliche Bestimmung des Personalstatutes soll offen bleiben.

Die Beschäftigten solcher ausländischer Gesellschaften sind im folgenden als Beschäftigte oder Arbeitnehmer einer ausländischen Gesellschaft bezeichnet. Diese Formulierungen beziehen sich nur auf die Beschäftigung bei der deutschen beziehungsweise ausländischen Gesellschaft und haben keinen Bezug zur Nationalität oder dem Ort der Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers.

B. Deutsche Muttergesellschaft mit ausländischer Tochtergesellschaft und Niederlassungen

Beschäftigte einer ausländischen Gesellschaft, die von einer deutschen Gesellschaft beherrscht wird, haben Mitbestimmungsrechte bei der deutschen Gesellschaft, wenn die deutschen Mitbestimmungsgesetze kollisionsrechtlich anwendbar sind und die Beschäftigten sachlich in deren Anwendungsbereich fallen.

I. Mitbestimmung in der deutschen Muttergesellschaft

1. Kollisionsrechtlich anwendbares Mitbestimmungsrecht

Keines der deutschen Mitbestimmungsgesetze regelt ausdrücklich Sachverhalte mit Auslandsbezug. Es fehlt damit an einer speziellen Kollisionsnorm. Nach den allgemeinen kollisionsrechtlichen Regeln kommen im wesentlichen zwei Wege der Anknüpfung des anwendbaren Mitbestimmungsrechtes in Betracht. Entweder man knüpft das Mitbestimmungsrecht am Personalstatut der am Konzern beteiligten Gesellschaften oder aber anhand des Arbeitsvertragsstatutes der betreffenden Arbeitnehmer an.

Kommt man so zu einer grundsätzlichen Anwendbarkeit deutschen Mitbestimmungsrechtes, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das deutsche Sachrecht seine Anwendbarkeit über die kollisionsrechtliche Verweisung hinaus auf Deutschland beschränkt (sog. „autolimitiertes Sachrecht“)¹³⁹. Kommt man danach zu einer Anwendbarkeit deutschen Sachrechtes, ist die Frage zu klären, ob der deutsche Gesetzgeber im Sinne eines Territorialitätsprinzipes völkerrechtlich befugt ist, Arbeitnehmern ausländischer Gesellschaften Mitbestimmungsrechte zu verschaffen.

¹³⁹ Vgl. *Junker*, 334 f.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

a. Anknüpfung am Personalstatut der beteiligten Gesellschaften

Im Falle einer Anknüpfung am Personalstatut der beteiligten Gesellschaften ist das deutsche Mitbestimmungsrecht anwendbar, wenn das internationale Gesellschaftsrecht auf deutsches Gesellschaftsrecht als Sachrecht verweist.

Das Personalstatut einer Gesellschaft umfaßt alle gesellschaftsrechtlichen Beziehungen der Innen- und Außenverhältnisse der Gesellschaft¹⁴⁰. Dazu zählt insbesondere die innere Organisation der Gesellschaft¹⁴¹. Die deutschen Mitbestimmungsgesetze modifizieren die innere Organisation der mitbestimmten Gesellschaften, indem sie die Zusammensetzung des Aufsichtsrates ändern und einen Arbeitnehmeranteil von einem Drittel bis einem Halb vorschreiben¹⁴². Daraus leitet die herrschende Meinung ab, daß die Frage nach der kollisionsrechtlichen Anwendbarkeit mit der Frage nach der Anwendbarkeit des deutschen Gesellschaftsrechtes beantwortet ist¹⁴³. Funktionell sei die Mitbestimmung dem Personalstatut zuzuordnen.

Gegen diese Anknüpfung des Mitbestimmungsrechtes am Personalstatut auf der Grundlage einer funktionalen Betrachtung könnte sprechen, daß die Mitbestimmung andere Interessen als das sonstige nach dem Personalstatut angeknüpfte Organisationsrecht schützt.

So schützt das Mitbestimmungsrecht die Arbeitnehmer in ihrer Menschenwürde, weiter die Parität von Kapital und Arbeit in großen Unternehmen und öffentliche Interessen wie eine Demokratisierung der Leitungsmacht in großen Unternehmen durch Machtbindung¹⁴⁴. Es

¹⁴⁰ Siehe *Assmann*, GK-AktG, Einleitung Rn. 570; *Kindler* in MüKo³, IntGesellR, Rn. 450.

¹⁴¹ Vgl. schon RG 27.05.1910 - II 485/09 - RGZ 73, 366 (367).

¹⁴² §§ 6 ff. MitbestG 76, §§ 1 ff. MontanMitbestG, § 5 MontanMitbestG, § 5 MontanMitbestErgG.

¹⁴³ BGH 16.11.1981 - II ZR 150/80 - WM 1982, 86 (87); OLG Stuttgart 30.03.1995 - 8 W 355/93 - WM 1995, 928 (929); LG Stuttgart 11.05.1993 - 2 AktE 1/92 - BB 1993, 1541; *Assmann* in GK-AktG, Einl. Rn. 595; *Bungert*, WM 1997, 2233 (2234); *Ebenroth* in MüKo² Nach Art. 10 EGBGB Rn. 292, 300; *Großfeld/Kötter*, IPRax 1983, 60; *Großfeld in Staudinger*, IntGesellR, Rn. 510; *ders.*, Unternehmensrecht, S. 130; *Hanau/Ulmer*, Einl. Rn. 40; *Kindler* in MüKo³, IntGesellR, Rn. 451; *Mankowski*, ZIP 1995, 1006; *Müller-Driver*, S. 118; *Picot/Land*, DB 1998, 1601; *H.P. Westermann* in *Scholz*, Einleitung Rn. 111. Offen *Bernstein/Koch*, ZHR 143 (1979), 522 (528); weitere Nachweise bei *Zimmer*, S. 144 in Fn. 54.

¹⁴⁴ Vgl. BT-Drucks. 6/334, S. 18 ff. und oben Seite 3 ff.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

handelt sich sowohl um Interessen aus dem bipolaren Verhältnis Arbeitsvertrag¹⁴⁵ als auch um sozialordnungspolitische Allgemeininteressen¹⁴⁶.

Demgegenüber steht der gesellschaftsrechtliche Interessenausgleich, der nach dem Personalstatut angeknüpft wird. Dieser Interessenausgleich besorgt den Ausgleich, die Organisation und die Verwaltung der an der Gesellschaft beteiligten Interessengruppen. Diese sind insbesondere die Gesellschafter (Innenhaftung, Verbandsorganisation, Leitungsmacht) und die Gläubiger (Außenhaftung). Das so angeknüpfte Gesellschaftsrecht vereinigt koordinationsrechtlich die verschiedenen aus der Privatautonomie ausfließenden Interessen der an der Gesellschaft beteiligten Parteien. Dieser Ausgleich berücksichtigt auch die Arbeitnehmer, jedoch allein in ihrer Rolle als Vertragspartei des Arbeitsvertrages, das heißt durch Gläubigerschutz als (Lohn-) Gläubiger der Gesellschaft.

Dieser klassische gesellschaftsrechtlich Interessenausgleich umfaßt nicht den sozialpolitischen Ausgleich eines Ungleichgewichtes zwischen Kapital und Arbeit und dessen Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis und das Allgemeinwohl. Entsprechend könnte die Anknüpfung des Rechtes, das diesen Interessenkonflikt löst, am Personalstatut zu einer systemwidrigen Verquickung eines privatrechtlichen Interessenausgleiches (Gesellschaft / Gesellschafter / Gläubiger) mit Schutznormen für Dritte führen.

Andererseits ist zu bedenken, daß der Schutz von Allgemeininteressen dem Internationalen Privatrecht immanent ist. Ausländisches Recht ist nur insoweit berufen, als der deutsche ordre public nicht beeinträchtigt ist. Weiter ist der Schutz von Individualinteressen - besonders bei verschobener Verhandlungspartität - dem Internationalen Schuldrecht immanent. So sind die Arbeitsvertragsparteien gemäß Art. 30 Abs. 1 EGBGB in ihrer Rechtswahl eingeschränkt und dürfen zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht nicht durch Rechtswahl aushebeln. Gleiches gilt für Verbraucherverträge (Art. 29 EGBGB). Dem Internationalen Privatrecht ist damit eine positive Funktion zur Durchsetzung sozialpolitischer Ziele nicht fremd¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Siehe *Zimmer*, S. 146 f.

¹⁴⁶ Vgl. *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 510; *Hanau/Ulmer*, Einl. Rn. 40 m.w.N.

¹⁴⁷ Dazu *Birk*, 579 (580); *Neumayer*, FS für *Dölle* (1963), Bd. II S. 179 ff.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Insofern fährt das deutsche Internationale Privatrecht zweigleisig¹⁴⁸. Einerseits bestimmt es das die Privatautonomie ausgestaltende Recht und andererseits implementiert es diese Autonomie einschränkende Schutznormen.

Entsprechend ist davon auszugehen, daß es für eine Anknüpfung der Mitbestimmung nach dem Personalstatut systematisch unschädlich ist, daß die Mitbestimmung sozialordnungs- politisch und ideologisch motiviert ist. Wegen der Installation der Mitbestimmung durch Modifikation der inneren Gesellschaftsorganisation ist die Anknüpfung der Mitbestimmung am Personalstatut funktional systemgerecht¹⁴⁹.

Knüpft man dementsprechend an, kommt man auf der Ebene einer deutschen Gesellschaft, die eine ausländische Gesellschaft beherrscht, zu dem Ergebnis, daß die Beschäftigten der ausländischen Gesellschaft gemäß dem Personalstatut der deutschen Gesellschaft nach deutschem Mitbestimmungsrecht bei der deutschen Gesellschaft mitbestimmen. In der ausländischen Gesellschaft richtet sich die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem betreffenden ausländischen Recht.

b. Anknüpfung am Arbeitsverhältnis

Gegenüber der eben skizzierten gesellschaftsrechtlichen Anknüpfung kommt auch eine Anknüpfung am Ausgangspunkt einer jeden Mitbestimmung, dem Arbeitsverhältnis, in Betracht.

Nach einhelliger Auffassung ist dabei eine Anknüpfung der unternehmerischen Mitbestimmung direkt am individuellen Arbeitsvertrag im internationalen Konzern ausgeschlossen¹⁵⁰. Dem steht schon die grundsätzlich freie Parteiautonomie zur Rechtswahl im Individualarbeitsverhältnis entgegen. Es käme zu einer Zersplitterung der kollektiven Mitbestimmung.

Auch ist die Mitbestimmung kein Element des gegenseitigen Austauschverhältnisses Arbeitsvertrag. Dieses Verhältnis mag zwar von besonderen Fürsorge- und Treuepflichten geprägt sein, dennoch setzt die unternehmerische Mitbestimmung über das individuelle Ver-

¹⁴⁸ Basedow, *RabelsZ* 52 (1988), S. 8 ff.; *Siehr*, *RabelsZ* 37 (1973), 466 ff., insbesondere S. 481 ff.

¹⁴⁹ Vgl. oben S. 41.

¹⁵⁰ Vgl. statt aller *Bernstein/Koch*, *ZHR* 143 (1979), 522 (526).

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

hältnis hinaus auf der kollektiven Ebene der Arbeitnehmer als Interessengruppe im Unternehmen an.

Unabhängig davon ist eine Anknüpfung am Kollektiv der Arbeitnehmer denkbar. Das dazu in Betracht kommende Merkmal ist die Belegenheit des kollektivierten beziehungsweise gemeinsamen Arbeitsortes¹⁵¹, in der Regel des das Unternehmen prägenden Betriebes. Diesen Weg verfolgt das betriebliche Mitbestimmungsrecht, indem es territorial nach der Belegenheit des Kollektives beziehungsweise des Betriebes fragt und danach das anwendbare Betriebsverfassungsrecht anknüpft¹⁵².

Eine solche Anknüpfung des Unternehmensmitbestimmungsrechtes „von den Arbeitnehmern her“ schlägt *Zimmer* vor¹⁵³. Seiner Ansicht nach dient das vom Personalstatut berufene Gesellschaftsrecht allein der koordinativen Ordnung von Interessen im Dreieck von Gesellschaft, Gesellschaftern und Gläubigern¹⁵⁴. Demgegenüber stünde das Mitbestimmungsrecht als Recht zur Durchsetzung von wirtschafts- und sozialpolitischen Wertentscheidungen¹⁵⁵, die auch kollisionsrechtlich durchgesetzt werden müßten¹⁵⁶. Seiner Ansicht nach indizieren alle Elemente der Mitbestimmung die Anknüpfung „von den Arbeitnehmern her“, da dies der politischen Wertentscheidung am nächsten läge¹⁵⁷. Der Schutz der Menschenwürde der Arbeitnehmer lege auf jeden Fall eine Anknüpfung von Seiten der Arbeitnehmer nahe. Der deutsche Gesetzgeber könne sich - wohl im Sinne eines Territorialitätsprinzipes - nur berufen fühlen, die Menschenwürde der im Inland beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen¹⁵⁸. Auch die Demokratisierung der Unternehmensführung durch Mitbestimmung diene neben dem Öffentlichkeitsschutz zumindest auch dem Individualschutz der Arbeitnehmer, es läge

¹⁵¹ Zur Findung der individuellen *lex loci laboris Simitis*, Erste FS für *Kegel*, Seite 153 ff.

¹⁵² Aus der ständigen Rechtsprechung vgl. BAG 09.11.1977 - 5 AZR 132/76 - NJW 1978, 1124; 27.05.1982 - 6 ABR 28/80 - AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; 07.12.1989 - 2 AZR 228/89 - AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht.

¹⁵³ *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht (1996), S. 148 ff.

¹⁵⁴ Vgl. oben Seite 41 f.

¹⁵⁵ Vgl. insofern *Kübler/Schmidt/Simitis*, S. 135.

¹⁵⁶ *Zimmer*, Seite 148.

¹⁵⁷ *Zimmer*, Seite 149.

¹⁵⁸ *Zimmer*, Seite 149.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

nahe, dann auch nach ihnen anzuknüpfen¹⁵⁹. Gleiches gelte auch für die Bindung der unternehmerischen Macht durch Mitbestimmung¹⁶⁰. Auch knüpfe die betriebliche Mitbestimmung - das betriebliche Pendant zur unternehmerischen Mitbestimmung - territorial an¹⁶¹. Letztlich diene eine Anknüpfung von den Arbeitnehmern der Abwehr von Gesellschaftskonstruktionen, die im Rahmen der im Organisationsrecht noch bestehenden Vertragsfreiheit die Mitbestimmung behinderten¹⁶².

Folgt man diesem Ansatz, führt dies dazu, daß die Mitbestimmungsgesetze allein in Deutschland dafür aber für deutsche wie ausländische Gesellschaften Anwendung finden. Die im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer deutscher oder ausländischer Gesellschaften wären in ausländischen Betriebsstätten beschäftigt, eine Mitbestimmung fände dort nicht statt. Führt man die Anknüpfung der Mitbestimmung „von den Arbeitnehmern her“ konsequent zu Ende, bedeutet die Beschäftigung in einer ausländisch Betriebsstätte kollisionsrechtlich die Nichtanwendbarkeit der deutschen Konzernmitbestimmung auf die ausländischen Beschäftigten.

c. Abwägung

Für eine „Anknüpfung von den Arbeitnehmern her“ sind keine schlüssigen Gründe ersichtlich. *Zimmers* Hauptargument, der deutsche Gesetzgeber könne vom Regelungswillen nur den Schutz der Menschenwürde der Arbeitnehmer in Deutschland bezweckt haben, ist letztlich ein Rückzug auf das Territorialitätsprinzip, nach welchem der deutsche Gesetzgeber keine Regelungskompetenz für Auslandssachverhalte und dementsprechend keinen legitimen Regelungswillen hierfür hat. Das Territorialitätsprinzip ist eine völkerrechtliche Qualifikation des Sachrechtes, nicht jedoch ein Tatbestandsmerkmal der Kollisionsnorm. Im weiteren ist nicht nachvollziehbar, inwieweit die öffentlichen Interessen an einer Demokratisierung der Unternehmen und der Bindung unternehmerischer Gewalt - beides letztlich sozialideologische Motive - eine Anknüpfung an der Belegenheit des Arbeitsortes bedingen. Auch ist es nicht naheliegend, die unternehmerische Mitbestimmung gemäß der betrieblichen Mitbe-

¹⁵⁹ *Zimmer*, Seite 149, ohne Begründung des Individualschutzes.

¹⁶⁰ *Zimmer*, Seite 149.

¹⁶¹ *Zimmer*, Seite 150.

¹⁶² *Zimmer*, Seite 150 f.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

stimmung anzuknüpfen. Die *betriebliche* Mitbestimmung verfolgt konzeptionell andere Ziele¹⁶³. Die betriebliche Mitbestimmung vereinigt die sozialen, wirtschaftlichen und personellen Interessen der betrieblichen Gemeinschaft von Arbeitnehmern und Arbeitgeber ohne Bezug zur Gesellschaftsform des Unternehmensträgers. Die unternehmerische Mitbestimmung knüpft an einzelnen Gesellschaftsformen an und bindet die Arbeitnehmer aus sozial-ethischen Gründen und im Sinne des Allgemeininteresses in die unternehmerischen Entscheidungen im Aufsichtsrat selbst ein¹⁶⁴. Die unternehmerische Mitbestimmung ist damit anders als die betriebliche Mitbestimmung nicht auf das betriebliche Kollektiv und sein Verhältnis zum Arbeitgeber bezogen. Dieses Kollektiv ist kein taugliches Anknüpfungsmerkmal zur kollisionsrechtlichen Bestimmung des anwendbaren Rechtes.

Für eine Anknüpfung am Personalstatut der beteiligten Gesellschaften spricht, daß aufgrund der Mitbestimmung die Arbeitnehmer als eine weitere Interessengruppe an dem gesellschaftsrechtlichen Interessenausgleich an der Gesellschaft teilnehmen. Ob das Mitbestimmungsrecht deswegen Gesellschaftsrecht oder ein eigenes Unternehmensrecht¹⁶⁵ ist, sei dahingestellt. Funktionell ist die Mitbestimmung in die Binnenorganisation der Gesellschaft implementiert und bedarf zum Funktionieren einer Gesellschaftsrechtsordnung, die die Mitbestimmung berücksichtigt.

Es bleibt daher festzuhalten, daß im Falle einer deutschen Muttergesellschaft mit ausländischer Tochtergesellschaft das deutsche Mitbestimmungsrecht am Gesellschaftsstatut der Muttergesellschaft anzuknüpfen ist.

d. Kollisionsrechtliche Spezialregel und autolimitierte Sachnorm

Vor dem Hintergrund des soeben festgehaltenen Ergebnisses, kann für den Fall einer von einer deutschen Kapitalgesellschaft beherrschten ausländischen Gesellschaft dahinstehen, ob die §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG, 1 Abs. 2 MontanMitbestG, 1 MontanMitbestErgG,

¹⁶³ So auch *Simitis*, Erste FS für Kegel, Seite 153 ff. (180) sowie dort die Ausführungen in Fn. 95 ff. sowie Mitbestimmung im Unternehmen, BT-Drucks. 6/334, S. 18 Ziff. 7 a.E.

¹⁶⁴ Vgl. oben Seite 3 ff.

¹⁶⁵ Vgl. *Wiedemann*, § 1 II 1 c), Seite 20 f.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

76 Abs. 1, 1 Abs. 1 DrittelbG ihre eigene internationale Anwendbarkeit über das Internationale Privatrecht hinaus autolimitieren. Teilweise wird dies in der Literatur vertreten¹⁶⁶.

Diese Annahme setzt voraus, daß es nach der kollisionsrechtlichen Verweisung auf das deutsche Sachrecht vor der Subsumtion unter dessen Tatbestand eine Prüfung darauf erfolgt, ob das deutsche Recht nur in Deutschland Anwendung finden soll. Abgesehen davon, daß eine solche Prüfung weder im deutschen Kollisions- noch im Sachrecht angelegt ist, ist nicht ersichtlich, warum sie erforderlich seien sollte. Dementsprechend ist nicht zu prüfen, ob das deutsche Mitbestimmungsrecht seine Anwendbarkeit autolimitiert.

e. Territorialitätsprinzip

Die Einbeziehung von Arbeitnehmern in ausländischen Konzerngesellschaften in die deutsche Mitbestimmung setzt voraus, daß der deutsche Gesetzgeber völkerrechtlich befugt ist, diese in die Mitbestimmung bei der deutschen Muttergesellschaft einzubeziehen. In dieser Hinsicht ist das aus dem öffentlichen Recht ins Betriebsverfassungsrecht übertragene Territorialitätsprinzip¹⁶⁷ ein von vielen angeführtes Argument gegen Mitbestimmungsrechte ausländischer Konzernarbeitnehmer¹⁶⁸.

Das Territorialitätsprinzip entstammt dem öffentlichen Recht und definiert die Regelungskompetenz des Gesetzgebers für öffentliches Recht in zwei Hinsichten¹⁶⁹. Zunächst bestimmt das Territorialitätsprinzip, daß der deutsche Gesetzgeber allein die deutsche Exeku-

¹⁶⁶ *Einsele*, ZGR 1996, 40 (48) in diese Richtung wohl auch *Hanau/Ulmer*, Einl. Rn. 40. Zum Begriff der autolimitierten Sachnorm allgemein *Kegel/Schurig*, § 6 I Nr. 5 und spezieller für das Mitbestimmungsrecht *Schubert*, S. 83 f.

¹⁶⁷ Vgl. RAG 01.04.1931 - RAG 7/31 - ArbRSamml 8, 195 (196); BAG 09.11.1977 - 5 AZR 132/76; 25.04.1978 - 6 ABR 2/77; 21.10.1980 - 6 AZR 640/79 AP Nr. 13 und 16, 17 zu Internat. Privatrecht, Arbeitsrecht; 16; 27.05.1982 - 6 ABR 28/80 - AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; 30.04.1987 - 2 AZR 192/86 - AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; 07.12.1989 - 2 AZR 228/89 - AP Nr. 27 zu Internat. Privatrecht Arbeitsrecht; 22.03.2000 - 7 ABR 34/98 - AP Nr. 8 zu § 14 AÜG. Zur Entwicklung des Territorialitätsprinzipes von *Zitzewitz*, S. 118 ff. sowie die Nachweise zur Literatur bei *Richardi* in *Richardi*, Einleitung Rn. 63.

¹⁶⁸ *Bayer*, ZGR 1977, 173 (177); *Bellstedt*, BB 1977, 1326 (1327 f.); *Hanau/Ulmer*, § 5 Rn. 55 f.; *Meilicke/Meilicke*, § 5 Rn. 15; *Nagel/Riess/Rüb/Beschorner*, S. 69 f.; *Säcker*, Wahlordnungen, Rn. 52 ff.; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 271 ff. Vgl. auch LG Düsseldorf 05.06.1979 - 25 AktE 1/78 - DB 1979, 1451.

¹⁶⁹ Vgl. *Klückers*, Seite 11.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

tive, nicht hingegen ausländische Verwaltungsorgane verpflichten darf¹⁷⁰. Letztgenannte unterliegen allein der Regelungsgewalt des dortigen Gesetzgebers, Gesetze des deutschen Gesetzgebers würden in die Souveränität des ausländischen Gesetzgebers eingreifen. Weiter beschreibt das Territorialitätsprinzip, inwieweit der deutsche Gesetzgeber kompetent ist, Rechtssubjekte im Ausland öffentlich-rechtlich, das heißt subordinativ kraft seiner Staatsmacht, zu verpflichten¹⁷¹.

Seinen Weg ins Mitbestimmungsrecht fand das Territorialitätsprinzip durch das Reichsarbeitsgericht. Dieses sah das seinerzeitige Betriebsrätegesetz teils als öffentliches Recht an und wendete das Territorialitätsprinzip an¹⁷². In der bis heute soweit ersichtlich einzigen Entscheidung zum internationalen Anwendungsbereich der heutigen Mitbestimmungsgesetze ist das Landgericht Düsseldorf diesem Ansatz für das Mitbestimmungsrecht gefolgt und hat das Territorialitätsprinzip auf die unternehmerische Mitbestimmung angewendet. Dementsprechend hat es den Arbeitnehmern der ausländischen Gesellschaft eine Mitbestimmung bei der deutschen Muttergesellschaft versagt¹⁷³. Das Gericht ging davon aus, daß die Einräumung von aktivem und passivem Wahlrecht an die Arbeitnehmer in der ausländischen Gesellschaft die Souveränität des Heimatstaates der Tochtergesellschaft zumindest mittelbar verletze. Die deutsche Mitbestimmung sei sozialpolitisch motiviert. Die Durchsetzung deutscher Sozialpolitik sei auf das Inland beschränkt¹⁷⁴. In die gleiche Richtung argumentiert auch *Lutter*, der darauf hinweist, daß der ausländische Gesetzgeber andernfalls Abwehrgesetze gegen die deutsche Sozialideologie Mitbestimmung erlassen müßte¹⁷⁵. Dies beträfe diesen seiner Souveränität¹⁷⁶.

Demgegenüber ist aber die Natur und Geschichte des Territorialitätsprinzipes zu bedenken. Es handelt sich um ein öffentlich-rechtliches Institut zur völkerrechtlichen Abgrenzung der subordinativen Regelungsgewalt verschiedener Souveräne. Zur Wahrung der jeweiligen

¹⁷⁰ Siehe die grundlegende Darstellung bei *Vogel*, S. 11 ff.

¹⁷¹ *Däubler*, RIW/AWD, 1972, 1 (5 f.); *Vogel*, a.a.O. (Fn. 170).

¹⁷² RAG 01.04.1931, a.a.O. (Fn. 167).

¹⁷³ LG Düsseldorf 05.06.1979 a.a.O. (Fn. 168).

¹⁷⁴ LG Düsseldorf 05.06.1979 a.a.O. (Fn. 168), Seite 1451 f.

¹⁷⁵ *Lutter*, ZGR 1977, 195 (206).

¹⁷⁶ *Lutter*, a.a.O. (Fn. 175).

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Souveränität ist es ausländischen Souveränen verboten, Rechtssubjekte, das heißt Exekutive und Bürger, außerhalb ihres Landes zu verpflichten. Das deutsche Mitbestimmungsrecht verpflichtet jedoch keine Rechtssubjekte im Herrschaftsbereich eines ausländischen Souveräns. Der deutsche Souverän ist nicht hoheitlich in die konkrete Mitbestimmung involviert. Er hat einzig einen Tatbestand geschaffen, der in Fällen mit Auslandsberührung Rechtsfolgen in Deutschland zeitigt¹⁷⁷. Einzige Wirkung im Ausland ist, dortigen Arbeitnehmern Rechte zu verschaffen, die allerdings allein in Deutschland Rechtsfolgen haben. Das ausländische Hoheitsrecht ist nicht berührt. Bezieht die deutsche Mutter die Arbeitnehmer bei ihrer ausländischen Tochtergesellschaft in ihre deutsche Mitbestimmung ein, ist der deutsche Staat nicht beteiligt. Verweigert die deutsche Muttergesellschaft die Mitbestimmung, kann der Arbeitnehmer entweder die ausländischen Gerichte (so ein Gerichtsstand besteht) oder die deutschen Gerichte anrufen. Selbst wenn ein ausländisches Gericht ein Mitbestimmungsrecht bejaht, wäre die ausländische Souveränität nicht betroffen, da die ausländische Judikative und damit der ausländische Souverän selbst den hoheitlichen Akt vollzogen hätte. Sollte ein Arbeitnehmer der ausländischen Gesellschaft ein deutsches Gericht anrufen, wäre dieses ein rein deutsches Verfahren, die ausländische Souveränität ist nicht betroffen. Es handelt sich beim deutschen Mitbestimmungsrecht damit nicht um öffentliches, sondern Privatrecht¹⁷⁸. Es besteht weder ein durch ein (hoheitliche) Über- und Unterordnung charakterisiertes Rechtsverhältnis, noch sind Hoheitsorgane direkt involviert.

Der verbleibende Einwand *Lutters*, die deutsche Mitbestimmung zwinge den ausländischen Gesetzgeber zu Abwehrgesetzen, wollte er dieser Ideologie nicht folgen¹⁷⁹, kann ebenfalls nicht überzeugen. Das (Privat-) Recht eines jeden Staates ist voll von Normen, deren Tatbestände auch (teilweise) im Ausland verwirklicht werden können und die Rechtsfolgen im Inland erzeugen. Man denke an den einfachen Fall eines grenzüberschreitenden Fall eines Kaufes. Das mangels Rechtswahl gemäß Art. 28 EGBGB grundsätzlich anwendbare deutsche Gewährleistungsrecht verschafft dem Käufer einen Katalog von Mangelrechten, die sich unter Umständen von denen seines Sitzlandes unterscheiden. Freilich mag man zugeben, daß dieses Beispiel ideologieneutraler als die Mitbestimmung ist. Dennoch ist festzuhalten, daß die Einräumung von Rechten in Deutschland in Sachverhalten mit Aus-

¹⁷⁷ Vgl. *Klückers*, 10 ff. (17 f.).

¹⁷⁸ So auch *von Zitzewitz*, S. 145 f.

¹⁷⁹ *Lutter*, a.a.O. (Fn. 175).

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

landsberührung üblich ist. Der deutsche Gesetzgeber begeht so keine „völkerrechtliche Nötigung“ indem er Arbeitnehmern im Ausland Rechte in Deutschland verschafft.

Es bleibt festzuhalten, daß das Territorialitätsprinzip systematisch nicht auf die unternehmerische Mitbestimmung paßt¹⁸⁰. Es schränkt daher die kollisionsrechtliche Verweisung auf die deutschen Mitbestimmungsgesetze nicht ein.

f. Zwischenergebnis

Die deutschen Mitbestimmungsgesetze sind kollisionsrechtlich auf Arbeitnehmer in ausländischen Tochtergesellschaften einer deutschen Muttergesellschaft anwendbar.

2. Subsumtion unter die Mitbestimmungsgesetze

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob im Rahmen der Mitbestimmung bei einer deutschen Gesellschaft Arbeitnehmer in ausländischen Tochtergesellschaften von den Tatbeständen der Mitbestimmungsgesetze erfaßt sind. Relevante Tatbestände sind die Quoten zur grundsätzlichen Anwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze¹⁸¹, das aktive und passive Wahlrecht¹⁸² sowie Nebenrechte und Nebenregelungen¹⁸³. Wegen der konzernweiten Zurechnung von Arbeitnehmern in den Mitbestimmungsgesetzen¹⁸⁴ kommen für die genannten Tatbestände auch die Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften in Betracht.

¹⁸⁰ Im Ergebnis so auch *Bernstein/Koch*, ZHR 1979, 522; *Däubler*, RabelsZ 1975, 444 (449 f.); *Ebenroth/Sura*, ZHR 1980, 610; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 3 Rn. 15; *Klückers*, 10 ff. (17 f.); *Lux*, BB 1977, 905.

¹⁸¹ §§ 1 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit 5 Abs. 1 MitbestG (2.000 Arbeitnehmer), § 1 Abs. 1 DrittelbG (500 Arbeitnehmer), § 1 Abs. 2 (1.000 Arbeitnehmer) und 3 Abs. 2 Nr. 2 (2.000 Arbeitnehmer) MontanMitbestG.

¹⁸² § 10 Abs. 1 und 3 MitbestG, § 1 Abs. 1, 5 Abs. 2, 6 DrittelbG, § 6 Abs. 1 und 5 MontanMitbestG, §§ 7 ff., 10g MontanMitbestErgG.

¹⁸³ §§ 7 Abs. 1 (Größe des Aufsichtsrates), 21 Abs. 2 Nr. 1 MitbestG (Wahlanfechtung), § 7 Abs. 1 MontanMitbestErgG (Delegiertenwahl).

¹⁸⁴ § 5 MitbestG, § 2 DrittelbG, § 1 Abs. 4 MontanMitbestG, § 8 Abs. 1 MontanMitbestErgG.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

a. Ausländische Tochtergesellschaften als „Unternehmen“ im Sinne der Konzerntatbestände

Gemäß den Konzerntatbeständen der Mitbestimmungsgesetze¹⁸⁵ gelten für herrschende Unternehmen im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG die Arbeitnehmer der beherrschten Unternehmen als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens. Ausländische Gesellschaft sind damit von den Konzerntatbeständen erfaßt, wenn sie Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG sind und weiter im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG durch eine deutsche Gesellschaft beherrscht sein können.

Die Diskussion um den konzernrechtlichen Unternehmensbegriff konzentriert sich vor allem auf die Bestimmung eines Anteilseigners als herrschendes Unternehmen. Grundsätzlich kann jedes Rechtssubjekt, einschließlich natürlicher Personen¹⁸⁶ Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG sein¹⁸⁷. Zur beherrschten Gesellschaft geht die wohl einhellige Meinung davon aus, daß jede selbständige Vermögensmasse unabhängig von ihrer Rechtsform Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG sein kann¹⁸⁸. Im Zweifelsfall sei der Unternehmensbegriff im Einzelfall teleologisch zu bestimmen¹⁸⁹.

Der Schutzzweck des Konzernrechtes bezüglich der Zielgesellschaft ist, Vermögens- und Beherrschungsverbindungen sichtbar zu machen und ein Umgehen zwingender handels- und gesellschaftsrechtlicher Ge- und Verbote durch ein Zwischenschalten von Konzernstufen zu verhindern¹⁹⁰. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn das Konzernrecht auf

¹⁸⁵ § 5 MitbestG, § 2 DrittelbG, § 1 Abs. 4 MontanMitbestG, § 8 Abs. 1 MontanMitbestErgG.

¹⁸⁶ Aus der ständigen Rechtsprechung BGH 13.12.1993 - II ZR 89/93 - NJW 1994, 446; 19.09.1994 - II ZR 237/93 - 1994, 3288 (3289 ff.); 12.02.1996 - II ZR 279/94 - NJW 1996, 1283 f.; 25.11.1996 - II ZR 352/95 - NJW 1997, 943 f. m.w.N. Vgl. auch BGH 16.09.1985 - II ZR 275/84 - BGHZ 95, 330 ff. „Autokran“; 23.09.1991 - II ZR 135/90 - BGHZ 115, 187 ff. „Video“; 29.03.1991 - II ZR 265/91 - BGHZ 122, 123 ff. „TBB“.

¹⁸⁷ Vgl. die Nachweise bei *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 15 Rn. 11 und dort den Fn. 16 bis 25.

¹⁸⁸ Vgl. *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 15 Rn. 25; *Hüffer*, § 15 Rn. 14; *Koppensteiner* in *Kölner Kommentar*, § 15 AktG Rn. 53; *Krieger* in *Münchener Handbuch AG*, § 68 Rn. 13; *Windbichler*, S. 519 alle m.w.N.

¹⁸⁹ Vgl. die Nachweise in Fn. 188.

¹⁹⁰ Vgl. die Nachweise in Fn. 188. Zum Gesetzeszweck bezüglich der Obergesellschaft vgl. *Emmerich/Habersack*, § 15 Rn. 8 ff.; *Mülbert*, ZHR 163 (1999), 1 (5, 20, 40 ff.) beide m.w.N.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

alle Rechtsträger als Zielgesellschaften, unabhängig von ihrer Rechtsform, Anwendung findet.

Dementsprechend ist davon auszugehen, daß ausländische Tochtergesellschaften einer deutschen Muttergesellschaft rechtlich selbständige Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG sein können.

b. Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften als Arbeitnehmer im Sinne des Mitbestimmungsrechtes

Weiter setzt die Anwendung der Mitbestimmungsgesetze voraus, daß die Arbeitnehmer der ausländischen Tochtergesellschaft Arbeitnehmer im Sinne der deutschen Mitbestimmungsgesetze sind.

(1). Tatbestand der Mitbestimmungsgesetze

Arbeitnehmer im Sinne des MitbestG sind gemäß dessen § 3 Abs. 1 solche im Sinne des BetrVG, dort § 5 Abs. 1 und 3. Das Drittelbeteiligungs- und das Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz bedienen sich der gleichen Definition (§ 3 DrittelbG und § 5 Abs. 5 MontanMitbestErgG in Verbindung mit §§ 5, 129 Abs. 2 BetrVG). Das MontanMitbestG enthält keine Begriffsbestimmung oder einen Verweis auf eine solche zur Definition der Arbeitnehmer. Keines der Gesetze differenziert ausdrücklich zwischen in- und ausländischen Mitarbeitern¹⁹¹.

Der so maßgebliche betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff leitet sich aus einer Modifikation des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffes ab¹⁹². Die Beschäftigten ausländischer Konzerngesellschaften sind aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet¹⁹³. Dementsprechend sind sie Arbeitnehmer im Sinne des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffes.

¹⁹¹ Vgl. *Lux*, BB 1977, 905.

¹⁹² Vgl. *Fitting*, § 5 Rn. 8; *Raab* in GK-BetrVG, § 5 Rn. 10 ff.; *Richardi* in *ders.*, § 5 Rn. 6 ff.

¹⁹³ Vgl. BAG 20.09.2000 - 5 AZR 61/99 - NZA 2001, 551 ff. m.w.N.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Die Beschäftigten bei ausländischen Tochtergesellschaften könnten trotz ihrer allgemeinen Arbeitnehmereigenschaft aber aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ausgenommen sein.

Eine solche Einschränkung könnte daraus folgen, daß das Betriebsverfassungsrecht gemäß dem Territorialitätsprinzip allein in Deutschland Anwendung findet; Beschäftigte in Betrieben im Ausland unterliegen nicht dem deutschen Betriebsverfassungsrecht¹⁹⁴.

Diese Beschränkung des Betriebsverfassungsrechtes könnte durch die mitbestimmungsrechtliche Übernahme des Arbeitnehmerbegriffes auf das Mitbestimmungsrecht durchschlagen. Dies wäre der Fall, wenn das betriebsverfassungsrechtliche Territorialitätsprinzip nicht nur Element des gesetzlichen Anwendungsbereiches des BetrVG, sondern gerade Teil des Arbeitnehmerbegriffes ist.

Das Territorialitätsprinzip ist ausdrücklich im BetrVG nicht geregelt. Gleiches gilt bis auf die Extension in den §§ 114 ff. BetrVG für den allgemeinen räumlichen Anwendungsbereich. Nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre erfolgt die Definition des räumlichen Anwendungsbereiches zumindest zusammen mit dem sachlichen Anwendungsbereich, das heißt dem Betrieb im Sinne des § 1 BetrVG¹⁹⁵. Nur deutsche Betriebe unterliegen dem Betriebsverfassungsrecht.

Es entspricht auch der Systematik der §§ 1 und 5 BetrVG das Territorialitätsprinzip als nur mit dem Betrieb verbunden einzuordnen. Das Betriebsverfassungsgesetz regelt die betriebliche Mitbestimmung in deutschen Betrieben. Um welche Betriebe es sich im Einzelnen handelt, regelt dabei § 1 BetrVG. § 5 BetrVG stellt dagegen auf persönliche Eigenschaften des oder der fraglichen Beschäftigten ab. Diese sind ihre allgemeine Arbeitnehmereigenschaft sowie speziell betriebsverfassungsrechtlich, daß die Arbeitnehmer nicht leitend tätig sind. § 5 BetrVG knüpft an keine Merkmale eines räumlichen Anwendungsbereiches, sondern typisch subjektive Eigenschaften von Beschäftigten wie deren Weisungsgebundenheit, ihre Abhängigkeit und ihre nicht leitende Tätigkeit an. Durch § 5 BetrVG sollen Personen von der betrieblichen Mitbestimmung ausgeschlossen werden, die dem Lager des Arbeitgebers entstammen oder wenigstens wie die leitenden Angestellten nahe stehen (§ 5

¹⁹⁴ Aus der ständigen Rechtsprechung siehe die Nachweise oben in Fn. 167.

¹⁹⁵ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 167.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Abs. 3 BetrVG). Dies hat nichts mit dem räumlichen Anwendungsbereich des Gesetzes zu tun. Dieser ist allein mit dem sachlichen Anwendungsbereich des deutschen Betriebes in § 1 BetrVG geregelt.

Diese Abgrenzung von §§ 1 und 5 BetrVG entspricht auch der herrschenden Meinung zu den sog. Ausstrahlungsfällen. Bei diesen handelt es sich um Sachverhalte, in denen Arbeitnehmer in ausländischen Betrieben tätig sind, dabei gleichzeitig aber noch zu einem deutschen Betrieb derartig assoziiert sind, daß dessen Betriebsverfassung auf sie „ausstrahlt“¹⁹⁶. Die Rechtsprechung geht in diesen Fällen davon aus, daß sich mit Hilfe des Territorialitätsprinzipes nicht feststellen läßt, ob der Beschäftigte Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG sei. Es sei vielmehr danach zu entscheiden, ob ein deutscher Betrieb noch auf den Mitarbeiter ausstrahlt und dieser so in dessen Betriebsverfassung einbezogen ist¹⁹⁷. Es zeigt sich, daß die territoriale Anwendung des BetrVG nicht persönlich am Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG sondern sachlich an der Betriebszugehörigkeit im Sinne von § 1 BetrVG angeknüpft ist. Auf letztere nehmen die Mitbestimmungsgesetze, wie schon gesagt, nicht Bezug.

Es bleibt festzuhalten, daß Beschäftigte ausländischer Konzerngesellschaften Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG unabhängig davon sind, ob sie in einem Betrieb in Deutschland oder im Ausland beschäftigt sind. Die Belegenheit des Betriebes ist allein für § 1 BetrVG relevant. Auf diesen nehmen die Mitbestimmungsgesetze aber keinen Bezug, die Belegenheit ist unerheblich.

(2). Systematik

Im folgenden ist zu untersuchen, wie es sich in die Systematik des Unternehmensmitbestimmungsrechtes fügt, wenn Beschäftigte in ausländischen Tochtergesellschaften gemäß der Konzerntatbestände als Arbeitnehmer der deutschen Obergesellschaft gelten.

¹⁹⁶ BAG 25.04.1978 - 6 ABR 2/77 - AP Nr. 16 zu Internat. Privatrecht Arbeitsrecht; 30.04.1987 - 2 AZR 192/86 - AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; 07.12.1989 - 2 AZR 228/89 - AP Nr. 27 zu Internat. Privatrecht Arbeitsrecht; aus der Literatur stellvertretend *Auffarth*, FS für *Hilger/Stumpf*, 31 ff.; *Birk*, FS für *Karl Molitor*, 19 ff.; *Kraft* in GK-BetrVG, § 1 Rn. 22 und *Richardi*, § 1 Rn. 70 alle m.w.N.

¹⁹⁷ BAG a.a.O. (Fn. 196), insbesondere vom 07.12.1989.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Keines der Mitbestimmungsgesetze enthält Regelungen für Auslandssachverhalte. Es besteht damit keine ausdrückliche „Auslandssystematik“ des Mitbestimmungsrechtes. § 5 Abs. 3 MitbestG mag zwar in Fällen mit Auslandsbezug Anwendung finden, im in diesem Abschnitt untersuchten Fall der deutschen Obergesellschaft mit der ausländischen Tochter gibt er jedoch keine Anhaltspunkte für ein System der Regelung von Auslandssachverhalten.

(a). Allgemeine Systematik der Mitbestimmungsgesetze

Möglicherweise läßt sich aus der Systematik der allgemeinen Definition der Anwendungsbereiche der Mitbestimmungsgesetze ableiten, ob Beschäftigte in ausländischen Gesellschaften in den Anwendungsbereich einbezogen sind.

Alle Mitbestimmungsgesetze bestimmen ihren Anwendungsbereich über die Konzernvorschriften des Aktiengesetzes. Diese definieren einen weiten Konzernbegriff. Wie schon gezeigt, kann de facto jedes Rechtssubjekt oder Mehrheit von Rechtssubjekten Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG sein¹⁹⁸. Weiter genügt zur Feststellung eines Beherrschungsverhältnisses im Sinne des § 15 AktG bereits die gesicherte, dauerhafte Möglichkeit eines Einflusses eines Unternehmens auf ein anderes¹⁹⁹. Diese Möglichkeit kann sowohl organisationsrechtlich auf einem Beherrschungsvertrag als auch gesellschaftsrechtlich auf einem Anteilseigentum fußen. Für das Konzernverhältnis ist die „Nationalität“ der beteiligten Gesellschaften unerheblich²⁰⁰.

Aufgrund des weiten, auch das Ausland umfassenden Konzernbegriffes der Konzerntatbestände der Mitbestimmungsgesetze²⁰¹ entspricht die Einbeziehung von Beschäftigten in ausländischen Konzerngesellschaften in die Mitbestimmung bei einer deutschen herrschenden Gesellschaft dem Bedeutungs- und Regelungszusammenhang der Mitbestimmungsgesetze.

¹⁹⁸ Vgl. oben Seite 51 f.

¹⁹⁹ Grundlegend BGH 19.01.1993 - KVR 32/91 - BGHZ 121,137 (146 ff.) „WAZ/IKZ“; OLG Düsseldorf 22.07.1993 - 6 U 84/92 - AG 1994, 36 (37 f.) „Feldmühle-Nobel“.

²⁰⁰ Vgl. oben Seite 51 ff.

²⁰¹ § 5 MitbestG, § 2 DrittelbG, § 1 Abs. 4 MontanMitbestG, § 8 Abs. 1 MontanMitbestErgG.

(b). Betriebsverfassungsrechtlicher systematischer Zusammenhang

Gegen die Subsumtion von Beschäftigten in ausländischen Konzerngesellschaft unter die deutschen Mitbestimmungsgesetze wird eingewandt, verschiedene betriebsverfassungsrechtliche Regelungen seien nicht auf sie übertragbar. Systematisch komme damit eine Einbeziehung dieser Arbeitnehmer nicht in Betracht²⁰².

Dazu wird vertreten, daß für Arbeitnehmer im Ausland die betriebsverfassungsrechtliche Einteilung in Arbeiter und Angestellte nicht möglich sei, weil die sozialversicherungsrechtlichen Unterscheidungsmerkmale mangels deutscher Sozialversicherungspflicht nicht griffen²⁰³.

Gegen diesen Ansatz spricht, daß die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten seit der Reform von 2001 aufgegeben ist. Unabhängig davon geht der Einwand, es bestehe keine Sozialversicherungspflicht aber auch ins Leere. Die Sozialversicherungspflicht war allein wegen ihres ausgearbeiteten Kataloges objektiver Abgrenzungskriterien einbezogen. Dabei ist es unerheblich, ob der jeweilige Beschäftigte dann auch tatsächlich sozialversicherungspflichtig ist²⁰⁴. Relevant ist allein die tatsächliche Tätigkeit des Beschäftigten. Auch bei einem Beschäftigten einer ausländischen Gesellschaft kann festgestellt werden, ob er Arbeitnehmer im Sinne des deutschen Betriebsverfassungsrechtes ist.

Ähnliches gilt hinsichtlich des Einwandes, daß der Ausschluß der Wählbarkeit durch eine strafgerichtliche Verurteilung gemäß §§ 7 Abs. 3 MitbestG, 8 Abs. 1 Satz 3 BetrVG in Verbindung mit §§ 45 Abs. 1, 92a StGB im Ausland nicht mit einer Verurteilung in Deutschland vergleichbar feststellbar sei²⁰⁵. Der strafgerichtliche Ausschluß der Wählbarkeit in politische Ämter kommt auch im Ausland vor und kann im Wege der Substitution²⁰⁶ unter §§ 7 Abs. 3

²⁰² Bellstedt, BB 1977, 1326 (1329); Ebenroth/Sura, ZHR 144 (1980), 610 (616); Großfeld in Staudinger, IntGesellR Rn. 475.

²⁰³ Bellstedt, a.a.O. (Fn. 202); Ebenroth/Sura, a.a.O. (Fn. 202); Großfeld in Staudinger, a.a.O. (Fn. 202). Vgl. Meilicke/Meilicke, § 3 RN. 8 und dagegen Duden, ZHR 141 (1977) 145 ff. (183).

²⁰⁴ So auch Duden, a.a.O. (Fn. 203); Klückers, S. 30 f.; Reuter, S. 70; Schubert, S. 97 f.

²⁰⁵ Großfeld in Staudinger, a.a.O. (Fn. 202).

²⁰⁶ Vgl. dazu Kegel/Schurig, § 1 VII. 2. e.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

MitbestG, 8 Abs. 1 Satz 3 BetrVG subsumiert werden²⁰⁷. Wegen der möglichen Differenzen in der rechtspolitischen Bewertung der in Deutschland seltenen Sanktion des Ausschlusses der Wählbarkeit ist bei dieser Subsumtion der ausländische Ausschluß der Wählbarkeit vor dem Hintergrund des deutschen ordre public zu überprüfen.

Festzuhalten bleibt, daß das Betriebsverfassungsrecht in seiner Bedeutung für die unternehmerische Mitbestimmung von Mitbestimmungsgesetz zu Mitbestimmungsgesetz mehr und mehr zum technischen Hilfsmittel zurückgedrängt wurde²⁰⁸. Ausgehend von §§ 6 Abs. 5 und 6 MontanMitbestG, die noch den Betriebsrat zur Aufstellung von Wahlvorschlägen beriefen, über das BetrVG 1952 gemäß dem nach herrschender Meinung auch Arbeitnehmer in Betrieben ohne Betriebsrat das aktive und passive Wahlrecht zum Aufsichtsrat hatten²⁰⁹ hin zum MitbestG und DrittelbG, die dem Betriebsrat nur noch wahltechnisch einbeziehen. Mit § 7 WahlO MontanMitbestErgG, jeweils § 5 Abs. 4 Satz 2 Erste und § 4 Abs. 4 Nr. 2 Zweite und Dritte WahlO MitbestG sowie § 2 Abs. 4 Satz 1 WahlO DrittelbG hat der Gesetzgeber jeweils Regelungen für Betriebe ohne Betriebsrat getroffen.

(c). Zwischenergebnis

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß es weder der allgemeinen Systematik der Mitbestimmungsgesetze noch der Systematik des Betriebsverfassungsrechtes widerspricht, Beschäftigte in ausländischen Konzerngesellschaften als Arbeitnehmer im Sinne der Mitbestimmungsgesetze zu verstehen.

(3). Verfassungskonforme Auslegung

Im Rahmen der Auslegung des Begriffes des Arbeitnehmers im Sinne der Mitbestimmungsgesetze²¹⁰ soll auch geprüft werden, ob die Einbeziehung von Beschäftigten in ausländischen Konzerngesellschaften in die Mitbestimmung bei einer deutschen herrschenden Gesellschaft verfassungsrechtlich geboten ist.

²⁰⁷ So auch *Schubert*, S. 98.

²⁰⁸ Vgl. *Windbichler*, S. 498 ff.

²⁰⁹ *Fitting*, § 76 BetrVG 52 Rn. 13; *Windbichler*, S. 498.

²¹⁰ §§ 3 Abs. 1 MitbestG; 3 DrittelbG; 5 Abs. 5 MontanMitbestErgG in Verbindung mit §§ 5, 129 Abs. 2 BetrVG.

(a). Verfassungsrechtliche Gebotenheit einer Einbeziehung von Arbeitnehmern in ausländischen Gesellschaften

Ein verfassungsrechtliches Gebot zur Einbeziehung der Beschäftigten in ausländischen Konzerngesellschaften könnte aus deren Menschenwürde in Verbindung mit Art. 1 GG folgen.

Die unternehmerische Mitbestimmung ist nach einhelliger Auffassung unter anderem mit der Menschenwürde eines jeden Beschäftigten verwurzelt²¹¹. Die Ableitung der Mitbestimmung auf Basis der mit ihr geschützten Menschenwürde wurde namentlich von *Däubler* entwickelt²¹². Er legt die mit Art. 1 GG geschützte Menschenwürde dahin aus, daß sie umfassende, von den Beteiligten nicht legitimierte Abhängigkeitsverhältnisse verbiete und im übrigen eine Wertentscheidung für Selbstbestimmung in allen Lebensbereichen treffe²¹³. Ausgehend von der Prämisse, Art. 1 GG gewähre – neben der Abwehr totalitärstaatlicher Eingriffe – dem Einzelnen ein Recht auf Selbstbestimmung im sozialen Kontext²¹⁴, folgert *Däubler*, daß diese Selbstbestimmung mit einer Arbeitsverfassung, die den Arbeitnehmer auf die Teilnahme an wenigen, sekundären und meist unwichtigen Entscheidungen beschränke, unvereinbar sei²¹⁵. Daß Art. 1 GG eine Selbstbestimmung im sozialen Kontext gewährleiste, lasse sich zwar nicht aus Wortlaut oder der Systematik der Verfassung ableiten²¹⁶, wohl aber weise die Entstehungsgeschichte in diese Richtung²¹⁷. Das Grundgesetz stelle gegenüber der NS-Zeit und der ihr vorangegangenen Weimarer Zeit eine „Kontrastverfassung“ dar, die die Selbstbestimmung des Einzelnen in den Vordergrund rücke. Diese Selbstbestimmung schließe nicht jede Weisungsgebundenheit aus, wohl aber die Unterwerfung unter die nicht-legitimierte Entscheidungsgewalt eines Dritten²¹⁸. Eine Legitimation dieser Entscheidungsge-

²¹¹ Vgl. Bericht der Mitbestimmungskommission, S. 18, a.a.O. (Fn. 18); BT-Drucks 6/334, Seite 56 ff.

²¹² Insbesondere *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung (1973).

²¹³ *Däubler*, 129 ff. (155).

²¹⁴ *Däubler*, 129 ff. (132 ff.).

²¹⁵ *Däubler*, 129 ff. (134 f.).

²¹⁶ *Däubler*, 129 ff. (140 f.).

²¹⁷ *Däubler*, 129 ff. (149 ff.).

²¹⁸ *Däubler*, 129 ff. (155 f.).

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

walt sei – schon wegen der Parallele im Verhältnis Arbeitnehmer-Kapital zu Bürger-Staat²¹⁹ aus der Perspektive von 1973 de lege lata nur durch Mitbestimmungstarifverträge möglich. Art. 20 GG weise dabei schon in die Richtung wie diese Mitbestimmung ausgestaltet sein solle – Wahlen und Mitentscheidungen seien geeignet, Entscheidungsmacht zu legitimieren²²⁰. Dabei kann es nach *Däubler* soweit die Leitungsmacht in Deutschland angesiedelt ist, keine Rolle spielen, ob die Arbeitnehmer im In- oder Ausland beschäftigt sind²²¹.

Däublers Argumentation mag mehr klassenkämpferisch²²², denn diskursiv anmuten. Dennoch ist die Menschenwürde der in ausländischen Gesellschaften Beschäftigten nicht unbeachtlich. Sie sind besser gestellt, wenn sie durch eine Beteiligung in den Organen der herrschenden deutschen Gesellschaft an der Leitungsmacht partizipieren.

Dennoch ist die unternehmerische Mitbestimmung nicht Teil des Schutzbereiches der Menschenwürde, sondern eine vom Gesetzgeber aus sozial-ideologischen Motiven gewährte weitere Förderung des einzelnen Beschäftigten. Damit führt der Ausschluß eines Arbeitnehmers von der Mitbestimmung aber noch nicht zu einem Eingriff in seine verfassungsrechtlich geschützte Menschenwürde. Der verfassungsrechtliche Schutz derselben beschränkt sich auf die Abwehr von Eingriffen. Er dient nicht zur Begründung positiver Rechte.

Ein Beschäftigter ist nicht im Sinne des Schutzbereiches des Art. 1 Abs. 1 GG in ein rechtloses Objekt, bloßes Mittel oder vertretbare Größe im Unternehmen degradiert²²³, wenn er im Rahmen seiner Beschäftigung nicht an der Konzernleitung partizipieren kann. Die Menschenwürde kann damit rechtspolitisches Motiv für eine Einbeziehung möglichst vieler Beschäftigter sein. Sie ist aber auf verfassungsrechtliche Ebene nicht verletzt, wenn Beschäftigte in ausländischen Konzerngesellschaften nicht an der Mitbestimmung in Deutschland teilnehmen.

²¹⁹ *Däubler*, 129 ff. (160 f.).

²²⁰ *Däubler*, 129 ff. (174 ff.).

²²¹ *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444 (453).

²²² Vgl. zum Beispiel die Gegenüberstellung der seinerzeitigen herrschenden Meinung, die ausländische Arbeitnehmer von der Mitbestimmung in Deutschland ausschloß, mit der Ausbeutung von Kolonialvölkern, die ohne politische Mitwirkung nur ihre Ressourcen „zur Verfügung stellen“ durften in *Däubler*, a.a.O. (Fn. 221) S. 467 dort in Fn. 106.

²²³ Vgl. *Herdegen* in *Maunz/Dürig*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 33.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Es kann daher dahinstehen, wenn teilweise in der Literatur die Auffassung vertreten wird, der Schutzbereich der Menschenwürde der Beschäftigten ausländischer Gesellschaften sei nicht eröffnet, weil die Mitbestimmung ein typisches deutsches Institut sei, das nicht auf das Ausland übertragen werden könne. Insofern trete die Menschenwürde der ausländischen Beschäftigten zurück²²⁴.

Es bleibt festzuhalten, daß die Menschenwürde der Beschäftigten ausländischer Konzerngesellschaft nicht deren Einbeziehung in die Mitbestimmung bei der deutschen Konzernobergesellschaft bedingt.

(b). Gleichheitsrechte – Art. 3 GG

Möglicherweise bedingt der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG eine Auslegung der Mitbestimmungstatbestände hin zu einer Einbeziehung der Beschäftigten bei ausländischen Konzerngesellschaften gebieten. Dies wäre der Fall, wenn die Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften solchen in deutschen Gesellschaften im Sinne der Mitbestimmungsgesetze vergleichbar wären und im Falle eines Ausschlusses von der Mitbestimmung ohne sachlichen Grund ungleich behandelt wären.

aa. Art. 3 Abs. 3 GG

Ein Ausschluß ausländischer Beschäftigter von der deutschen Konzernmitbestimmung könnte diese wegen ihrer Heimat und Herkunft im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG diskriminieren.

Dagegen spricht aber, daß Heimat und Herkunft nicht den Wohn- und Arbeitsort betreffen, sondern Ungleichbehandlungen Einzelner am selben Ort aufgrund ihrer Herkunft abwehren²²⁵. Eine Differenzierung nach dem Arbeitsort unterfällt nicht dem Schutzbereich²²⁶.

²²⁴ *Duden*, ZHR 141 (1977), 145 (181); *Schubert*, S. 98 f.

²²⁵ Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfG 25.05.1956 - 1 BvR 83/56 - BVerfGE 5, 17 (22); 22.10.1974 - 1 BvL 30/73 - BVerfGE 38, 128 (135); 30.05.1978 - 1 BvL 26/76 - BVerfGE 48, 281 (287 f.); 25.10.1994 - 1 BvF 1/90, 1BvR 342, 348/90 - BVerfGE 92, 26 (50).

²²⁶ Vgl. BVerfG 24.09.1965 - VII C 180/63 - NJW 1966, 315 (316); 20.03.1979 - 1 BvR 111/74, 283/78 - BVerfGE 51, 1 (30); 17.05.1983 - 1 C 163/80 - NJW 1984, 69 (70); 27.09.1988 - 1 C 52/87 - NJW 1989, 1441 (1443 f.) sowie die Nachweise in Fn. 225.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Ein Ausschluß der ausländischen Beschäftigten von der Mitbestimmung in Deutschland verstößt damit nicht gegen Art. 3 Abs. 3 GG.

bb. Art. 3 Abs. 1 GG

Denkbar wäre, daß der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG die Einbeziehung der Beschäftigten in ausländischen Konzerngesellschaften in die Konzernmitbestimmung in Deutschland gebietet.

Wie schon festgestellt, unterscheiden die Konzerntatbestände der Mitbestimmungsgesetze die Arbeitnehmer nicht nach der Belegenheit ihres Arbeitsplatzes und der „Nationalität“ des Arbeitgebers beziehungsweise Konzernunternehmens²²⁷. Ausländische Tochtergesellschaften sind Konzernunternehmen im Sinne der Mitbestimmungsgesetze²²⁸. Damit könnten die Beschäftigten in inländischen und ausländischen Gesellschaften im Sinne der Mitbestimmungsgesetzen gleich sein, eine Ungleichbehandlung durch Ausschluß der Beschäftigten im Ausland wäre nur mit sachlichem Grund möglich.

Voraussetzung dessen ist, daß Arbeitnehmer in- und ausländischer Gesellschafter schon aufgrund der Vergleichsmerkmale „gleicher Konzern“ und „Arbeitnehmer“ vergleichbar sind. Zwar mögen die Tatbestände der Mitbestimmungsgesetze die Arbeitnehmer nicht nach ihrem *locus labororum* qualifizieren, dennoch sind die Arbeitsverhältnisse ausländischer Mitarbeiter von häufig gänzlich anderen Arbeits- und Sozialordnungen geprägt, als die der deutschen Mitarbeiter. Neben den verschiedenen Wirtschaftssystemen sind die einzelnen Arbeitsrechtsordnungen von einem mehr oder weniger an Parteiautonomie, Parität und gegenseitigem Umgang von Arbeitgebern, Arbeitnehmern sowie deren Organisationen geprägt. Dies muß bei der Prüfung der Vergleichbarkeit in- und ausländischer Mitarbeiter bei der verfassungskonformen Auslegung der Mitbestimmungsgesetze berücksichtigt werden. Andernfalls würde der Gleichheitsgrundsatz entgegen seiner Natur dazu verwandt, Ungleichheiten in diesen verschiedenen Sozialordnungen durch Gleichsetzungen zu verändern²²⁹.

²²⁷ Oben Seite 40 ff.

²²⁸ Oben Seite 40 ff. und 51 ff.

²²⁹ Für das Inland vgl. BVerfG 25.07.1960 - 1 BvL 5/59 - BVerfGE 11, 283 (293); 18.06.1975 - 1 BvL 4/74 - BVerfGE 40, 121 (139 f.).

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Damit stellt sich die Frage, ob Unterschiede zwischen der deutschen und ausländischen Sozialordnungen so wesentlich sind, daß die Beschäftigten in Unternehmen in Deutschland und im jeweiligen Ausland hinsichtlich der Mitbestimmung nicht mehr gleich im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG sind.

Dabei fällt der Blick als erstes auf Europa, insbesondere die deutschen Nachbarländer. Bereits die europäischen Arbeits- und Sozialordnungen unterscheiden sich hinsichtlich der Mitbestimmung wesentlich von der deutschen. Kein Land hat eine so weitgehende Mitbestimmung wie Deutschland²³⁰.

Vor diesem Hintergrund sind ausländische Beschäftigte nicht mit ihren deutschen Kollegen im Sinne der Mitbestimmungsgesetze vergleichbar. Die das jeweilige Arbeitsverhältnis umfassende nationalen Arbeits- und Sozialordnungen machen jede nationale Arbeitnehmergruppe einzigartig und nicht den Arbeitnehmern in Deutschland vergleichbar²³¹. Das heißt nicht, daß sie nicht auch unter die Mitbestimmungsgesetze fallen können, bedeutet aber, daß ihr Gleichheitsrecht nicht verletzt ist, sollten sie von der Mitbestimmung ausgeschlossen werden²³².

(c). Zwischenergebnis

Die verfassungskonforme Auslegung ist damit unergiebig. Weder die Menschenwürde noch der Gleichheitsgrundsatz gebieten es, daß Mitarbeiter in ausländischen Konzerngesellschaften an der Mitbestimmung bei der deutschen Konzernspitze teilnehmen.

(4). Europarechtskonforme Auslegung

Es wäre möglich, daß das europäische Diskriminierungsverbot oder die Grundfreiheit der Beschäftigten in ausländischen Tochtergesellschaften auf Freizügigkeit deren Einbeziehung in die Mitbestimmung bei einer deutschen Obergesellschaft gebieten.

²³⁰ Vgl. die Übersicht im Anhang III des *Davignon*-Berichtes, abgedruckt in BR-Drucks. 572/97, S. 24 ff.

²³¹ In diesem Sinne auch *Prager*, S. 49 f.

²³² Anders *Steindorff*, ZHR 141 (1977), 457 (460 f.).

(a). Europäisches Primärrecht

Gemäß Art. 12 EGV ist jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit innerhalb der Gemeinschaft verboten. Die Art. 39 ff. EGV präzisieren dies für das Arbeitsrecht. Art. 39 Abs. 2 EGV gewährleistet die Freizügigkeit der Arbeitnehmer als negative Grundfreiheit durch die Abwehr jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedsstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Positiv umfaßt die Freizügigkeit gemäß Art. 39 Abs. 3 EGV die Freiheit, sich gemeinschaftsweit zu bewerben, sich frei zwischen den Mitgliedsstaaten zu bewegen, aufzuhalten und zu verbleiben. Präzisiert wird diese Freiheit durch die Verordnung EWG Nr. 1612/68 vom 15.10.1968²³³.

Der Gesamtblick auf genannte Vorschriften zeigt, daß Kern der Freizügigkeit die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer frei von ihrer Nationalität in der Gemeinschaft ist. Dies wird durch eine Gleichstellung von ausländischen Arbeitnehmern mit den Arbeitnehmern im jeweiligen Mitgliedsstaat erreicht.

Damit erfaßt die Freizügigkeit nicht den Fall von Arbeitnehmern, die in ihrem Land bei einer Gesellschaft dortigen Rechtes arbeiten, welche von Deutschland aus beherrscht wird. Eine Benachteiligung erfolgt nur im Verhältnis zwischen den Arbeitnehmern in den ausländischen und deutschen Konzerngesellschaften²³⁴. Diese Benachteiligung bedeutet aber keine Benachteiligung wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV). Anknüpfungspunkt ist die Beschäftigung bei einer ausländischen Gesellschaft im betreffenden Gemeinschaftsstaat und nicht die Staatsangehörigkeit. Dies ist keine Diskriminierung im Sinne der Art. 12, 39 EGV.

Das Diskriminierungsverbot und seine arbeitsrechtliche Ausgestaltung als Freizügigkeit der Arbeitnehmer bedingen damit nicht die gemeinschaftsweite Gleichbehandlung von Arbeitnehmern in verschiedenen Mitgliedsstaaten. Geschützt ist nur der einzelne ausländische Arbeitnehmer im einzelnen fremden Mitgliedsstaat.

Damit ergeben weder das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV noch die Freizügigkeit der Arbeitnehmer der Art. 39 ff. EGV einen Anhaltspunkt für die Auslegung der Mitbestimmungs-

²³³ Abl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2.

²³⁴ Vgl. *Lutter*, FS für *Zweigert*, S. 260 f.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

gesetze²³⁵. Ob ein sachlicher Grund für eine etwaige Ungleichbehandlung durch die verschiedenen Sozialordnungen in der Gemeinschaft vorliegt²³⁶, kann daher offen bleiben.

(b). Europäische Aktiengesellschaft

Im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung ist auch das Sekundärrecht zur Europäischen Aktiengesellschaft berücksichtigen²³⁷. Es wäre wertungswidersprüchlich, würde man die unternehmerische Mitbestimmung in einem internationalen Konzern mit einer deutschen Obergesellschaft grundlegend anders ausgestalten als in der ersten europäischen Kapitalgesellschaft, der Europäischen Aktiengesellschaft. Das Recht der europäischen Aktiengesellschaft vermag dabei mangels Regelungskompetenz keine verbindliche Auslegung vorzugeben. Es kann aber eine Auslegung des nationalen Rechtes verifizieren.

Wie schon oben dargestellt, sieht das Gemeinschaftsrecht für die SE eine Mitbestimmung auf Verhandlungsbasis vor²³⁸. Für die Auslegung der deutschen Mitbestimmungsgesetze auf von Deutschland aus beherrschte internationale oder europäische Konzerne bedeutet das Mitbestimmungsmodell der Europäischen Aktiengesellschaft ein grundsätzliches Ja zur grenzüberschreitenden unternehmerischen Beteiligung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Die europaweite Beteiligung der Arbeitnehmer durch Information und Anhörung ist in der Europäischen Aktiengesellschaft obligatorisch. Die internationale Mitbestimmung ist, soweit die Europäische Aktiengesellschaft von bereits national mitbestimmten Gesellschaften gebildet wird, ebenfalls obligatorisch und nur mit qualifizierter Mehrheit im Verhandlungsgremium minderbar.

Diese europäische Entscheidung für die Mitbestimmung spricht dafür, bei der Durchführung der Mitbestimmung in deutschen Unternehmen nicht deren Beschäftigte in ausländischen Tochtergesellschaften außen vor zu lassen. Wäre der fragliche Konzern nicht in einzelnen nationalen Gesellschaften gegliedert, sondern unter einer deutschen SE zusammengefaßt, hätten die Arbeitnehmer in den ausländischen Gesellschaften Mitbestimmungsrechte. Dies

²³⁵ So auch *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (613).

²³⁶ So *Schubert*, S. 100.

²³⁷ Verordnung des Rates vom 08.10.2001 Nr. 2157/2001, Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001. Darstellend dazu *Heinze*, ZGR 2002, 66 ff.; *Hirte*, NZG 2002, 1 ff. und oben Seite 31 ff.

²³⁸ Vgl. oben Seite 31 ff.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

spricht dafür, daß die Arbeitnehmer auch im Falle einer nationalen Obergesellschaft dort Mitbestimmungsrechte haben.

(c). Zwischenergebnis

Als Ergebnis der europarechtskonformen Auslegung bleibt festzuhalten, daß das europäische Primärrecht weder für noch gegen die Einbeziehung ausländischer Konzernbeschäftigter in die unternehmerische Mitbestimmung bei einer deutschen Konzernobergesellschaft spricht. Aus dem Sekundärrecht zur Umsetzung der Europäischen Aktiengesellschaft folgt jedoch ein grundsätzliches Ja zur grenzüberschreitenden unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer.

(5). Europäische Sozialcharta, Internationaler Sozialpakt

Für die Auslegung wenig dienlich sind die Europäische Sozialcharta²³⁹, die das soziale Gegenstück zur Europäischen Menschenrechtskonvention ist, sowie der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen („Sozialpakt“)²⁴⁰. Beide Verträge befassen sich im Hinblick auf die Stellung der Arbeitnehmer insbesondere mit dem Recht der Arbeitnehmer auf „gerechte“ Arbeitsbedingungen, dem individuellen Schutz der Arbeitnehmer vor körperlicher Ausbeutung und ihrer Rechte auf Vereinigung in Gewerkschaften (Art. 1 ff. Europäische Sozialcharta, Art. 6 ff. Sozialpakt). Die Rolle des Arbeitnehmers im Unternehmen und die etwaige Kontrolle unternehmerischer Macht sind nicht Gegenstand der Verträge.

²³⁹ Übereinkommen vom 18.10.1961, BGBl. II 1964, 1261, 1262 ff. Vertragsstaaten sind die Mitglieder des Europarates. 2001 waren dies 43 Staaten. Siehe dazu *Pipkorn*, RdA 1992, 120 (122 f.).

²⁴⁰ Übereinkommen vom 19.12.1966, BGBl. II 1973, 1570 ff. 1996 waren 141 Vertragsstaaten. Eine Übersicht bietet die Internetseite der Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/0_103_1/.

(6). Teleologische Auslegung

Im Rahmen der Prüfung, ob Beschäftigte in ausländischen Konzerngesellschaften an der Mitbestimmung bei einer deutschen Konzernspitze teilnehmen, sind auch der Sinn und Zweck der Mitbestimmungsgesetze zu berücksichtigen.

Wie schon wiederholt beschrieben, ist es Aufgabe der Mitbestimmungsgesetze, den Arbeitnehmer als dem Unternehmer sozioethisch gleichwertig anzuerkennen, weiter die Demokratisierung der Wirtschaft durch Machtbindung und die Einbringung der Interessen der Arbeitnehmer in die unternehmerische Entscheidungsfindung zu sichern²⁴¹.

Dies spricht für eine Einbeziehung der Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften in die unternehmerische Konzernmitbestimmung in Deutschland, da andernfalls sämtliche Gesetzeszwecke nur unzureichend erfüllt wären²⁴². Durch eine einfache Konzernumstrukturierung hin zum Ausland könnte sich die deutsche Obergesellschaft leicht der Demokratisierung ihrer Wirtschaftsmacht entziehen und den Arbeitnehmern die Mitbestimmung entziehen²⁴³.

Für eine grenzüberschreitende Mitbestimmung spricht dabei auch, daß die Arbeitnehmer sich regelmäßig als Arbeitnehmer eines Konzerns mit einer nationalen Obergesellschaft begreifen, gleich bei welcher nationalen Gesellschaft sie rechtstechnisch angestellt sind. Eine Ausnahme vermag insoweit allenfalls der Konzern im Konzern zu bilden. Dies zeigt sich besonders, wenn Entscheidungen von Bedeutung für den Gesamtkonzern sind, wie internationale Produktionsverlagerungen oder andere Umstrukturierungen bis hin zum Verkauf von Konzernteilen. Hier sind eine echte Diskussion und Mitbestimmung der Arbeitnehmer nur gewährleistet, wenn das verhandelnde Gremium, das heißt die Arbeitnehmervertreter im deutschen Aufsichtsrat Repräsentanten der gesamten Konzernbelegschaft sind.

Dafür ist es jedoch erforderlich, daß die Repräsentanten auch von den Arbeitnehmern in ausländischen Tochtergesellschaften gewählt werden. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß deutsche Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auch im Sinne der Mitarbeiter in

²⁴¹ Vgl. Bericht der Mitbestimmungskommission, S. 18 ff., a.a.O. (Fn. 18) sowie oben Seite 3 ff.

²⁴² *Birk* in *Birk/Tietmeyer*, S. 50 f.; *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444 (454 f.); *ders.*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 18 (1978), S. 263 (355).

²⁴³ Zum Begriff der Konzernbelegschaft *Windbichler*, S. 302 f.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

ausländischen Gesellschaften handeln. Neben unter Umständen verfolgten eigenen nationalen Interessen²⁴⁴ haben Arbeitnehmervertreter aus deutschen Konzerngesellschaften kein Mandat zur Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer aus ausländischen Konzerngesellschaften. Sie sind weder durch deren Wahl legitimiert noch hat das deutsche „Wahlvolk“, das heißt die Arbeitnehmer in den deutschen Gesellschaften, ihnen ein Mandat erteilt, auch für Dritte, das heißt die Arbeitnehmer in den ausländischen Gesellschaften, zu sprechen.

In der Literatur wird teilweise vertreten, es entspreche nicht Sinn und Zweck der Mitbestimmungsgesetze ausländische Beschäftigte in die Mitbestimmung einzubeziehen, weil die Gesetze der Fortentwicklung gerade der deutschen Rechts- und Sozialordnung dienen²⁴⁵.

Dem kann nicht gefolgt werden. Ausländische Tochtergesellschaften sind im wesentlichen im Ausland erfolgte Kapitalinvestitionen deutscher Obergesellschaften. „Deutsches Kapital“ ist im Ausland tätig, indem es in Arbeitnehmer und Produktionsmittel zwecks Umsatzerzielung investiert wird. Der Gewinn der ausländischen Tochtergesellschaft geht als Profit zurück an die deutsche Obergesellschaft. Es besteht damit ein Bezug zur deutschen Rechts- und Sozialordnung, wenn die Arbeitnehmer in den ausländischen Gesellschaften in die Mitbestimmung bei der deutschen Obergesellschaft einbezogen werden. Der Sachverhalt unterscheidet sich vom rein deutschen Sachverhalt allein dadurch, daß Arbeitnehmern im Ausland und deren Organisationen Rechte gewährt werden. Die übrigen Ziele der Mitbestimmungsgesetzgebung, namentlich die Bindung und Kontrolle der auf dem Kapital beruhenden wirtschaftlichen Macht sind auch im Auslandssachverhalt unverändert relevant. Die wirtschaftliche Macht der Obergesellschaft wirkt sich von Deutschland ausgehend im Ausland aus. Diese Machtausübung soll nach Willen des deutschen Gesetzgebers in Großunternehmen demokratisch legitimiert sein. Es ist dabei kein Grund ersichtlich, warum diese Legitimation bei einer Machtausübung im Ausland nicht erforderlich sein sollte.

Dementsprechend ist davon auszugehen, daß Sinn und Zweck der Mitbestimmung eine Einbeziehung der Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften gebieten.

²⁴⁴ Abschlußbericht der Kommission Mitbestimmung 1998, Kap. 9 Ziff. 5 ff.; *Däubler*, a.a.O. (Fn. 242).

²⁴⁵ *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 474.

(7). Historische Auslegung

In Deutschland gab es bislang fast keine ausdrückliche Gesetzgebung zur Mitbestimmung in Sachverhalten mit Auslandsberührung.

Das einzige direkt Auslandssachverhalte regelnde Gesetz ist das Gesetz zur Umsetzung des Vertrages über deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke vom 13.05.1957²⁴⁶. Nach dem Vertrag findet in deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken eine grundsätzliche Beteiligung der Arbeitnehmer an Aufsichtsratssitzungen statt. Zu jeder Sitzung sind zwei beziehungsweise drei Arbeitnehmervertreter einzuladen, die nicht Mitglieder des Aufsichtsrates sind und kein Stimmrecht in diesem haben (Art. 2 § 1 Abs. 1 bis 3 des Transformationsgesetzes).

Als der Vertrag über die Beteiligung der Arbeitnehmer geschlossen wurde, kannte das deutsche Mitbestimmungsrecht eine starke, nahezu paritätische Mitbestimmung nur in der Montanindustrie. Daneben galt die Drittelmitbestimmung gemäß dem BetrVG 1952. Demgegenüber bestand und besteht in der Schweiz kaum eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Erst 1993 kam es zum ersten Gesetz zur Beteiligung der Arbeitnehmer, dem Mitwirkungsgesetz²⁴⁷, das das schweizerische Recht den Mindeststandards der Europäischen Union anpaßte. Dieses gewährt Arbeitnehmern in Betrieben mit mehr als 50 Arbeitnehmern Mitwirkungs- und Informationsrechte.

Vor diesem Hintergrund ist das Gesetz über deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke als historisch überholte Regelung einiger weniger Spezialfälle, namentlich der Grenzkraftwerke, zu verstehen. Es kann nicht zur Auslegung des fast 20 Jahre jüngeren MitbestG herangezogen werden. Die historische Auslegung ist damit unergiebig.

(8). Gesetzgebungsgeschichte

Im Gesetzgebungsverfahren zum MitbestG hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich gegen eine Einbeziehung von Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften in die

²⁴⁶ BGBl. II 1957, S. 262, letzte Änderung durch Gesetz vom 25.06.1969, BGBl. I 1969, 645 und Art. 237 EGStGB vom 02.03.1974, BGBl. I 1974, 469 abgedruckt zum Beispiel bei *Nipperdey*, Arbeitsgesetze, Nr. 565.

²⁴⁷ Gesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17.12.1993, AS 1994 1037, im Internet unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/c822_14.html.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

deutsche Mitbestimmung ausgesprochen. In der Stellungnahme des Bundestagsausschusses für Arbeits- und Sozialordnung heißt es wörtlich:

„Im Ausschuß bestand Einmütigkeit darüber, daß der Gesetzesentwurf nicht für Unternehmensorgane ausländischer Unternehmen Geltung beanspruchen kann, daß sich vielmehr der Geltungsbereich des Entwurfes auf Unternehmen und Konzernobergesellschaften beschränkt, die ihren Sitz im Geltungsbereich des Grundgesetzes haben und insgesamt ggf. zusammen mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, und daß die im Gesetzesentwurf festgelegten Beteiligungsrechte nur den Arbeitnehmern der in der Bundesrepublik belegenen Betriebe dieser Unternehmen zustehen. Im Ausland belegene Tochtergesellschaften und deren Betriebe im Inland von unter das Gesetz fallenden Unternehmen zählen bei der Errechnung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl nicht mit.“²⁴⁸ (Hervorhebung durch Verfasser).

Zum Teil wird daraus in der Literatur abgeleitet, daß eine Mitbestimmung von Arbeitnehmern in ausländischen Konzerngesellschaften ausgeschlossen sei²⁴⁹.

Die Gesetzgebungsmaterialien sind eine Quelle zur Ermittlung der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers. Dessen Absicht ist zwar für die Auslegung des Gesetzes nicht bindend, andererseits sollte das Gesetz nicht entgegen dem Regelungswillen des Gesetzgebers angewendet werden, wenn dies aufgrund veränderter Umstände nicht geboten ist.

Dabei darf der Gesetzgebungswille jedoch nicht überbewertet werden. Die Gesetzgebungsmaterialien dokumentieren Ansichten einzelner am Gesetzgebungsverfahren beteiligter Personen. Nicht jede einzelne Ansicht in den Materialien ist maßgeblich. Die Materialien dokumentieren vielmehr einen Geist der hinter dem Gesetz steht, der bei der Auslegung zu berücksichtigen ist. Ausführungen wie die oben zur internationalen Reichweite zitierte zeigen die seinerzeitige Auslegung des Gesetzesentwurfes durch den befaßten Bundestagsausschuß. Mehr nicht.

Der Ausschuß hat seine Ansicht, das MitbestG sei auf Deutschland begrenzt, nicht begründet. Angesichts der oben schon dargestellten Argumente für und wider einer Einbeziehung der Beschäftigten in ausländischen Konzerngesellschaften wäre dies aber eine Voraussetzung, damit dieses Verständnis für die spätere Rechtsanwendung maßgeblich sein sollte. Ohne Begründung bestünde die Möglichkeit, daß eine unreflektierte Meinung im Ausschuß

²⁴⁸ BT-Drucks 7/4845, S. 4.

²⁴⁹ Duden, ZHR 141 (1977), 145 (184); Fuchs/Köstler, Rn. 33, 42; Klückers, S. 34 ff.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

maßgeblich für die spätere Auslegung des Gesetzes wäre. Ein solcher Wille des Gesetzgebers ist nicht geschützt.

Desweiteren hätte es angesichts der schon vor dem Erlaß des MitbestG streitigen Frage der Einbeziehung von Beschäftigten ausländischer Gesellschaften²⁵⁰ für den Gesetzgeber nahe gelegen, eine die Ausschlußmeinung übernehmende, klärende Regelung in das Gesetz aufzunehmen. Dies ist nicht erfolgt. Dies zeigt, daß die Ausschlußdrucksache nicht notwendig den abschließenden Willen des Gesetzgebers dokumentiert. Mangels ausdrücklicher Regelung verbleibt ein Raum zur Auslegung des Gesetzes.

Eine solche revidierende Auslegung des Gesetzes ist auch erforderlich. Seit Erlaß des MitbestG hat sich zum einen die internationale Verflechtung deutscher Konzerne verdichtet. Zum anderen ist mit der SE eine neue Gesellschaftsform gerade für grenzüberschreitende Konzerne eingeführt, die die grenzüberschreitende Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorsieht. Dies verändert den das Gesetz tragenden Interessenausgleich derart, daß die 30 Jahre alte Ausschlußdrucksache heute nicht länger letztes Wort des Gesetzgebers sein kann.

Damit ist die Ausschlußdrucksache methodisch überbewertet, wenn man aus ihr den Ausschluß der Mitbestimmung von Konzernarbeitnehmern im Ausland ableiten würde²⁵¹.

(9). Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, daß Arbeitnehmern in ausländischen Tochtergesellschaften einer deutschen Obergesellschaft Arbeitnehmer im Sinne der Mitbestimmungsgesetze sind. Dies folgt aus dem Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze und fügt sich in die Systematik der Mitbestimmungsgesetze. Weiter entspricht es dem Sinn und Zweck der Mitbestimmungsgesetze, die Beschäftigten in ausländischen Konzerngesellschaften in die Konzernmitbestimmung in Deutschland einzubeziehen.

²⁵⁰ Vgl. *Birk*, RIW 1975, 589 (594 ff.); *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444 (447 ff.); *Grasmann*, ZGR 1973, 317 (327 ff.); *Koppensteiner*, S. 207, alle m.w.N.

²⁵¹ So auch *Reuter*, S. 73 f.; *Schubert*, S. 96 f.

(10). Praktikabilität

Über die Auslegung der Mitbestimmungsgesetze hinaus werden in der Diskussion um die Mitbestimmung von Arbeitnehmern in ausländischen Konzerngesellschaften häufig Argumente über die Praktikabilität einer Mitbestimmung vorgebracht. Dazu zählen insbesondere mögliche Schwierigkeiten bei der Durchführung der Wahlen, mögliche Probleme mit ausländischen Arbeitnehmern in deutschen Aufsichtsräten, Unsicherheiten bei der Durchsetzung der Mitbestimmung im Ausland (§§ 20 Abs. 1 und 2, 26 MitbestG) sowie Schwierigkeiten in der ausländischen Sozialordnung²⁵².

(a). Ausgangspunkt

Eine Auslegung hin zu einem praktisch unmöglichen Ergebnis liegt nicht im Sinne einer wissenschaftlichen Diskussion des Anwendungsbereiches der Mitbestimmungsgesetze. Einzelne Durchführungsprobleme, die nicht direkt zur Unmöglichkeit führen, können dagegen nicht gegen eine Einbeziehung sprechen, da diese Ergebnis der Auslegung ist und beim Blick auf die Durchführbarkeit nur das Unmögliche und nicht auch das Schwierige ausgeschlossen ist²⁵³. Entsprechend ist zu prüfen, ob eine Einbeziehung der ausländischen Konzernarbeitnehmer in die Konzernmitbestimmung Deutschland möglich ist.

(b). Wahlverfahren

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, das Wahlverfahren zum deutschen Aufsichtsrat sei im Ausland nicht durchführbar²⁵⁴.

²⁵² *Bernstein/Koch*, ZHR 143 (1979), 522; *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444 (456 f.); *Duden*, ZHR 141 (1977), 145 (183); *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (616); *Ebenroth* in *MüKo*², Nach Art. 10 EGBGB; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 3 Rn. 16; *Grasmann*, ZGR 1973, 317 (328 f.); *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 475; *Klückers*, S. 21 ff.; *Lutter*, FS für *Zweigert*, S. 257 ff.; *Prager*, S. 49; *Reuter*, S. 75, 89 f.; *Raiser*, § 5 Rn. 28 ff.; *Schneider* in *GK-AktG*, § 5 MitbestG Rn. 85; *Schubert*, S. 95 f., 101 f.

²⁵³ Vgl. *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (616); *Grasmann*, ZGR 1973, 317 (328 f.); *Steindorff*, ZHR 141 (1977), 457 (460 f.).

²⁵⁴ *Ebenroth* in *MüKo*², Nach Art. 10 EGBGB Rn. 295; *Schneider* in *GK-AktG*, § 5 MitbestG Rn. 85; vgl. auch *Lutter*, FS für *Zweigert*, S. 269 f.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Die Wahlverfahren der Mitbestimmungsgesetze knüpfen an den betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen in deutschen Unternehmen wie Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat und der Betriebsversammlung an²⁵⁵. Mit Hilfe dieser wird das Wahlverfahren vorbereitet.

Im Falle einer Einbeziehung von Arbeitnehmern im Ausland in die Wahl sind hier Schwierigkeiten denkbar. Es fehlt an der genannten deutschen betriebsverfassungsrechtlichen Struktur, die die Wahl vorbereiten könnte. Weiter könnte die Ordnungsmäßigkeit der Wahl weniger gut überwachbar sein.

Als Ausweg werden im Wege der kollisionsrechtlichen Substitution eine Vorbereitung der Wahl durch – soweit vorhanden – die dortigen Vertretungen der Arbeitnehmer oder spontan gebildete sachgerechte Strukturen vorgeschlagen²⁵⁶. Zur Wahl selbst wird die Möglichkeit einer Briefwahl diskutiert²⁵⁷, wie sie die Wahlordnungen zum Beispiel für vom deutschen Betrieb abwesende Arbeitnehmer vorsehen²⁵⁸.

Wägt man beide Positionen gegeneinander ab, zeigt sich, daß die Durchführung der Wahl nicht völlig undenkbar ist. Insbesondere das Manko der fehlenden betriebsverfassungsrechtlichen Organisation im Ausland ergibt sich erst in voller Breite aus den Wahlordnungen. Die Mitbestimmungsgesetze selbst regeln die Wahldurchführung nur allgemein. Alle Wahlordnungen regeln schon jetzt die Bildung des Wahlvorstandes in Betrieben ohne Betriebsrat²⁵⁹. Darüber hinaus bleibt die Improvisation. Der Umstand, daß der Fall einer ausländischen Konzerngesellschaft bis dato nicht in einer Wahlordnung erfaßt ist, kann nicht heißen, daß den Arbeitnehmern in ausländischen Konzerngesellschaften damit ihr Mitbestimmungsrecht

²⁵⁵ § 6 MontanMitbestG sowie die Wahlordnungen zum DrittelbG, MontanMitbestErgG und MitbestG.

²⁵⁶ *Duden*, ZGR 141 (1977), 145 (183); *Klückers*, S. 21 f.

²⁵⁷ Dafür *Grasmann*, ZGR 1973, 317 (328 f.), dagegen *Schubert*, S. 101.

²⁵⁸ § 16 f WahIO DrittelbG; §§ 50 f. WahIO zum MontanMitbestErgG; §§ 45 f. 1. WahIO, 49 f. 2. WahIO und 49 f. 3. WahIO zum MitbestG.

²⁵⁹ § 2 Abs. 4 WahIO DrittelbG, § 7 WahIO MontanMitbestErgG sowie jeweils § 5 Abs. 4 Satz 2 Erste und § 4 Abs. 4 Nr. 2 Zweite und Dritte WahIO MitbestG, siehe oben S. 57 m.w.N.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

genommen wäre²⁶⁰. Wahlordnungen sind als Verordnungen den Mitbestimmungsgesetzen nachrangiges Recht. Wären die Arbeitnehmer in ausländischen Gesellschaften aufgrund der Wahlordnungen ausgeschlossen, hätte der Ordnungsgeber eine weitergehendere Kompetenz als ihm die Ermächtigungsgrundlagen²⁶¹ einräumen. Der Ordnungsgeber kann nur das Wahlverfahren, nicht aber den Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze regeln.

Es kann damit nicht gegen eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer in ausländischen Gesellschaften sprechen, wenn das Wahlverfahren im Ausland nicht gemäß der Wahlordnungen durchführbar wäre.

(c). Mögliche Probleme mit Arbeitnehmern aus ausländischen Konzerngesellschaften in deutschen Aufsichtsräten

Es könnte sein, daß mögliche Probleme mit Arbeitnehmern aus ausländischen Konzerngesellschaften in deutschen Aufsichtsräten die Mitbestimmung der ausländischen Konzernarbeitnehmer unmöglich machen. In der Literatur wird vielfach auf solche möglichen Probleme hingewiesen²⁶². Die dortige deutsche Konsenskultur sei wegen verschiedener weltanschaulicher Ansätze unter Umständen in Gefahr, es bestehe ein Konfliktpotential²⁶³. Überspitzt wird zum Teil das Angstbild des „analphabetischen Arbeitnehmers einer südamerikanischen Bananenplantage“ mit aktivem und passivem Wahlrecht zum deutschen Aufsichtsrat an die Wand gemalt²⁶⁴.

²⁶⁰ So allerdings der Abschlußbericht der Kommission Mitbestimmung 1998, Kap. 9 Ziff. 8. Die Kommission fordert de lege ferenda die Prüfung der Anpassung der Wahlordnungen zum Einschluß von Arbeitnehmern im Ausland, Kap. 10 Ziff. 20 des Berichtes.

²⁶¹ § 13 DrittelbG, § 15 MontanMitbestG, § 17 MontanMitbestErgG, § 39 MitbestG.

²⁶² *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (616 f.); *Ebenroth* in MüKo² Nach Art. 10 EGBGB Rn. 295; *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 474 ff.; *Lutter*, FS für *Zweigert*, S. 258 f.; *Prager*, S. 49; *Raiser*, § 5 Rn. 28 ff. (29).

²⁶³ Vgl. die Nachweise in Fn. 262.

²⁶⁴ *Prager*, S. 49.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Dieser Einwand gegen eine Einbeziehung der Arbeitnehmer im Ausland mutet kolonialistisch an²⁶⁵. Zunächst ist zu bedenken, daß nur dann Arbeitnehmervertreter aus ausländischen Konzerngesellschaften in den Aufsichtsrat gewählt werden, wenn im Verhältnis zu den Arbeitnehmern aus deutschen Gesellschaften ausreichend viele Arbeitnehmer im Ausland beschäftigt sind. Ist dies der Fall, prägen die Beschäftigten aus dem Ausland bereits mit das Bild des Konzernes als internationalen Konzern. Dann kann von einer Überfremdung des Aufsichtsrates keine Rede mehr sein. Die Einbringung der Vorstellung der Arbeitnehmer aus den ausländischen Konzerngesellschaften entspricht dem Ziel der Mitbestimmung, den Arbeitnehmern ein Forum zur Einbringung ihrer Interessen zu geben.

Ist umgekehrt der Anteil der Arbeitnehmer in ausländischen Gesellschaften im Konzern klein, wird der Anteil ihrer Vertreter im Aufsichtsrat ebenfalls klein sein. Wegen der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch die Delegierten gemäß § 11 MitbestG wird sich regelmäßig das Verhältnis der Arbeitnehmer aus deutschen und ausländischen Gesellschaften im Konzern bei den Delegierten und damit den Arbeitnehmervertretern widerspiegeln.

Hinzu kommt, daß die abstrakte Gefahr eines unangemessenen Verhaltens einzelner Arbeitnehmervertreter aus dem Ausland nicht den Ausschluß der gesamten Gruppe aller Arbeitnehmer im Ausland von der Mitbestimmung rechtfertigt. Zur Abwehr individuellen Fehlverhaltens genügt die jederzeitige Abberufbarkeit der Arbeitnehmervertreter gemäß §§ 23, 6 Abs. 2 MitbestG in Verbindung mit § 103 AktG. Hinzu kommt, daß auch Arbeitnehmervertreter aus deutschen Gesellschaften sich nicht immer im Sinne des Unternehmens verhalten. Zu denken ist dabei etwa an den Vorsitzenden der Gewerkschaft ver.di, Franz Bsirske, der im Dezember 2002 trotz seiner Stellung als stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzende der Lufthansa AG Warnstreiks gegen die Flughäfen Frankfurt und München organisierte und so der Lufthansa AG erhebliche Schäden zufügte²⁶⁶.

²⁶⁵ Zu tatsächlichen Problemen von Ausländern in der Unternehmensleitung, insbesondere hinsichtlich Sprachkenntnissen, Aufenthalt sowie der Anerkennung ausländischer Qualifikationen und Titel *Erdmann*, NZG 2002, 503 ff.

²⁶⁶ Vgl. *Möller*, a.a.O. (Fn. 38). Dazu auch *Möllers*, NZG 2003, 697 ff.; *Ruzik*, NZG 2004, 455 ff. sowie *Kempen*, NZA 2005, 185 ff.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Praktisch relevanter dürfte das Problem sein, eine gemeinsame Sprache für die Aufsichtsratssitzung zu finden²⁶⁷. Macht man die deutsche oder eine andere Sprache zur Verhandlungssprache, erschwert dies die Teilnahme von Ausländern, die nicht die Sprache sprechen, erheblich. Übersetzt man alles in jede Sprache der Teilnehmer, artet die Aufsichtsratssitzung in einen von internationalen Konferenzen bekannten Überkopf von Sprachdiensten aus.

Diese Sprachprobleme können aber nicht die Mitbestimmung als solche ausschließen. Die Beteiligten müssen eine gangbare Lösung finden. Dies kann die Einigung auf die von den meisten Aufsichtsratsmitgliedern gesprochene Sprache mit Übersetzung für die übrigen Mitglieder sein.

Es bleibt festzuhalten, daß bei der Betätigung von Ausländern in deutschen Aufsichtsräten keinen wesentlichen, unlösbaren Probleme ersichtlich sind. Individuelle Fehlverhalten können gemäßregelt werden. Sprachbarrieren können durch Übersetzer überwunden werden.

(d). Unsicherheiten bei der Durchsetzung der Mitbestimmung im Ausland

Ein weiteres praktisches Problem bei der Einbeziehung von Arbeitnehmern in ausländischen Gesellschaften könnte sein, daß der Wahlschutz gemäß § 20 Abs. 1, 2 MitbestG sowie der Benachteiligungsschutz der Arbeitnehmervertreter aus ausländischen Tochtergesellschaften gemäß § 26 MitbestG gegenüber der jeweiligen Gesellschaft im Ausland unter Umständen nicht durchsetzbar ist²⁶⁸.

Dieses Problem wird nur unter der Prämisse relevant, daß ein angerufenes ausländisches Gericht – etwa in einem Kündigungsschutzprozeß eines diskriminierten Aufsichtsratsmitgliedes – kollisionsrechtlich das deutsche Mitbestimmungsrecht nicht anwendet. Weitere Prämisse für diesen Einwand ist, daß die deutsche Obergesellschaft ihren beherrschenden Einfluß auf die ausländische Tochtergesellschaft nicht zum Schutz der Mitbestimmung einsetzt. Insbesondere erscheint unwahrscheinlich, daß die deutsche Mutter – gegebenenfalls

²⁶⁷ Im einzelnen dazu *Dreher*, Die Sprache des Aufsichtsrates, FS für *Lutter*, S. 357 ff.

²⁶⁸ *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 3 Rn. 16 ff.; *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 475, 479.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

auf Druck ihres Aufsichtsrates – ihren Einfluß auf die ausländische Tochtergesellschaft nicht nutzt, um dort die Durchführung der Mitbestimmung sicher zu stellen²⁶⁹.

Vor dem Hintergrund der dementsprechend eher unwahrscheinlichen Beeinträchtigungen der Mitbestimmung erscheint der Ausschluß der an sich tatbestandsmäßig erfaßten Arbeitnehmer unverhältnismäßig. Befürchtet man nur eine mögliche Beeinflussung und schließt deswegen die Arbeitnehmer aus ausländischen Gesellschaften gänzlich aus, hat die (mögliche) Beeinflussung mehr Erfolg gehabt, als sie im Falle einer durchgeführten Mitbestimmung je hätte haben können. Dies entspricht nicht dem Zweck des Gesetzes der Stärkung der Arbeitnehmer hin zu einer paritätischen Stellung im Unternehmen.

(e). Unsicherheiten bei der Durchsetzung im Inland

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in ausländischen Gesellschaften drohen allerdings nicht nur Beeinträchtigungen im Ausland. Sollte die deutsche Obergesellschaft sie nicht an der Mitbestimmung beteiligen, stellt sich die Frage, ob sie ihre Mitbestimmung gerichtlich erzwingen können. Dazu kommt bereits vor der Wahl ein Statusverfahren gemäß §§ 98, 99 AktG in Betracht. Nach der Wahl ist eine Anfechtung gemäß den §§ 21, 22 MitbestG denkbar.

aa. Verhältnis der Verfahren nach §§ 98, 99 AktG und §§ 21, 22 MitbestG

Das Verhältnis der beiden Kontrollverfahren zur Sicherstellung der Mitbestimmung gemäß §§ 98, 99 AktG und §§ 21, 22 MitbestG zueinander ist streitig²⁷⁰. Die §§ 98, 99 AktG dienen organisationsrechtlich der Sicherstellung der richtigen, das heißt für das jeweilige Unternehmen vorgeschriebene Aufsichtsratsstruktur²⁷¹. Entsprechend kann das Verfahren schon bei Unsicherheit im Vorfeld der Aufsichtsratswahl und nicht erst nach der Wahl durchgeführt werden.

²⁶⁹ Ebenso *Schubert*, S. 95 f.

²⁷⁰ Vgl. *Martens*, DB 1978, 1065 m.w.N.

²⁷¹ *Mertens* in Kölner Kommentar, §§ 97-99, Rn. 2 m.w.N.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Demgegenüber dient das Anfechtungsverfahren gemäß §§ 21, 22 MitbestG der Sicherstellung der Ordnungsmäßigkeit der Wahl zu den Delegierten und weiter zu den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat. Das mitbestimmungsrechtliche Verfahren dient damit allein dem Schutz des Wahlverfahrens, nicht aber der organisationsrechtlichen Verfassung des Unternehmens. Entsprechend sind auch nur Arbeitnehmer, deren Vertreter und Organisationen sowie die Unternehmensführung, nicht aber die Anteilseigner antragsberechtigt²⁷².

Zu Überschneidungen des Anwendungsbereiches der beiden Verfahren kommt es, wenn Verstöße gegen das gesetzliche Wahlverfahren zu einer organisationsrechtswidrigen Bildung des Aufsichtsrates führen.

bb. Aktienrechtliches Statusverfahren gemäß §§ 98, 99 AktG

Dazu ist zunächst festzustellen, ob die Frage der internationalen Mitbestimmung im Verfahren gemäß § 6 MitbestG in Verbindung mit §§ 98, 99 AktG statthafter Antragsgrund ist.

Streng nach dem Wortlaut des § 98 Abs. 1 Satz 1 AktG

„Ist streitig oder ungewiß, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammengesetzt ist, so entscheidet...“

könnte man davon ausgehen, daß nur das generelle Ob der Mitbestimmung Streitgegenstand im Verfahren nach §§ 98, 99 AktG sein könne. Folglich ist jedenfalls dann die Frage der internationalen Mitbestimmung zulässiger Antragsgrund, wenn der Konzern nur international, nicht aber national die Schwellenwerte der Arbeitnehmerzahlen der Mitbestimmungsgesetze zur ihrer Anwendbarkeit überschreitet²⁷³. Ob auch weitere mitbestimmungsbezogene Streitgegenstände statthafter Antragsgrund sind - etwa die internationale Mitbestimmung in Konzernen, die bereits national einem der Mitbestimmungsgesetze, insbesondere dem MitbestG unterliegen - ist dagegen fraglich²⁷⁴.

²⁷² §§ 10k Abs. 2, 10j Abs. 2 MontanMitbestErgG; § 21 Abs. 2, 22 Abs. 2 MitbestG sowie § 11 Abs. 2 DrittelbG.

²⁷³ So im Fall von LG Düsseldorf, 05.06.1979 - 25 AktE 1/78 - DB 1979, 1451.

²⁷⁴ Siehe Göz, ZIP 1998, 1523 (1525); *Martens*, DB 1978, 1065 (1066); *Oetker*, ZHR 149 (1985), 575 (586 f.); *Rosendahl*, AG 1985, 325 ff.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

In der Rechtsprechung wird die Anwendbarkeit des Statusverfahrens auch auf solche Fälle bejaht, in denen allgemein die Anwendung des § 5 MitbestG streitig ist, unabhängig davon, ob dadurch Mitbestimmungsschwellenwerte berührt sind²⁷⁵.

Der Wortlaut des § 98 Abs. 2 Satz 2 AktG

„Ist die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes oder die Anwendung von Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes streitig oder ungewiß, so sind...“

zeigt, daß die Funktion des Statusverfahrens über die eines über alles oder nichts entscheidenden Vorverfahrens hinaus geht. Dementsprechend ist nach dem Wortlaut des § 98 Abs. 2 Satz 2 AktG davon auszugehen, daß sowohl Zweifel über die Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes als solches als auch Zweifel über die Anwendung einzelner Vorschriften Antragsgrund sein können²⁷⁶.

Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 97 Abs. 1 AktG ist ebenfalls ersichtlich, daß das Gesetz die Antragsgründe nicht auf ein zweifelhaftes Ob der Anwendbarkeit der Vorschriften zur Aufsichtsratsbildung beschränkt, sondern auch Anträge wegen Zweifeln bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrates, das heißt dem Ergebnis des Verfahrens zu seiner Bildung, zuläßt. Damit wäre die Frage, ob die „richtigen“ Arbeitnehmervertreter, das heißt nur solche aus deutschen oder sowohl aus deutschen wie ausländischen Konzerngesellschaften, zulässiger Antragsgrund.

Die Klärung der internationalen Mitbestimmung entspricht auch dem Regelungszweck der §§ 97 ff. AktG, Rechtssicherheit bei der Verfassung der Aktiengesellschaft zu schaffen²⁷⁷. Rechtsunsicherheiten über die Mitbestimmung können vor einer Wahl zum Aufsichtsrat rechtskräftig entschieden werden, so daß späteren Streitigkeiten über die Organisation der Gesellschaft vorgebeugt ist. Das Anfechtungsverfahren der Mitbestimmungsgesetze ist nur nachträglich möglich. Auch sind die Anteilseigner nur im Statusverfahren, nicht aber im Anfechtungsverfahren antragsberechtigt. Die Anteilseigner haben angesichts der Belastung ihres Anteilseigentums durch die Mitbestimmung ein erhebliches Interesse an einer gericht-

²⁷⁵ OLG Düsseldorf 20.06.1978 - 19 W 3/78 - DB 1978, 1358.

²⁷⁶ *Martens*, DB 1978, 1065 (1066); zweifelhaft im Verständnis der Regelung des § 98 Abs. 2 Satz 2 AktG LG Düsseldorf 08.03.1978 - 25 AktE 3/77 - DB 1978, 988 weiter *Wiesner*, DB 1977, 1747 (1749).

²⁷⁷ Dazu *Hüffer*, § 97 Rn. 1; *Hoffmann-Becking* in Münchener Handbuch AG, § 28 Rn. 53.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

lichen Kontrolle. Entsprechend muß ihnen auch der Rechtsweg zur Überprüfung der Mitbestimmung eröffnet sein²⁷⁸.

Die Frage der internationalen Mitbestimmung ist damit zulässiger Antragsgrund im Verfahren nach §§ 98, 99 AktG.

Weiter müßten die Arbeitnehmer im Ausland, die von der Wahl ausgeschlossen wurden, antragsberechtigt sein. Wie oben dargelegt, sind die ausländischen Konzernarbeitnehmer Arbeitnehmer im Sinne der Mitbestimmungsgesetze²⁷⁹. Entsprechend sind sie in die Mitbestimmung einzubeziehen. Ihr Antragsrecht folgt aus § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 AktG. Ein Streit oder eine Ungewißheit über diese Frage begründet demnach ein Antragsrecht seitens einer genügend großen Gruppe von Arbeitnehmern in ausländischen Gesellschaften.

cc. Mitbestimmungsrechtliches Verfahren gemäß §§ 21, 22 MitbestG

Hinsichtlich der Anfechtungsrechte gemäß §§ 21, 22 MitbestG kommt seitens der Arbeitnehmer in den ausländischen Gesellschaften eher die Anfechtung der Aufsichtsratswahl gemäß § 22 MitbestG denn die Anfechtung der Delegiertenwahl nach § 21 MitbestG in Betracht. Letztere erfolgt betriebsbezogen. Sollte im ausländischen Unternehmen in den Betrieben eine Delegiertenwahl überhaupt nicht abgehalten worden sein, kommt auch keine Anfechtung derselben in Betracht.

Die Nichtbeteiligung wahlberechtigter Arbeitnehmer ist ein Anfechtungsgrund, so daß der Antrag grundsätzlich zulässig ist. Denkbar ist allerdings, daß das ebenfalls statthafte Statusverfahren gemäß §§ 98, 99 AktG speziell ist²⁸⁰. Dies wäre der Fall, wenn mittels beider Verfahren die gleichen Antragsberechtigten zum gleichen Ergebnis kommen könnten.

Anfechtung und Statusverfahren haben im Falle des Erfolges verschiedene Wirkungen. Im Statusverfahren entscheidet das Gericht direkt über die streitige Frage, das heißt die Einbeziehung der Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften in die Mitbestimmung in

²⁷⁸ So auch *Martens*, DB 1978, 1065 (1067).

²⁷⁹ Oben Seite 52 ff. und 70.

²⁸⁰ *Göz*, ZIP 1998, 1523 (1525); *Martens*, DB 1978, 1065 (1066); *Oetker*, ZHR 149 (1985), 575 (586 f.).

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Deutschland. Die Entscheidung kann schon vor der Wahl erfolgen. Im Anfechtungsverfahren stellt das Gericht nur die Nichtigkeit der Wahl fest.

Diese unterschiedlichen Folgen sprechen für ein Parallellaufen der beiden Verfahren. Damit besteht allerdings die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen. Dem kann durch den Vorrang eines der Verfahren entgegengewirkt werden. Dieser Vorrang wäre im Sinn einer Vorabentscheidung, nicht aber einer Exklusivität zu verstehen. Dazu erscheint ein Vorrang des Statusverfahrens naheliegender, da dieses die Frage der Einbeziehung der ausländischen Beschäftigten für alle bindend klärt, während ein Anfechtungsverfahren nur die Nichtigkeit der Wahl zur Folge hat. Wegen des weiteren Kreises der Anfechtungsberechtigten gegenüber der Antragsberechtigten im Statusverfahren kann das Anfechtungsverfahren jedoch nicht vollständig ausgeschlossen werden. So sind die Anteilseigner nur im Statusverfahren, nicht aber im Anfechtungsverfahren antragsberechtigt. Demgegenüber sind im Anfechtungsverfahren bereits drei Arbeitnehmer und nicht wie im Statusverfahren ein Zehntel oder 100 der Arbeitnehmer antragsberechtigt²⁸¹.

Sachgerecht erscheint, daß das mit der Anfechtung angerufene Arbeitsgericht das Verfahren im Falle eines parallelen Statusverfahrens gemäß §§ 2a Abs. 1 Nr. 3, 80 Abs. 2 Satz 1, 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG in Verbindung mit §§ 495, 148 ZPO bis zur Entscheidung im Statusverfahren aussetzt.

Es bleibt festzuhalten, daß das aktienrechtliche Statusverfahren parallel zu einem mitbestimmungsrechtlichen Anfechtungsverfahren von den Arbeitnehmern in ausländischen Konzerngesellschaften oder den übrigen Antragsberechtigten betrieben werden kann. Soweit im Falle gleichzeitig anhängiger Parallelverfahren widersprüchliche Entscheidungen drohen, sollte das Arbeitsgericht das mitbestimmungsrechtliche Anfechtungsverfahren bis zur Entscheidung im Statusverfahren aussetzen.

dd. Mitbestimmungsrechtliches Verfahren gemäß § 10I MontanMitbestErgG, DrittelbG

Für eine Wahlanfechtung gemäß § 10I MontanMitbestErgG und § 11 DrittelbG gilt wegen der im wesentlichen zu §§ 21, 22 MitbestG gleichen Regelung vorgesagtes entsprechend.

²⁸¹ § 22 Abs. 2 Nr. 1, 2 MitbestG, § 98 Abs. 2 Nr. 8 AktG.

(f). Zwischenergebnis

Vorstehende Überlegung zur praktischen Durchführbarkeit der deutschen Mitbestimmung in ausländischen Tochtergesellschaften zeigen, daß es nicht unmöglich ist, die dortigen Arbeitnehmer in die Mitbestimmung einzubeziehen. Die in der Literatur befürchteten Schwierigkeiten sollten nicht überbewertet werden. Sie können nicht eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften im Sinne einer unmöglichen Rechtsfolge ausschließen.

c. Ergebnis zur Tatbestandsauslegung

Es bleibt festzuhalten, daß Arbeitnehmer ausländischer Tochtergesellschaften einer deutschen Konzernobergesellschaft dieser im Sinne der Konzerntatbestände der Mitbestimmungsgesetze als Arbeitnehmer zuzurechnen sind.

3. Rechtsfolge Mitbestimmung

Die Beschäftigten der ausländischen Tochtergesellschaften sind Arbeitnehmer im Sinne der Konzerntatbestände der Mitbestimmungsgesetze²⁸² der deutschen Muttergesellschaft. Im Folgenden sollen kurz die Rechtsfolgen dessen aufgezeigt werden.

a. Zählen ohne Wählen?

Zunächst ist zu prüfen, ob die Arbeitnehmer der ausländischen Gesellschaften unmittelbar aktiv und passiv wahlberechtigt sind, oder ob oder sie nur der deutschen Obergesellschaft hinsichtlich der Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze zuzurechnen sind, ohne selbst ein Wahlrecht zu haben.

In diese Richtung könnte das Mitbestimmungs-Beibehaltungs-Gesetz verstanden werden²⁸³. Das Gesetz fingiert teilweise die Fortgeltung der unternehmerischen Mitbestimmung, wenn eine Eingliederung einer ausländischen Gesellschaft oder eines Betriebes dazu führt, daß eine bestehende Unternehmensmitbestimmung fortfile.

²⁸² § 5 MitbestG, § 2 DrittelbG, § 1 Abs. 4 MontanMitbestG, § 8 Abs. 1 MontanMitbestErgG.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Für eine Trennung von Zählen und Wählen könnte sprechen, daß die Zurechnung Arbeitnehmer ausländischer Gesellschaften zu einer deutschen Konzerngesellschaft allein der Kompetenz des deutschen Gesetzgebers unterfällt und so nicht die ausländische Rechtsordnung betrifft²⁸⁴. Damit ist deren Souveränität, anders als zum Wahlrecht teilweise vertreten²⁸⁵, sicher gewahrt²⁸⁶.

Gegen ein Zählen ohne Wählen spricht allerdings, daß es zu einer unlogischen, nicht nachvollziehbaren Aufspaltung des Systems der Mitbestimmung aus Größe des Kollektivs der Arbeitnehmer, Kollektivierung ihres Willens in Wahlen und Ausdruck des Willens in der Unternehmensspitze käme²⁸⁷. Die soziale Kontrolle der Mitbestimmung soll nicht durch Beschäftigte herbeigeführt werden, die dann nicht selbst mitbestimmen²⁸⁸. Auch ist die Souveränität der ausländischen Rechtsordnung beziehungsweise ihres Gesetzgebers nicht verletzt, da Rechtsfolgen nur in Deutschland eintreten²⁸⁹.

Von daher ist ein „Zählen ohne Wählen“ ausgeschlossen. Die Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften erfüllen die Tatbestände der Mitbestimmungsgesetze und haben so auch die vollen Mitbestimmungsrechte, die alle Arbeitnehmer im Sinne der Gesetze haben.

b. Wahlen

Folge der Subsumtion der Beschäftigten in ausländischen Konzerngesellschaften unter die Arbeitnehmertatbestände der Mitbestimmungsgesetze ist das aktive und passive Wahlrecht der Arbeitnehmer. Das deutsche Wahlverfahren ist aufgrund der unterschiedlichen ausländischen betriebsverfassungsrechtlichen und arbeitsorganisatorischen Strukturen in den ausländischen Gesellschaften den örtlichen Erfordernissen anzupassen. Solange keine spezielle Wahlordnung das Verfahren dazu im Einzelnen regelt, ist das Wahlverfahren nach

²⁸³ Vgl. den Nachweis in Fn. 75, BGBl. I 1994, 2228.

²⁸⁴ Lux, BB 1977, 905 f., 909.; Prager, S. 46 f.

²⁸⁵ Vgl. oben Seite 47 ff.

²⁸⁶ Vgl. Lutter, ZGR 1977, 195 (206), der im Ergebnis aber für die Einheit von Zählen und Wählen eintritt.

²⁸⁷ Klückers, S. 68 f.; Lutter, a.a.O. (Fn. 286).

²⁸⁸ Großfeld in Staudinger, IntGesellR (1998), Rn. 526.

²⁸⁹ Vgl. oben Seite 47 ff.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

dem Gesetz und soweit möglich analog zu den Wahlordnungen durchzuführen²⁹⁰. Die Kosten trägt gemäß § 20 Abs. 3 Satz 1 MitbestG²⁹¹ jedenfalls die deutsche Obergesellschaft.

c. Schutz der Arbeitnehmer in ihrer ausländischen Gesellschaft

Die Mitbestimmung von Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften kann in verschiedener Weise von ihrem ausländischen Arbeitgeber behindert werden. Dieser kann zum Beispiel die an der Wahl teilnehmenden oder die gewählten Arbeitnehmer mit Kündigung bedrohen, ihr berufliches Fortkommen behindern oder andere Diskriminierungen wegen der Mitbestimmung zufügen. Hier stellt sich die Frage nach einem speziellem mitbestimmungsrechtlichen Diskriminierungsschutz.

Die deutsche Mitbestimmungsrecht überläßt den individualrechtlichen Schutz mitbestimmender Arbeitnehmer ganz überwiegend dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz wie § 612a BGB. Einen speziellen Schutz der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat statuieren die § 26 MitbestG und § 9 DrittelbG²⁹².

Wegen des auf das ausländische Arbeitsverhältnis anwendbaren ausländischen Arbeitsvertragsstatuts sind diese Schutznormen allerdings für die Arbeitnehmer im Ausland kollisionsrechtlich nicht anwendbar. Dies gilt jedenfalls für § 612a BGB. Daneben sind aber auch die § 26 MitbestG und § 9 DrittelbG trotz ihrer systematischen Stellung in den nach dem Organisationsstatut angeknüpften Mitbestimmungsgesetzen bezüglich ihrer individualrechtlichen Wirkung gemäß dem Arbeitsvertragsstatut anzuknüpfen. Regelungsgegenstand genannter Normen ist das Arbeitsverhältnis. Dementsprechend muß sich ihre Anwendbarkeit auch nach dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht bestimmen.

Das nach dem ausländischen Arbeitsvertragsstatut berufene ausländische Recht mag einen dem deutschen Recht entsprechenden Diskriminierungsschutz bieten. Ob dieser die Arbeitnehmer auch im Sinne des deutschen Mitbestimmungsrechtes schützt, ist offen. Möglich ist

²⁹⁰ Vgl. oben schon S. 71 f. zum Wahlverfahren und die dortigen Nachweise.

²⁹¹ Beziehungsweise § 10i Abs. 3 Satz 1 MontanMitbestErgG.

²⁹² Vgl. zum Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat im rein deutschen Sachverhalt *Jacklofsky*, S. 187 ff.; *Naendrup*, AuR 1979, 161 ff., 204 ff.; *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, 353 (362 ff.).

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

daher, daß diskriminierte Arbeitnehmer darüber hinaus auch in Deutschland Ansprüche wegen etwaiger Diskriminierungen gegen die Obergesellschaft geltend machen können.

Dies rückt den Blick auf ein mögliches Konzernarbeitsrecht²⁹³. Möglicher Ansatzpunkt dazu wäre die Annahme einer konzernweiten Verpflichtung zur Fürsorge, das hieße zum Beispiel zur Anweisung an die Tochtergesellschaft, die Diskriminierung zu beenden. Denkbare Sanktion wäre eine Haftung der Konzernleitungsmacht, sprich der deutschen Obergesellschaft, für unterlassene „Konzernfürsorge“.

Geht die Diskriminierung in der Tochtergesellschaft von der deutschen Obergesellschaft aus, stellt sich die kollisionsrechtliche Vorfrage, wie das individualrechtliche Verhältnis des Arbeitnehmers zur Obergesellschaft der deutschen Rechtsordnung unterworfen sein soll. Allein die Belegenheit der Konzernspitze in Deutschland genügt dafür nicht. Die aus der Literatur bekannten Fälle der Drittbeziehung von Arbeitsverhältnissen zu Konzerngesellschaften betreffen regelmäßig Fälle, in denen das fragliche Arbeitsverhältnis einen engeren Bezug zur deutschen Rechtsordnung hatte als nur die Zugehörigkeit zum einem von Deutschland aus beherrschten Konzern. Es handelte sich um Fälle von in Deutschland begründeten Arbeitsverhältnissen in denen die deutsche (Ober-) Gesellschaft den Arbeitnehmer später „in“ ein ausländisches Konzernunternehmen entsandte oder zum Beispiel ein ganzer Betrieb überging²⁹⁴. Angesichts des geringen Bezuges zum deutschen Recht kann daher nicht von der Anwendbarkeit deutschen individualrechtlichen Konzernarbeitsrechts auf das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer einer ausländischen Gesellschaft und der deutschen Obergesellschaft ausgegangen werden.

Sollte ein ausländisches Kollisionsrecht deutsches Recht berufen, stellte sich sachrechtlich die Frage nach der Anspruchsgrundlage für eine Haftung der deutschen Obergesellschaft. Zwischen dieser und dem Arbeitnehmer besteht kein Vertragsverhältnis. Die bestehenden gesetzlichen Hafttatbestände knüpfen dagegen an einem Vertragsverhältnis an.

Durchbrechungen dieser arbeitsvertragsrechtlichen Haftungsordnung analog zu privat-, speziell gesellschaftsrechtlichen Durchgriffshaftungen sind aus verschiedenen Einzelfällen

²⁹³ Vgl. grundlegend *Henssler*, S. 34 ff. Vertragliche Ausgestaltungsmöglichkeiten bei *Windbichler*, S. 67 ff. und AG 2004, 190 ff.

²⁹⁴ Vgl. *Junker*, S. 219 ff.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

bekannt²⁹⁵. Die „Analogie“ bezieht sich dabei im wesentlichen auf die Rechtsfolge eines gebotenen Durchgriffes während dessen die dogmatische Ableitung in ihrer Vielfältigkeit den verschiedenen Ansätzen zur gesellschaftsrechtlichen Durchgriffshaftung entspricht²⁹⁶.

Für einen Durchgriff im Falle einer die Mitbestimmung maßregelnde Diskriminierung auf Veranlassung der Obergesellschaft spricht, daß die Mitbestimmung gerade bei der Obergesellschaft angesiedelt ist. Damit besteht ein Bezug über die nachteilige Weisung hinaus. Die Obergesellschaft profitiert direkt von einem an die maßregelnde Vorgaben angepaßten Verhalten der Arbeitnehmer. Dies begründet ein konzernrechtliches Treue- und Fürsorgeverhältnis zwischen Obergesellschaft und Arbeitnehmer. Der Verstoß gegen dieses gibt dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Naturalrestitution, etwa Rücknahme der zugefügten Nachteile, beziehungsweise Schadensersatz.

Es bleibt festzuhalten, daß die ausländischen Konzernarbeitnehmer nach deutschem Kollisionsrecht nur gemäß ihrem Heimatrecht gegen Diskriminierungen im Zusammenhang mit ihrer Mitbestimmung bei der deutschen Obergesellschaft geschützt sind. Fände nach einem ausländischem Kollisionsrecht dagegen deutsches Sachrecht Anwendung, wäre eine direkte Anspruchnahme der deutschen Obergesellschaft denkbar.

d. Abdingbarkeit und Entziehbarkeit der Mitbestimmungsrechte

Zu prüfen bleibt die in der Literatur vertretene Auffassung, daß die Arbeitnehmer in ausländischen Konzerngesellschaften freiwillig aus der deutschen Mitbestimmung austreten könnten, beziehungsweise im Falle eines Mißbrauches von dieser ausgeschlossen werden²⁹⁷.

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Die deutschen Mitbestimmungsgesetze sehen es nicht ausdrücklich vor, daß die Arbeitnehmer sich ihrer Mitbestimmungsrechte begeben könnten. Weiter zeigt das Verhandlungsmodell der SE, wie hoch aus Sicht des

²⁹⁵ Vgl. BAG 26.11.1975 - 5 AZR 337/74 - AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit (SFB-Tanzorchester); 20.07.1982 - 3 AZR 446/80 - AP Nr. 5 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis sowie die Darstellung bei *Windbichler*, S. 170 f.

²⁹⁶ Wie vor.

²⁹⁷ *Schubert*, S. 104 ff. (108 f.).

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

deutschen Rechtes die Anforderungen an eine Minderung der Mitbestimmung im Wege der Verhandlung seien müssen. Damit sind die deutschen Mitbestimmungsgesetze nicht dispositiv, die Arbeitnehmer im Ausland können nicht aus der Mitbestimmung austreten.

Auch ist die Entziehung der Mitbestimmungsrechte den Mitbestimmungsgesetzen nicht bekannt. In der Literatur wird insbesondere der Fall von Ausfälligkeiten ausländischer Arbeitnehmervertreter im deutschen Aufsichtsrat genannt²⁹⁸. Hierfür sehen die Mitbestimmungsgesetze ausreichende Verfahren vor, um den oder die einzelnen Arbeitnehmervertreter aus dem Aufsichtsrat zu entfernen. Eine „Sippenhaft“ des Kollektivs aller Arbeitnehmer in den ausländischen Konzerngesellschaften für ein Fehlverhalten einzelner Arbeitnehmervertreter ist nicht nachvollziehbar.

4. Zusammenfassung

Vorstehende Erörterungen zeigen, daß Beschäftigte in ausländischen Konzerngesellschaften an der Mitbestimmung bei der deutschen Obergesellschaft teilnehmen. Sie sind wie die Beschäftigten der deutschen Konzerngesellschaften Arbeitnehmer im Sinne der Mitbestimmungsgesetze. Sie haben die gleichen Mitbestimmungsrechte wie deutsche Beschäftigte. Sie zählen und wählen bei den Wahlen der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat der deutschen Konzernobergesellschaft. Ihr Wahlrecht ist sowohl aktiv wie passiv.

II. Mitbestimmung in der ausländischen Tochtergesellschaft

Wie schon im Rahmen der Untersuchung zur deutschen Obergesellschaft dargelegt, regelt keines der deutschen Mitbestimmungsgesetze seine kollisionsrechtliche Anwendbarkeit in Sachverhalten mit Auslandsberührung²⁹⁹. Dennoch regeln sämtliche Mitbestimmungsgesetze ihren sachlichen Anwendungsbereich mit der tatbestandsmäßigen Aufzählung bestimmter deutscher Kapitalgesellschaftsformen³⁰⁰. Ob dies eine kollisionsrechtliche Regelung im Sinne

²⁹⁸ Schubert, S. 108.

²⁹⁹ Siehe oben Seite 40 ff.

³⁰⁰ Vgl. oben Seite 18 f.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

einer autolimitierten Sachnorm bedeutet³⁰¹, kann dahinstehen. Jedenfalls ist die ausländische Tochtergesellschaft als Gesellschaft ausländischen Rechtes materiellrechtlich nicht vom Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze erfaßt³⁰². Der deutsche Gesetzgeber hat weder die Regelungskompetenz noch hatte er den Willen, die Organisation ausländischer Kapitalgesellschaften hin zu einer Mitbestimmung zu ändern.

Die unternehmerische Mitbestimmung in der Tochtergesellschaft selbst richtet sich allein nach dem gemäß deren Personalstatut berufenen ausländischen Recht.

C. Niederlassungen deutscher mitbestimmter Gesellschaften im Ausland

Im Folgenden soll geprüft werden, ob Arbeitnehmer in einer ausländischen Niederlassung einer deutschen Gesellschaft dieselben Mitbestimmungsrechte wie Arbeitnehmer in einer ausländischen Tochtergesellschaft haben.

I. Kollisionsrechtliche Anwendbarkeit der deutschen Mitbestimmung

Die Teilnahme der Arbeitnehmer in der ausländischen Niederlassung an der unternehmerischen Mitbestimmung bei der deutschen Gesellschaft setzt voraus, daß das deutsche Mitbestimmungsrecht kollisionsrechtlich anwendbar ist.

Obwohl die Niederlassung eines deutschen Unternehmens im Ausland keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, bestimmt sich das anwendbare Recht auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse in der Regel nach ausländischem Recht, sei es durch Rechtswahl oder als Recht des loci labori³⁰³. Gleiches gilt für die dortige Betriebsverfassung³⁰⁴.

³⁰¹ Vgl. oben Seite 46.

³⁰² §§ 1 DrittelbG, 1 MontanMitbestG, 1 MontanMitbestErgG, 1 MitbestG.

³⁰³ Vgl. BAG 12.12.2001 - 5 AZR 255/00 - AP Nr. 10 zu EGBGB n.F. Art. 30 und *Junker*, S. 183 ff. jeweils m.w.N.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Das Mitbestimmungsrecht ist dagegen Unternehmens- und nicht Betriebsverfassungsrecht. Es bedient sich allenfalls betriebsverfassungsrechtlicher Definitionen, ist letztlich aber Organisationsrecht³⁰⁵. Als solches ist es Teil des Personalstatutes der deutschen Gesellschaft. Entsprechend bestimmt sich die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der ausländischen Niederlassung nach deutschem Recht³⁰⁶.

Entsprechendes gilt auch für die deutsche Niederlassung im Ausland. Gegenüber der juristisch selbständigen Tochter ist sie ein weniger, sie ist eine im Ausland belegen Betriebsstätte. Die ausländischen Beschäftigten sind Arbeitnehmer der deutschen Gesellschaft³⁰⁷. Diese ist direkter Arbeitgeber.

Dies führt dazu, daß die deutschen Mitbestimmungsgesetze kollisionsrechtlich auf die Frage anwendbar sind, ob die in der ausländischen Niederlassung beschäftigten Arbeitnehmer an der Mitbestimmung in der deutschen Tochter teilnehmen. Das auf die Arbeitsverhältnisse selbst anwendbare Statut bleibt außen vor.

II. Subsumtion unter die Mitbestimmungsgesetze

Die Arbeitnehmer der ausländischen Niederlassung nehmen an der Mitbestimmung in der deutschen Gesellschaft teil, wenn sie Arbeitnehmer im Sinne der Grundtatbestände der einzelnen Mitbestimmungsgesetze sind³⁰⁸.

Dieser Arbeitnehmerbegriff ist durch Bezugnahme auf das BetrVG definiert (§§ 3 Abs. 1 MitbestG; §§ 3 Abs. 1 DrittelbG, 129 Abs. 2 BetrVG und § 5 Abs. 5 MontanMitbestErgG in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1 und 3 BetrVG)³⁰⁹.

³⁰⁴ *Lutter*, ZGR 1977, 195 (207) und im Einzelnen *Junker*, S. 355, 359 ff. Vgl. BAG 01.10.1974 - 1 ABR 77/73 - BB 1975, 327 f.; 31.10.1975 - 1 ABR - 4/74 - Ls in BB 1976, 271.

³⁰⁵ *Lutter*, ZGR 1977, 195 (207) und oben Seite 40 ff. (50).

³⁰⁶ *Schubert*, S. 94 f. anderer Ansicht *Lutter*, ZGR 1977, 195 (208). Vgl. auch oben Seite 40 ff. (50).

³⁰⁷ So auch *Birk*, RiW 1975, 589 (595).

³⁰⁸ § 1 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 MontanMitbestG, (§ 1 Abs. 1 MontanMitbestErgG), § 1 DrittelbG.

³⁰⁹ Siehe oben Seite 52 f.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

Bei der Auslegung dieser Arbeitnehmerdefinition kommt man, wie oben gezeigt, zu dem Ergebnis, daß die Mitbestimmungsgesetze nicht zwischen In- und Ausland differenzieren und alle Beschäftigte – gleich an welchem Ort sie beschäftigt sind, als Arbeitnehmer qualifizieren, soweit sie die allgemeinen Tatbestandsmerkmale eines Arbeitnehmers erfüllen³¹⁰.

Auch sind die in der in Literatur gegen eine Mitbestimmung vorgebrachten praktischen Argumente³¹¹ in der deutschen Niederlassung weniger zu befürchten als in der ausländischen Tochtergesellschaft³¹². Die Niederlassung steht unter der direkten Leitungsmacht der deutschen mitbestimmten Gesellschaft. Deren Leitungsorgan steht wegen der Mitbestimmung im deutschen Aufsichtsrat unter der (Mit-) Kontrolle der Arbeitnehmervertreter. Damit kann die deutsche Gesellschaft dafür Sorge tragen, daß die Mitbestimmung in einem geordneten Verfahren durchgeführt werden kann. Für im Ausland nicht vorhandene von den Mitbestimmungsgesetzen und Wahlordnungen vorgesehene Institutionen müssen durch Substitution äquivalente ausländische Strukturen herangezogen werden³¹³.

Folglich bleibt festzuhalten, daß Arbeitnehmer in einer deutschen Niederlassung im Ausland an der Mitbestimmung der deutschen Gesellschaft voll teilnehmen.

D. Ergebnis

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer eines von Deutschland aus beherrschten Konzerns an der unternehmerischen Mitbestimmung bei deutschen Obergesellschaften teilnehmen. Das heißt sie zählen bei der Frage, ob die Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze erreicht sind mit, sie haben das aktive und passive Wahlrecht und sie genießen als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat die gleichen Rechte und Pflichten wie die Arbeitnehmervertreter aus deutschen Gesellschaften. Diese Folgerung basiert auf der Auslegung des offenen Wortlautes der Mitbestimmungsgesetze

³¹⁰ Siehe oben Seite 52 ff. (70).

³¹¹ Siehe oben Seite 71 ff.

³¹² So auch *Schubert* S. 95 f. Anderer Ansicht ohne Begründung *Klückers*, S. 58 f.

³¹³ So auch *Schubert* S. 96. Vgl. oben S. 71 ff. m.w.N. zum Falle der ausländischen Tochtergesellschaft.

§ 5. Grenzüberschreitender Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

gemäß deren Sinn und Zweck, den Arbeitnehmer aus seiner Stellung als Weisungsempfänger in eine Partizipation zu erheben und gleichzeitig unternehmerische Macht demokratisch zu legitimieren³¹⁴. Für einen Ausschluß der Konzernarbeitnehmer in ausländischen Gesellschaften findet sich kein stichhaltiger Grund. Insbesondere sind denkbare praktische Probleme mit genügend Willen und gegebenenfalls durch Richterrecht lösbar. Den Arbeitnehmern in ausländischen Gesellschaften ist der Weg zu deutschen Gerichten im Wege des Statusverfahrens §§ 97 f. AktG mit § 6 Abs. 2 MitbestG sowie den Wahlanfechtungsverfahren der Mitbestimmungsgesetze eröffnet.

³¹⁴ Vgl. oben Seite 3 ff.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Im folgenden soll der Frage der Reichweite der deutschen Mitbestimmung in Konzernen, in denen eine deutsche Gesellschaft von einer ausländischen Obergesellschaft beherrscht wird nachgegangen werden. Ausgangspunkt der Untersuchung ist der praktische Regelfall des internationalen faktischen Konzernes. Danach ist der internationale Vertragskonzern hinsichtlich etwaiger Besonderheiten zu untersuchen. Letztlich soll die deutsche Niederlassung einer ausländischen Gesellschaft diskutiert werden.

Zu untersuchen sind jeweils die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in der deutschen Gesellschaft, sowohl auf der Ebene der deutschen Gesellschaft oder Niederlassung sowie auf der Ebene der ausländischen (Ober-) Gesellschaft.

Die Frage, welche Gesellschaften ausländisch und welche deutsch sind, soll wie im vorangegangenen Kapitel nach ihrem jeweiligen Personalstatut definiert sein³¹⁵, gleich ob man der Sitz- oder der Gründungstheorie folgt und gleich wo die Gesellschaft gegründet ist und ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat³¹⁶.

Dieses Kapitel beschäftigt sich nicht mit Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren im Sinne der *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* - Entscheidungen des EuGH³¹⁷. Diese Gesellschaften sind später Gegenstand der Untersuchung.

³¹⁵ Siehe oben Seite 38 f.

³¹⁶ Siehe oben Seite 38 f.

³¹⁷ EuGH 27.09.1988 - Rs 81/87 - NJW 1989, 2186 „Daily Mail“; 09.03.1999 - Rs C-212/97 - NJW 1999, 2027 „Centros“; 05.11.2002 - Rs C-208/00 - AG 2003, 27 und BGH 13.03.2003 - VII ZR 370/98 - ZIP 2003, 718 (719 f.) „Überseering“; EuGH 30.09.2003 - RS. C-167/01 - ZIP 2003, 1885 ff. „Inspire Art“; bestätigt in EuGH 14.10.2004 - C-299/02 - wohl nicht veröffentlicht „Reedereigesellschaften“.

A. Ausländische Muttergesellschaft mit deutscher Tochtergesellschaft

I. Mitbestimmung auf der Ebene der Einzelgesellschaften

Einleitend sollen die auf die ausländische Mutter- und die deutsche Tochtergesellschaft jeweils anwendbaren mitbestimmungsrechtlichen Regelungen ohne Bezug auf das Konzernverhältnis kurz dargestellt werden.

1. Mitbestimmung auf der Ebene der ausländischen Muttergesellschaft

Die Arbeitnehmer einer deutschen Tochtergesellschaft haben Mitbestimmungsrechte in der ausländischen Obergesellschaft nach dem deutschen Mitbestimmungsrecht, wenn dieses Recht kollisionsrechtlich anwendbar ist und die ausländische Gesellschaft unter die Tatbestände der Mitbestimmungsgesetze fällt.

Kollisionsrechtlich entscheidet sich die Frage nach dem Mitbestimmungsrecht wie oben festgestellt mit dem Personalstatut der Gesellschaft³¹⁸. Regelmäßig wird das ausländische Kollisionsrecht allein wegen einer deutschen Tochtergesellschaft keine Verweisung auf deutsches (Mitbestimmungs-) Recht aufweisen. Auf Ebene der ausländischen Muttergesellschaft gilt damit ausländisches Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht. Folglich scheidet die Anwendung deutschen Mitbestimmungsrechtes bereits kollisionsrechtlich aus³¹⁹.

Hinzu kommt noch auf sachrechtlicher Ebene, daß ausländische Kapitalgesellschaften in den Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze fallen müßten, das heißt, daß sie in einer in den Gesetzen genannten Gesellschaftsformen verfaßt wären³²⁰. Die Tatbestände der Mitbestimmungsgesetze zählen aber keine ausländischen Gesellschaftsformen auf³²¹. Auch spricht der Gesetzeszusammenhang gegen eine Subsumtion, zumal Vorschriften wie

³¹⁸ Oben Seite 40 ff. (45 ff.).

³¹⁹ Allgemeine Meinung *Birk*, RIW 1975, 589 (593); *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (620); *Grothe*, S. 290 f.; *Klückers*, S. 70; *Mankowski*, ZIP 1995, 1006; *Schubert*, S. 129.

³²⁰ § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG; § 1 MontanMitbestG; § 1 MontanMitbestErgG; §§ 76 Abs. 1, 1 DrittelbG.

³²¹ *Ebenroth* in MüKo² Nach Art. 10 EGBGB Rn. 301.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

§ 5 Abs. 3 MitbestG gerade den Fall einer nicht unter das MitbestG fallenden Obergesellschaft regeln³²². Der historische Gesetzgeber hatte auch keine Einbeziehung ausländischer Gesellschaften beabsichtigt³²³. Vor diesem Hintergrund ist die teils befürwortete entsprechende Anwendung des § 1 MitbestG auf ausländische Gesellschaften, die dort genannten deutschen Gesellschaften ähnlich sind³²⁴, nicht nachvollziehbar. Es fehlt bereits an einer planwidrigen Lücke, um eine Analogie zu rechtfertigen.

Es bleibt festzuhalten, daß ausländische Gesellschaften weder kollisions- noch sachrechtlich unter die deutschen Mitbestimmungsgesetze fallen. Die Arbeitnehmer in einer deutschen Konzerntochter haben daher nach deutschem Mitbestimmungsrecht keine direkte Mitbestimmungsrechte auf der Ebene der ausländischen Obergesellschaft.

2. Mitbestimmung auf der Ebene der deutschen Tochtergesellschaft

Wie sich die Anwendbarkeit des Mitbestimmungsrechtes bei der Muttergesellschaft nach deren ausländischen Personalstatut bestimmt, ist auf die deutsche Gesellschaft gemäß deren Personalstatut das deutsche Mitbestimmungsrecht anwendbar³²⁵. Ist die Gesellschaft eine Gesellschaft, die dem Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze unterfällt, findet die unternehmerische Mitbestimmung statt. Die Arbeitnehmer wählen und entsenden Vertreter in den Aufsichtsrat der deutschen Tochtergesellschaft.

II. Auswirkungen der Verbindung im internationalen Konzern

1. Ausgangspunkt – Faktischer Konzern

Diese Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in der ausländischen Obergesellschaft und der deutschen Tochtergesellschaft könnten sich durch die Verbindung der Gesellschaften in

³²² Duden, ZHR 141 (1977), 145 (185).

³²³ Vgl. Grothe, S. 290 f.

³²⁴ So Bernstein/Koch, ZHR 143 (1979), 522 (536).

³²⁵ Siehe oben Seite 40 ff. (45 ff.).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

einem internationalen faktischen Konzern, das heißt in einem Konzern dessen Beherrschungsverhältnisse allein auf Anteilseigentum fußen, ändern.

a. Kollisionsrechtliche Behandlung des internationalen faktischen Konzernes

Vorfrage dazu ist, nach welchem Recht sich etwaige Änderungen der Mitbestimmung im Rahmen des faktischen Konzernverhältnisses bestimmen. In Betracht für einer entsprechende Anknüpfung kommen sowohl das auf das Anteilseigentum als das die Konzernverbindung begründende Rechtsverhältnis anwendbare Recht, weiter das Personalstatut der Gesellschaft sowie gegebenenfalls ein eigenständiges Konzernstatut, weiter eine Anknüpfung am *lex loci labori* oder der Belegenheit des Kollektives der Arbeitnehmer.

(1). Anknüpfung am Anteilseigentum und Personalstatut

Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht knüpft das auf das Anteilseigentum anwendbare Sachrecht grundsätzlich nach dem Personalstatut als das den Inhalt des Anteilseigentums beschreibenden Recht an³²⁶. Insofern hätten eine Anknüpfung der Mitbestimmung am Anteilseigentum wie eine Anknüpfung am Personalstatut die gleichen Rechtsfolgen. Für eine solche Anknüpfung spricht, daß das Mitbestimmungsrecht zwar auf der Rechtsfolgenseite Organisationsrecht ist, von seiner Rechtsnatur her aber eine Inhaltsbestimmung für das Anteilseigentum bedeutet³²⁷.

Folgte man diesem Ansatz, so wäre das (Konzern-) Mitbestimmungsrecht in der Tochtergesellschaft nach deutschem Recht, das der Muttergesellschaft nach deren ausländischen Recht zu bestimmen.

(2). Anknüpfung an einem Konzernstatut

Eine Anknüpfung an einem eigenständigen Konzernstatut könnte zu einer Verweisung auf das entsprechende Mitbestimmungsrecht führen. Voraussetzung dafür wäre sowohl die

³²⁶ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 24 V.4. S. 397 f.; *Kegel/Schurig*, § 17 II.3.a. S. 510 ff.; *Zimmer*, S. 366 ff.; 409 f.

³²⁷ BVerfG 01.03.1979 - 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 - E 50, 290 (323 f.) sowie oben S. 20 ff. m.w.N.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Definition eines Konzernstatutes wie die Annahme, daß das Mitbestimmungsrecht Teil des durch die Verweisung des Konzernstatutes gefundenen Konzernrechtes sei.

Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht hat bisher kein allgemeines Konzernstatut definiert³²⁸. Die Rechtsprechung ist, ohne dazu allgemein Stellung zu nehmen, bislang stillschweigend von der Anwendbarkeit deutschen Rechtes, als das gemäß dem Personalstatut einer abhängigen Tochter anwendbare Recht, ausgegangen³²⁹. Die herrschende Meinung in der Literatur bestimmt das anwendbare Konzernrecht ebenfalls gemäß dem Personalstatut der abhängigen Gesellschaft³³⁰. Die Begründungen dafür variieren. Gemeinsam sind zwei Hauptargumente: Zum einen, daß das Konzernrecht Teil des über das Personalstatut bestimmten Gesellschaftsrechtes sei³³¹. Zum anderen, daß das Konzernrecht Schutzrecht der an der abhängigen Gesellschaft beteiligten Interessengruppen, das heißt deren Gläubiger, Minderheitsaktionären und zum Teil auch deren Arbeitnehmer, gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter sei³³². Entsprechend sei das Konzernrecht wie das Deliktsrecht nach dem Ort der schädigenden Handlung und des Schadens anzuknüpfen³³³. Ausnahmsweise soll das Konzernrecht in Fragen, die den Schutz der Obergesellschaft beziehungsweise der an dieser

³²⁸ *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 556; *Kronke*, ZGR 1989, 473 (486 ff., 495).

³²⁹ BGH 05.06.1975 - II ZR 23/74 - BGHZ 65, 15 (21); 15.06.1992 - II ZR 18/91 - BGHZ 119, 1; 04.03.1998 - II ZB 5/97 - BGHZ 138, 136; OLG Frankfurt am Main 23.03.1988 - 9 U 80/84 - AG 1988, 267 (272). Vgl. auch OLG Düsseldorf 26.10.1995 - 13 U 192/94 - IPRax 1998, 210 zur international verfahrensrechtlichen Qualifikation des internationalen faktischen Konzerns. Weiter *Kindler* in *MüKo*³, IntGesellR, Rn. 567.

³³⁰ *Assmann* in *GK-AktG*, Einl. Rn. 634 ff.; *Bayer*, ZGR 1993, 599 (612 f.); *Bernstein/Koch*, ZHR 143 (1979), 522 (530); *Ebenroth*, S. 64 ff.; *ders.* in *MüKo*², Nach Art. 10 EGBGB Rn. 381 ff. und 429; *Ebenroth/Offenloch*, RiW 1997, 1 (4); *Ebenroth/Wilken*, JZ 1991, 1116; *Einsele*, ZGR 1996, 40 (49 f.); *Feddersen*, S. 127 ff. (136 f.); *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 560 ff.; *Großfeld/Kötter*, IPRax 1983, 60 (61); *Kindler* in *MüKo*³, IntGesellR, Rn. 549; *Klocke*, S. 131 ff. (132); *Kronke*, ZGR 1989, 473 ff. (476, 495); *Lange*, IPRax 1998, 438 (443); *Maul*, AG 1998, 404 (405); *Picot/Land*, DB 1998, 1601; *H.P. Westermann*, ZGR 1975, 68 (85); *Wiedemann*, Erste FS für *Kegel*, S. 188 ff. (203 f.).

³³¹ *Großfeld*, a.a.O. (Fn. 330); *Feddersen*, a.a.O. (Fn. 330); *Kindler*, a.a.O. (Fn. 330); *Kronke*, (Fn. 330).

³³² *Großfeld*, a.a.O. (Fn. 330); *Ebenroth/Offenloch*, a.a.O. (Fn. 330); *Klocke*, a.a.O. (Fn. 330); *Lange*, a.a.O. (Fn. 330); *Maul*, a.a.O. (Fn. 330); *Westermann*, a.a.O. (Fn. 330); *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 330). In dieser Richtung auch *Luchterhand*, S. 67 ff. (82 ff.) mit einer Anknüpfung gemäß einem „Auswirkungsprinzip“ nach welchem das Recht berufen ist, in dessen Rechtsordnung die Auswirkungen der Konzernverbindung auftreten.

³³³ *Westermann*, a.a.O. (Fn. 330).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

beteiligter Interessengruppen regeln, nach dem Recht der herrschenden Gesellschaft angeknüpft werden³³⁴. Diese Ausnahme gelte vor allem in Konstellationen wie im Fall *Holzmüller*³³⁵.

Folgt man den Kategorien dieser Anknüpfung, fällt der Blick auf die Schutzzwecke des Mitbestimmungsrechtes. Dieses dient dem Schutz der Arbeitnehmer im Unternehmen vor einer Rückstufung zum Weisungsgebundenen im Produktionsprozeß³³⁶. Daneben schützt die Mitbestimmung auch die von öffentlichen Interessen getragene Sozialisierung und Machtbindung der Unternehmensführung durch demokratische Legitimation. Dieses sind zwar nicht klassische Schutzziele des Konzernrechtes, dennoch sind öffentliche Interessen als Schutzzweck dem Gesellschaftsrecht nicht fremd. Sie sind bei der Auslegung der Reichweite des Sachrechtes und der Bestimmung von Kollisionsregeln zu berücksichtigen³³⁷. Man denke dazu nur an den Streit um das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des § 76 Abs. 1 AktG zur Bindung des Vorstandes an Gruppen- und Allgemeininteressen. Der Vorstand ist in seiner Tätigkeit neben den das Kapital stellenden Anteilseignern und den die Produktionsmittel betreibenden Arbeitnehmern auch dem Allgemeinwohl verpflichtet, ohne daß eines dieser Interessen primär gegenüber den anderen wäre³³⁸. Damit fügt sich das Mitbestimmungsrecht in die von Gesellschafts- und Konzernrecht gebildete Ordnung zum Schutz von Gruppen- und Allgemeininteressen.

Knüpft man die Mitbestimmung nach einem solchen konzernbezogenen und damit schutzinteressenbezogenen Ansatz an, spricht die Beschäftigung der Arbeitnehmer in Deutschland und ihre Mitbestimmung gemäß der deutschen Rechts- und Sozialordnung dafür, Auswirkung des faktischen Konzernes auf die Mitbestimmung nach deutschem Recht zu bestimmen.

³³⁴ *Ebenroth* in MüKo², a.a.O. (Fn. 330) Rn. 401; *Großfeld*, a.a.O. (Fn. 330) Rn. 558 f.; *Kindler*, a.a.O. (Fn. 330); *Lange*, a.a.O. (Fn. 330).

³³⁵ BGH 25.02.1982 - II ZR 174/80 - BGHZ 83, 122 (139 ff.); 26.04.2004 - II ZR 155/02 - NJW 2004, 1860 ff. („Gelatine“). Vgl. eingehend *Lutter*, FS für *Stimpel*, S 825 (846 ff.) und die Nachweise in Fn. 334.

³³⁶ Vgl. oben Seite 3 ff.

³³⁷ Siehe *Wiedemann*, Erste FS für *Kegel*, S. 189.

³³⁸ *Hefermehl* in *Geßler/Hefermehl*, § 76 Rn. 19 f.; *Hopt*, ZGR 1993, 534 (536 f.); *Hüffer*, § 76 Rn. 12; *Mertens* in *Kölner Kommentar*, § 76 Rn. 10 ff. (16 ff.) *Rittner*, FS für *Geßler*, S. 139 (142 ff.); *ders.* AG 1973, 113 ff. Zu den Leitungsaufgaben des Vorstandes und deren Begriff allgemein *Fleischer*, ZIP 2003, 1 ff.

(3). Anknüpfung von den Arbeitnehmern her

Folgt man der vereinzelt vertretenen Lehre, daß die Mitbestimmung kollisionsrechtlich als das das Kollektiv der Arbeitnehmer erfassende Recht auch von der Belegenheit dieses Kollektives aus anzuknüpfen sei³³⁹, kommt es gleichfalls zur Verweisung auf das deutsche Gesellschafts-, Konzern- und Mitbestimmungsrecht für die Frage, wie sich die Mitbestimmung in der deutschen Tochtergesellschaft durch die internationale Konzernverbindung ändern könnte, da das Kollektiv der Arbeitnehmer der beherrschten Tochtergesellschaft in Deutschland ist.

(4). Zwischenergebnis

Gleich welchem kollisionsrechtlichen Verständnis des internationalen faktischen Konzernes man folgt, kommt es für die Frage, wie sich die Konzernverbindung auf das Mitbestimmungsrecht der deutschen Tochtergesellschaft auswirkt und ob besondere Schutzmechanismen greifen, zur Verweisung auf deutsches Recht. Der Streit zwischen den verschiedenen Auffassungen zur Findung einer Kollisionsregeln braucht nicht entschieden zu werden.

b. Deutsches Sachrecht - Auswirkung der Konzernverbindung

ist damit deutsches Sachrecht anwendbar, stellt sich die Frage, ob und welche Auswirkungen die internationale Konzernverbindung auf die Mitbestimmung in der deutschen Tochtergesellschaft hat.

In der Literatur wird insoweit herrschend die Auffassung vertreten, daß es zu keinen Auswirkungen komme, da das von ausländischen Obergesellschaft gehaltene Anteilseigentum deutschen Anteilseigentum im Einfluß auf die deutsche Gesellschaft gleichstehe³⁴⁰. Demgemäß habe die ausländische Gesellschaft wie eine deutsche, faktisch herrschende Gesellschaft nur einen mittelbaren Einfluß auf die Gesellschaft, der die Mitbestimmung nicht berühre. Insbesondere fehle es an einer § 308 Abs. 3 AktG vergleichbaren Vorschrift.

³³⁹ Zimmer, S. 148 ff., dazu oben Seite 43 ff.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Vorgesagtes trifft grundsätzlich zu. Eine Ungleichbehandlung von ausländisch gehaltenem Anteilseigentum würde schon gegen die Gleichstellung von ausländischen Anteilseignern mit Inländern gemäß Art. 43, 56 und 294 EGV verstoßen³⁴¹. Dennoch stellt sich die Frage, ob ausländisch gehaltenes Anteilseigentum nicht doch einen besonderen Schutz der am Konzern beteiligten Interessengruppen – hier speziell der Arbeitnehmer der abhängigen deutschen Tochter – bedingt.

Im Detail betrachtet unterscheidet sich der internationale faktische Konzern vom rein nationalen, faktischen Konzern. In letzterem führt aufgrund der Konzerntatbestände der Mitbestimmungsgesetze die unternehmerische Mitbestimmung bei einer Gesellschaft auch zur unternehmerischen Mitbestimmung bei der herrschenden Gesellschaft, soweit diese in einer der Rechtsformen des § 1 MitbestG organisiert ist. Im internationalen Konzern endet die Mitbestimmung an der deutschen Grenze. Damit ist der Schutz der Interessen der Arbeitnehmer durch Mitbestimmung im internationalen faktischen Konzern schwächer als im rein deutschen Konzern. Diese unterschiedlichen Reichweiten der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer im Konzern könnten eine Veränderung oder Verstärkung der Mitbestimmung im deutschen Konzernteil bedingen.

Dagegen spricht aber, daß mit § 5 Abs. 3 MitbestG der Gesetzgeber den Fall der mitbestimmungsfreien Konzernspitze geregelt hat. Damit könnte auch der Fall einer ausländischen Obergesellschaft gesetzlich geregelt sein. In der Literatur geht die einhellige Meinung davon aus³⁴². Dies entspricht Sinn und Zweck der Auffangregel des § 5 Abs. 3 MitbestG. Eine darüber hinaus gehende Stärkung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer der deutschen Tochtergesellschaft ist de lege lata nicht gegeben. Insbesondere kommt ein Eingriff in die Organisationsstruktur der ausländischen Obergesellschaft aufgrund deren ausländischen Personalstatutes nicht in Betracht³⁴³.

³⁴⁰ Däubler, RabelsZ 39 (1975), 444 (468); Duden, ZHR 141 (1977) 145 (185 f.); Lutter, FS für Zweigert, S. 251 (262); Martens, ZHR 138 (1974), 179 (197 ff.); zum internationalen faktischen Konzern allgemein Luchterhandt, S. 101 ff.

³⁴¹ Siehe auch EuGH 27.09.1988 - Rs 81/87 - NJW 1989, 2186 (2188) „Daily Mail“.

³⁴² Vgl. statt aller Raiser, § 1 Rn. 31; Windbichler, S. 527.

³⁴³ Dazu oben Seite 92.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Folglich ist davon auszugehen, daß materiellrechtlich die grenzüberschreitende faktische Beherrschung zu keinen Besonderheiten bei der Mitbestimmung bei der deutschen Tochtergesellschaft führt.

c. Zwischenergebnis

Die Beherrschung einer deutschen Gesellschaft durch eine ausländische Gesellschaft kraft Anteilseigentum ändert nicht die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in Deutschland. Die Mitbestimmung in der deutschen Tochtergesellschaft richtet sich weiter nach dem deutschen Mitbestimmungsrecht³⁴⁴. Eine Mitbestimmung bei der ausländischen Gesellschaft erfolgt nicht³⁴⁵. Die ausländische Gesellschaft ist mitbestimmungsrechtlich wie jeder andere deutsche Anteilseigner zu behandeln. Gemäß der Auffangregel des § 5 Abs. 3 MitbestG kann es zu einer Konzernmitbestimmung in Deutschland kommen, wenn der deutschen Gesellschaft noch weitere deutsche Gesellschaften über- oder untergeordnet sind.

2. Internationaler Vertragskonzern

Zu untersuchen bleibt, ob sich die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer ändern, wenn der internationale Konzern nicht nur als faktischer Konzern, sondern als Vertragskonzern verfaßt ist. Dazu ist das auf die Konzernbeziehung zwischen den beiden verbundenen Gesellschaften und den Beherrschungsvertrag selbst anwendbare Recht festzustellen. Sachrechtlich stellt sich danach die Frage, welche Auswirkungen ein Beherrschungsvertrag auf die Mitbestimmung hat und ob ein solcher wegen seiner Wirkungen international zulässig ist oder Einschränkungen erfährt.

a. Kollisionsrechtliche Behandlung des internationalen Vertragskonzernes

Wie schon festgestellt, fehlt es im internationalen Gesellschaftsrechts bislang an einem schlüssig dargelegten allgemeinen Konzernstatut³⁴⁶. Zu verschieden sind die Rege-

³⁴⁴ Siehe oben Seite 93.

³⁴⁵ Oben Seite 92.

³⁴⁶ Oben Seite 94 ff.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

lungsgegenstände im internationalen Konzern zwischen den verschiedenen Personalstatuten und den durch das Konzernrecht geschützten Interessengruppen.

Hinsichtlich des internationalen Beherrschungsvertrages geht die herrschende Meinung davon aus, daß dieser wie das allgemeine Konzernrecht nach dem Personalstatut der Tochtergesellschaft anzuknüpfen sei³⁴⁷. Andere vertreten die Auffassung, der internationale Beherrschungsvertrag unterliege der Rechtswahl der Parteien³⁴⁸.

Gegen letztgenannte Meinung spricht, daß die aus der Privatautonomie der Parteien folgende Möglichkeit zur Rechtswahl für Verträge (Art. 27 ff. EGBGB) nicht auf den Beherrschungsvertrag übertragbar ist. Dieser ist nicht nur wechselseitiger Schuldvertrag, sondern auch Organisationsvertrag für die beteiligten Gesellschaften³⁴⁹. Darüber hinaus dient das im Falle einer Rechtswahl gewählte oder gerade nicht gewählte Recht nicht allein dem Schutz der am Beherrschungsvertrag beteiligten Parteien, sondern darüber hinaus auch dritter Gruppen wie Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern. Deren Schutzrecht steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien, vor denen die genannten Gruppen gerade geschützt werden sollen³⁵⁰.

Folglich findet im Fall der ausländischen Gesellschaft, der sich eine deutsche Kapitalgesellschaft mittels Beherrschungsvertrages unterwirft, grundsätzlich gemäß dem Personalstatut der deutschen Gesellschaft deutsches Recht auf den Beherrschungsvertrag Anwendung.

³⁴⁷ BGH 15.06.1992 und 04.03.1998, a.a.O. (Fn. 329); OLG Frankfurt am Main 23.03.1988, a.a.O. (Fn. 329) S. 272; *Bärwaldt/Schabacher*, AG 1998, 182 (186 f.); *Bernstein/Koch*, a.a.O. (Fn. 330) S. 530; *Ebenroth/Wilken*, a.a.O. (Fn. 330) S. 1116; *Einsele*, a.a.O. (Fn. 330) S. 49 f.; *Feddersen*, a.a.O. (Fn. 330) S. 136 f.; *Kindler*, a.a.O. (Fn. 330) Rn. 566 ff.; *Kronke*, a.a.O. (Fn. 330) S. 486 ff.; *Lange*, a.a.O. (Fn. 330) S. 441 ff. (443); *Luchterhandt*, S. 127 ff.; *Reuter*, S. 114 ff.; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 330) S. 203 ff.; *von Zitzewitz*, S. 129 ff. Einen Überblick über die methodisch verschiedenen Ansätze bietet *Bayer*, S. 20 ff.

³⁴⁸ *Assmann*, a.a.O. (Fn. 330) Rn. 641; *Ebenroth/Offenloch*, a.a.O. (Fn. 330) S. 12.

³⁴⁹ *Bayer*, ZGR 1993, 599 (612); *Kindler*, a.a.O. (Fn. 330) Rn. 566; *Lange*, a.a.O. (Fn. 330) S. 442; *Von Zitzewitz*, a.a.O. (Fn. 347) S. 129 zum deutschen GmbH-Bherrschungsvertrag BGH 24.10.1988 - II ZB 7/88 - BGHZ 105, 324 (331) „Supermarkt“.

³⁵⁰ *Bernstein/Koch*, a.a.O. (Fn. 330) S. 529 ff.; auch *Luchterhandt*, S. 127 ff. (130 ff.), der allerdings aus vollstreckungsrechtlichen Gründen den Beherrschungsvertrag zusätzlich noch unter das Wirksamkeitserfordernis der Wahl eines deutschen Vertragsstatutes unterwirft, S. 149 ff.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Ausnahmen gelten für Schutzrechte der an der ausländischen herrschenden Gesellschaft beteiligten Minderheiten beziehungsweise Interessengruppen³⁵¹.

Denkbar wäre, daß internationale Beherrschungsverträge trotz dieser Verweisung wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* kollisionsrechtlich unzulässig sein könnten. Dies wird teilweise in der Literatur angenommen³⁵². In der Literatur wird angenommen, daß der internationale Beherrschungsvertrag gegen verschiedene durch den *ordre public* geschützte Grundsätze der deutschen Rechtsordnung verstieße³⁵³.

Diese Bedenken zunächst dahin gestellt, erscheint bereits der methodische Ansatz über den *ordre public* als zweifelhaft. Der *ordre public* dient der Abwehr der Anwendung ausländischer Rechtsordnungen, die im Falle ihrer Anwendung der deutschen Rechtsordnung unerträglich zuwider liefen. Seine Folge ist die Anwendung deutschen Rechtes. Der *ordre public* dient nicht dazu, daß nach Feststellung der Anwendbarkeit deutschen Sachrechtes dessen Rechtsfolgen im Sinne einer deutschen Gesamtrechtsordnung korrigiert werden. Diese Korrektur obliegt dem Sachrecht selbst und ist im Zweifel Teil dessen Auslegung, nicht aber der kollisionsrechtlichen Vorfrage³⁵⁴.

Es bleibt damit festzustellen, daß der internationale Beherrschungsvertrag einer deutschen Gesellschaft zur Unterwerfung unter eine ausländische Gesellschaft deutschem Recht unterliegt.

b. Deutsches Sachrecht – Auswirkungen der Vertragskonzernverbindung

Im weiteren soll geprüft werden, welche Folgen der Abschluß des Beherrschungsvertrages für die Mitbestimmung in der deutschen Tochtergesellschaft hat. Wegen eventuell festge-

³⁵¹ Siehe oben zur Fällen wie der *Holz Müller*-Konstellation, Seite 96 mit weiteren Nachweisen in Fn. 334 f.

³⁵² *Birk*, RIW/AWD 1975, 589 (590); *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, 261 (268); *von Zitzewitz*, S. 165 ff. - Die jeweiligen Ausführungen zu Art. 30 EGBGB a.F. sind wegen des gleichen Regelungsgehaltes für den heutigen Art. 6 EGBGB n.F. übertragbar. Vgl. zum Verhältnis von Art. 30 EGBGB a.F. und Art. 6 EGBGB n.F. BGH 28.08.1988 - IX ZR 127/87 - BGHZ 104, 240 (243 f.).

³⁵³ Die guten Sitten im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB nach *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444 (472 f.) oder die Grundsätze der deutschen Mitbestimmung nach *Duden*, ZHR 141 (1977) 145 (188 f.).

³⁵⁴ So auch *Bayer*, S. 101 f.; *Bernstein/Koch*, a.a.O. (Fn. 330) S. 536 f.; *Reuter*, S. 114 f.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

stellter Auswirkungen könnte es zu einer Inhaltskontrolle bis hin zur Nichtigkeit des Beherrschungsvertrages kommen.

(1). Aktiengesellschaften als beherrschte Gesellschaften

(a). Ausgangslage

Das Aktienkonzernrecht ist im Einzelnen in den §§ 291 ff. AktG geregelt. Für die Mitbestimmung besonders relevant ist die mit dem Beherrschungsvertrag begründete Leitungsmacht der Obergesellschaft über die beherrschte Gesellschaft. Gemäß § 308 Abs. 1 und 2 AktG ist die Obergesellschaft berechtigt, der beherrschten Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Diese Weisungen sind grundsätzlich auch dann bindend, wenn sie für die beherrschten Gesellschaft nachteilige Folgen haben³⁵⁵.

Weist die Obergesellschaft die beherrschte Gesellschaft zu einem Geschäft an, das gemäß deren Satzung oder nach Beschluß deren Aufsichtsrates nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates der beherrschten Gesellschaft zulässig ist, muß der Aufsichtsrat über die Weisung beschließen und kann gegebenenfalls die Durchführung ablehnen (§ 308 Abs. 3 AktG). Damit ist der dortige Vorstand im Sinne des § 82 Abs. 2 AktG im Innenverhältnis nicht zur Durchführung des Geschäftes und der ihm zugrunde liegenden Weisungen befugt³⁵⁶. Um der Obergesellschaft an diesem Punkt ihre Leitungsmacht zu sichern, führt § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG ein organisationsrechtliches Moment des Beherrschungsvertrages ein – die Leitungsmacht der Obergesellschaft berechtigt diese, den Vorstand der beherrschten Gesellschaft anzuweisen, die Weisung entgegen der Weisung seines Aufsichtsrates umzusetzen. Auf-

³⁵⁵ Zu Grenzen bei offensichtlich nicht der Obergesellschaft oder dem Konzern dienenden Weisungen vgl. *Altmeyen* in MüKo-AktG § 308 AktG Rn. 148; *Hüffer*, § 308 Rn. 22 und deren weitere Nachweise.

Zur Grenze bei existenzgefährdenden Weisungen OLG Düsseldorf 07.06.1990 - 19 W 13/86 - AG 1990, 490 (492) „DAB/Hansa“; *Altmeyen* in MüKo-AktG § 308 AktG Rn. 115 ff.; *Clemm*, ZHR 141 (1977), 197 (204 ff.); *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 23 V.4.c. S. 370 f. sowie deren Nachweise dort in Fn. 50; *Immenga*, ZHR 140 (1976), 301 (304 ff.); *Krieger* in Münchener Handbuch AG § 70 Rn. 134; *Schulze-Osterloh*, ZHR 142 (1978), 519 ff.; *Sina*, AG 1991, 1 ff.; *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391 (408 ff.); *Wiedemann/Hirte* in FS für BGH, Bd. II, S. 337 (383).

³⁵⁶ Wegen §§ 78, 82 Abs. 1 AktG könnte er im Außenverhältnis die AG dennoch verpflichten, vgl. *Hüffer*, §§ 82 Rn. 14; 111 Rn. 19.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

grund der Weisung ist er dann im Innenverhältnis zur beherrschten Gesellschaft zum Geschäft im Sinne des § 82 Abs. 2 AktG befugt. Das Gesetz knüpft diese zweite Weisung allerdings an ein zusätzliches Erfordernis. Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft muß der zweiten Weisung zustimmen. Ob der Vorstand im Falle dessen Veto dennoch eine wirksame zweite Weisung geben kann, ist streitig³⁵⁷. Wegen der Systematik von Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis in der Aktiengesellschaft ist aber davon auszugehen, daß die zweite Weisung gegenüber der Tochtergesellschaft wirksam ist und gegebenenfalls eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis des Vorstandes zur Obergesellschaft darstellt³⁵⁸.

Das Erfordernis der zweiten Zustimmung in der Obergesellschaft dient der Sicherung der Mitbestimmung³⁵⁹. Im rein deutschen Konzern führt die unternehmerische Mitbestimmung bei einer Tochtergesellschaft wegen der Konzernatbestände der Mitbestimmungsgesetze zur unternehmerischen Mitbestimmung auch bei der Obergesellschaft, wenn diese ein Unternehmen aus dem Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze ist. Dadurch wird das mitbestimmte Veto beim Tochter-Aufsichtsrat regelmäßig von einem ebenfalls mitbestimmten Aufsichtsrat bei der Muttergesellschaft entweder bestätigt oder entkräftet. Diese Sicherung der Mitbestimmung im Vertragskonzern soll im folgenden Ausgangspunkt der Untersuchung des internationalen Beherrschungsvertrages sein.

(b). Folgen des internationalen Beherrschungsvertrages

(aa). § 308 Abs. 3 AktG

Zunächst ist zu klären, ob § 308 Abs. 3 AktG auch für ausländische Obergesellschaften gilt. Im Anschluß ist zu prüfen, ob der Regelungszweck des § 308 Abs. 3 AktG, die Mitbestimmung spiegelbildlich zu den Konzernatbeständen der Mitbestimmungsgesetze „konzernfest“ zu machen, eine spezielle Behandlung des internationalen Vertragskonzernes gebietet.

³⁵⁷ *Altmeyden* in MüKo-AktG, § 308 Rn. 162; *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, § 308 Rn. 72. Für Wirksamkeit wegen klarer Verhältnisse *Hüffer*, § 308 Rn. 24.

³⁵⁸ *Altmeyden* und *Emmerich*, beide a.a.O. (Fn. 357).

³⁵⁹ *Altmeyden* in MüKo-AktG, § 308 AktG Rn. 160; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 23 V.3., S. 368; *Emmerich/Habersack*, § 308 Rn. 72.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Wie schon angesprochen, ist § 308 Abs. 3 AktG Teil des den Beherrschungsvertrag definierenden Konzernrechtes. Die Vorschrift ist organisationsrechtlicher Natur³⁶⁰. Sie ändert die Organisation beider beteiligter Gesellschaften. Hinsichtlich der Tochtergesellschaft bewirkt sie, daß der Vorstand trotz eines Vetos seines Aufsichtsrates im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft befugt ist, die Weisungen der Obergesellschaft auszuführen. § 308 Abs. 3 AktG ändert die Organisation der Obergesellschaft, indem er den dortigen Vorstand vor einer zweiten Weisung an die Zustimmung seines Aufsichtsrates bindet³⁶¹. Dies bedeutet eine Beschränkung dessen Geschäftsführungsbefugnis.

Ist die Obergesellschaft eine ausländische Gesellschaft, die einem ausländischen Personalstatut unterliegt, vielleicht monistisch strukturiert ist oder in der zumindest der Vorstand grundsätzlich frei von seinem Aufsichtsrat entscheiden kann, könnte dies unanwendbar sein.

Zunächst stellt sich die kollisionsrechtliche Vorfrage, ob § 308 Abs. 3 AktG auf ausländische Obergesellschaften anwendbar ist. Die herrschende Lehre geht davon aus³⁶². Wie schon festgestellt, ist von keinem einheitlichen Konzernstatut auszugehen. Die Anknüpfung erfolgt einzelfallbezogen entsprechend der beteiligten Personalstatute der Schutzzwecke der fraglichen sachrechtlichen Vorschriften anzuknüpfen³⁶³. § 308 Abs. 3 AktG dient dem Schutz der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der deutschen Tochtergesellschaft³⁶⁴. Dies spricht für eine Anwendung der deutschen Vorschrift. Gegen eine Anwendung spricht, daß § 308 Abs. 3 AktG in die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes der ausländischen Gesellschaft eingreift. Diese bestimmt sich jedoch nach deren ausländischen Personalstatut, so daß dem deutschen Gesetzgeber grundsätzlich keine Regelungskompetenz zukommt.

Denkbar wäre es, im Abschluß des Beherrschungsvertrages eine Einwilligung der Obergesellschaft in die spezielle Bindung ihres Vorstandes für Weisungen an die Tochter zu sehen. Dafür spricht, daß die Gesellschaft in Kenntnis der deutschen Rechtslage einen dem deutschen Recht unterworfenen Beherrschungsvertrag abschließt. Die der Gesellschaft mit

³⁶⁰ Siehe oben Seite 100 und dort die Nachweise in Fn. 349.

³⁶¹ Freilich nur im Innenverhältnis, vgl. oben S. 103 und die Nachweise in Fn. 357.

³⁶² *Altmeyen* in MüKo-AktG, § 308 Rn. 61; *Bayer*, S. 106 ff.; *Emmerich/Habersack*, § 308 Rn. 72; *Hüffer*, § 308 Rn. 24; *Koppensteiner*, S. 250 f.; *Martens*, ZHR 138 (1974), 179 (191 ff., 194 f.) alle m.w.N.

³⁶³ Zum Konzernkollisionsrecht allgemein Seite 94 ff. (95), zum internationalen Beherrschungsvertrag Seite 99.

³⁶⁴ Oben Seite 103 mit Nachweisen in Fn. 359.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

diesem Vertrag zukommende Leitungsmacht wird erst vom deutschen Recht vermittelt. Insofern ist dieses auch kollisionsrechtlich berufen, etwaige Einschränkungen der Leitungsmacht, wie die Bindung des ausländischen Vorstandes an seinen Aufsichtsrat, vorzunehmen. Es kommt damit mit § 308 Abs. 3 AktG nicht zu einem echten Eingriff in die Geschäftsführungsbefugnis des ausländischen Vorstandes. Es handelt sich um eine Inhaltsbeschreibung der Leitungsmacht gegenüber der deutschen Gesellschaft.

Damit ist der ausländische Vorstand im Falle eines Vetos eines deutschen mitbestimmten Aufsichtsrates nur zu einer das Veto beseitigenden zweiten Weisung befugt, wenn der Aufsichtsrat der Obergesellschaft beziehungsweise ein im Wege der kollisionsrechtlichen Substitution anderes Organ der ausländischen Gesellschaft zugestimmt hat.

§ 308 Abs. 3 AktG ist so im internationalen Vertragskonzern funktional erhalten. Da der ausländische Aufsichtsrat aber, soweit das ausländische Gesellschaftsstatut nicht selbst eine Mitbestimmung anordnet, nicht von den Arbeitnehmern mitbestimmt ist³⁶⁵, bleibt es bei dieser funktionalen Hülle. Der Schutzzweck der Vorschrift, die Mitbestimmung im Konzern zu erhalten, läuft leer. Das unter Umständen auf Grundlage der Argumente der Arbeitnehmervertreter im deutschen Aufsichtsrat zustande gekommene Veto kann von der Obergesellschaft entkräftet werden, ohne daß Arbeitnehmervertreter an dieser Entscheidung beteiligt wären. Die Teilkonzernregelung des § 5 Abs. 3 MitbestG, die im Falle einer mehrstufigen deutschen Konzernverbindung eine Mitbestimmung bis hin zur höchsten deutschen Gesellschaft installiert, endete mit einer schlichten Weisung der ausländischen Gesellschaft, bestätigt allein von deren Anteilseignern im dortigen Aufsichtsrat.

(bb). Teilkonzernmitbestimmung gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG

Im Allgemeinen berührt der Abschluß eines Beherrschungsvertrages zwischen einer deutschen Gesellschaft mit einer herrschenden ausländischen Gesellschaft nicht die Konzernmitbestimmung gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG innerhalb des deutschen Konzernzweiges.

Die ausländische Gesellschaft beherrscht mittels des Beherrschungsvertrag die deutsche Gesellschaft. Diese beherrscht ihre eigenen abhängigen Gesellschaft, also die Enkelgesell-

³⁶⁵ Oben Seite 92.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

schaften der ausländischen Gesellschaft, faktisch oder vertraglich. Die Arbeitnehmer aus allen deutschen Gesellschaft bestimmen bei der zwar beherrschten, aber doch in Deutschland leitenden, höchstrangigen deutschen Gesellschaft gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG mit. Für ein Abweichen besteht keinerlei Ansatzpunkt.

Problematisch wird die Konzernmitbestimmung bei der höchstrangigen deutschen Tochtergesellschaft, wenn die ausländische Gesellschaft keinen Beherrschungsvertrag mit der Tochtergesellschaft, sondern direkt Beherrschungsverträge mit Enkelgesellschaften abschließt. Dadurch besteht keine Leitungsfunktion mehr bei der höchstrangigen deutschen Gesellschaft. Diese vermittelt nur noch das Anteilseigentum der ausländischen Gesellschaft.

Daraus könnte folgen, daß bei der höchstrangigen deutschen Gesellschaft keine unternehmerische Mitbestimmung mehr gemäß der Auffangregel des § 5 Abs. 3 MitbestG erfolgt.

Gegen diesen Ansatz könnte sprechen, daß im Falle eines Beherrschungsvertrages zwischen Ober- und Enkelgesellschaft die Beherrschung organisationsrechtlich über die Tochtergesellschaft vermittelt ist. Die Enkelgesellschaft konnte den Beherrschungsvertrag nicht ohne Zustimmung ihres Gesellschafters, das heißt der übergeordneten Tochtergesellschaft abschließen (§ 293 Abs. 1 AktG)³⁶⁶. Damit beherrscht die Ober- die Enkelgesellschaft auch „über“ die Tochtergesellschaft im Sinne von § 5 Abs. 3 MitbestG.

Weiter könnten Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 MitbestG als Auffangtatbestand für eine unternehmerische Mitbestimmung in der Tochtergesellschaft sprechen. Das Gesetz nimmt es hin, daß die Mitbestimmung nicht bei der die Leitungsmacht innehabenden Gesellschaft eingeführt werden kann und will die Mitbestimmung dann zumindest als weit als möglich der Leitungsmacht folgen lassen. Die Teilkonzernregelung führt zwangsläufig dazu, daß es zur Mitbestimmung bei einem Unternehmen ohne Leitungsmacht kommt³⁶⁷.

Beide Argumente können letztlich aber nicht überzeugen. So mag die ausländische Obergesellschaft die Enkelgesellschaft beim Abschluß des Beherrschungsvertrages noch „über“ die deutsche Tochtergesellschaft beherrschen. Ist der Vertrag jedoch abgeschlossen, ist die deutsche Tochtergesellschaft von jeder Beherrschung der Enkelgesellschaft ausge-

³⁶⁶ Ausführlich *Raiser*, § 5 MitbestG Rn. 39 ff. m.w.N.

³⁶⁷ OLG Stuttgart 30.03.1995 - 8 W 355/93 - AG 1995, 380 (381).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

schlossen. Die ausländische Gesellschaft herrscht nicht mehr mittels der Tochtergesellschaft über die Enkelgesellschaft, sondern unmittelbar³⁶⁸. Damit ist der Wortlaut des § 5 Abs. 3 MitbestG hinsichtlich der Tochtergesellschaft nicht erfüllt.

Desweiteren ist eine unternehmerische Mitbestimmung bei der deutschen Tochtergesellschaft funktionslos, wenn diese nur Anteilseigentum vermittelt und im übrigen selbst keine Leitungsmacht hat. Mitbestimmung macht nur dort Sinn, wo unternehmerische Leitungsmacht konkret entfaltet und ausgeübt wird³⁶⁹. Andernfalls kommt es zu einer funktionslosen „Mitbestimmung ohne Gegenspieler“³⁷⁰.

Es bleibt festzuhalten, daß im Falle eines Beherrschungsvertrages zwischen ausländischer Obergesellschaft und deutscher Enkelgesellschaft ausländische Gesellschaft gemäß dem Vertrag unmittelbar über die Enkelgesellschaft beherrschte Gesellschaften herrscht. Die Leitungsmacht wird nicht im Sinne von § 5 Abs. 3 MitbestG „über“ die deutsche Tochtergesellschaft ausgeübt. Folglich findet bei der zwischengeschalteten deutschen Tochtergesellschaft keine Konzernmitbestimmung im Sinne von § 5 Abs. 3 MitbestG statt. Dies gilt wegen der gleichen Ausgestaltung der Herrschaftsverhältnisse sowohl im rein deutschen wie auch im grenzüberschreitenden Vertragskonzern.

(c). Anpassung des internationalen Vertragskonzern an die Mitbestimmung?

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob ein internationaler Beherrschungsvertrag grundsätzlich zulässig ist, ob er Mindestanforderungen unterliegt, ob seine Besonderheiten eine modifizierte Auslegung des § 308 Abs. 3 AktG gebieten oder ob das Mitbestimmungsrecht den Einschnitt durch den internationalen Beherrschungsvertrag hinnehmen muß.

³⁶⁸ So auch *Henssler*, FS für *Heinze*, in Abschnitt III., noch nicht veröffentlicht.

³⁶⁹ BAG 21.10.1980 - 6 ABR 41/78 - AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972 zur Bildung eines Konzernbetriebsrates im Konzern im Konzern. Weiter OLG Celle 22.03.1993 - 9 W 130/92 - BB 1993, 957 (958) („Preussag AG / Salzgitter GmbH“); LG Stuttgart 11.05.1993 - 2 AktE 1/92 - AG 1993, 473 (474), aA aber die Berufungsinstanz OLG Stuttgart 30.03.1995 - 8 W 355/93 - AG 1995, 380 f.

³⁷⁰ ArbG Stuttgart 01.08.2003 - 26 BV 11/02 - NZA-RR 2004, 138 f.; *Oetker* in *ErfK*, § 5 MitbestG Rn. 21. Vgl. auch *Hanau/Wackerbarth*, FS. für *Lutter*, S. 425 (440).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

aa. Generelle Zulässigkeit des internationalen Beherrschungsvertrages

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, der internationale Beherrschungsvertrag sei wegen seiner Auswirkungen auf die Mitbestimmung generell unzulässig³⁷¹.

Nach *Däubler* folgt dies noch bevor die Mitbestimmungsfrage überhaupt aufkommt, bereits aus der darin liegenden Selbstentmündigung der juristischen Person. Aus deren Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung, das ihr gemäß Art. 1 und 2 in Verbindung mit 19 Abs. 3 GG zustehe, folge ein Verbot der Selbstentmündigung. Der Beherrschungsvertrag sei daher gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig³⁷². Nach *Däubler* sind die §§ 291 ff. AktG verfassungsrechtlich bedenklich und sprechen daher nicht gegen seinen Ansatz³⁷³. Unter mitbestimmungsrechtlichem Aspekt sei der internationale Beherrschungsvertrag ebenfalls nichtig, wenn an der Konzernspitze die Arbeitnehmer nicht repräsentiert seien³⁷⁴. *Birk* folgt letzterem und hält internationale Beherrschungsverträge wegen der damit verbundenen Aushöhlung der Mitbestimmung seit Erlaß des MitbestG für unzulässig.³⁷⁵

bb. Abschluß- und Inhaltskontrolle internationaler Beherrschungsverträge

Als gegenüber der Unzulässigkeit des internationalen Beherrschungsvertrages mildere Mittel zum Schutz der Mitbestimmung werden in der Literatur verschiedene Modelle zu einer Abschluß- und Inhaltskontrolle vertreten.

³⁷¹ *Birk*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 18 (1978), S. 263 (355); *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444 (469 ff.).

³⁷² *Däubler*, a.a.O. (Fn. 371) S. 472 f.

³⁷³ *Däubler*, a.a.O. (Fn. 371) S. 472.

³⁷⁴ *Däubler*, a.a.O. (Fn. 371) S. 473.

³⁷⁵ *Birk*, a.a.O. (Fn. 371).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

α. Abschlußkontrolle

Eine Beteiligung der Arbeitnehmer beim Abschluß eines internationalen Beherrschungsvertrages wurde bislang alleine de lege ferenda durch *von Zitzewitz* vorgeschlagen³⁷⁶. Seines Erachtens genüge es dabei nicht, den Abschluß des Beherrschungsvertrages nur von der Zustimmung des Aufsichtsrates abhängig zu machen, da dieses Veto von der Hauptversammlung gemäß § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG überstimmt werden könne. Er schlägt dem Gesetzgeber vor, den Beherrschungsvertrag an die Zustimmung der einfachen Mehrheit der Arbeitnehmer zu binden. Dies stelle sicher, daß die Parteien des Beherrschungsvertrages diesen so ausgestalteten, daß dieser auch die Zustimmung der Arbeitnehmer finde³⁷⁷. Hätten die Arbeitnehmer so einmal einem Vertrag zugestimmt, bestehe später keine Notwendigkeit mehr die Leitungsmacht der ausländischen Gesellschaft im Konzern zu beschränken³⁷⁸. Zur Absicherung der Mitbestimmung genügten Informationsrechte der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand der Tochtergesellschaft. Im Falle von „offensichtlich existentielle Interessen der deutschen Arbeitnehmer gefährdenden“ Weisungen der Obergesellschaft schlägt er als ultima ratio ein außerordentliches Kündigungsrecht der Arbeitnehmervertreter für den Beherrschungsvertrag vor³⁷⁹.

β. Inhaltskontrolle

In der Literatur werden verschiedene Modelle für eine Inhaltskontrolle internationale Beherrschungsverträge hinsichtlich Mindestanforderungen an die Sicherung der Mitbestimmung diskutiert.

Bernstein und *Koch* gehen davon aus, daß ein Beherrschungsvertrag nur dann zulässig ist, wenn er eine der deutschen Mitbestimmung äquivalente Ausgestaltung von Arbeitnehmerbefugnissen zur Mitbestimmung in der ausländischen Konzernspitze vorsieht³⁸⁰. Was äquiva-

³⁷⁶ *Von Zitzewitz*, S. 253 ff.; vgl. auch *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, 261 (274), die darauf hinweisen, daß ein entsprechender Vorschlag des linksorientierten innerfraktionellen „Leverkusener Kreises“ der SPD im Gesetzgebungsverfahren zum MitbestG von Gesetzgeber nicht aufgenommen wurde.

³⁷⁷ *Von Zitzewitz*, S. 253 ff. (256).

³⁷⁸ *Von Zitzewitz*, S. 253 ff. (257).

³⁷⁹ *Von Zitzewitz*, S. 253 ff. (258).

³⁸⁰ *Bernstein/Koch*, ZHR 143 (1979), 522 (532 f.).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

lent ist, beziehungsweise was Mindeststandards einer Mitbestimmung wären, sei nicht generalisierbar. Jedenfalls müßten die Kerngedanken der Mitbestimmung, das heißt die Beteiligung der Arbeitnehmer in Unternehmensorganen, erhalten bleiben³⁸¹. Die Folge eines Verstoßes gegen dieses Äquivalenzprinzip lassen Bernstein und Koch offen, halten eine Nichtigkeit des Vertrages aber für überschießend³⁸².

Ähnlich setzt *Duden* an, der für den Beherrschungsvertrag von der mit den §§ 291 ff. und insbesondere § 308 Abs. 3 AktG bestätigten Prämisse ausgeht, daß Beherrschungsverträge nur zulässig seien, wenn sie ein Minimum an Schutz der Arbeitnehmerinteressen bieten³⁸³. Das bedeute insbesondere, daß der Beherrschungsvertrag ein Sprachrohr für die Arbeitnehmer und ein Konsultativorgan in der Konzernspitze vorsehen müsse³⁸⁴.

Schubert hält den internationalen Beherrschungsvertrag grundsätzlich für durch die Mitbestimmungsgesetze in Verbindung mit § 134 BGB für verboten³⁸⁵. Die Mitbestimmungsgesetze seien teleologisch dahin auszulegen, daß ein die Mitbestimmung aushöhlender internationaler Beherrschungsvertrag nichtig sei³⁸⁶. Höhle der Vertrag die Mitbestimmung dagegen nicht aus, sei er – wofür auch die Gesamtheit der Rechtsordnung spreche – zulässig³⁸⁷. *Schubert* bildet drei Konstellationen, in denen die Mitbestimmung durch den internationalen Beherrschungsvertrag nicht ausgehöhlt werde³⁸⁸: Zunächst sei dies der Fall, wenn die ausländische Obergesellschaft, unterläge sie einem deutschem Personalstatut, auch keiner Mitbestimmung unterliege, da sie zum Beispiel eine Personengesellschaft sei. Weiter sei der Beherrschungsvertrag zulässig, wenn das ausländische Recht selbst eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei der Obergesellschaft anordne. Letztlich sei der Beherrschungsvertrag zulässig, wenn er bei der Obergesellschaft ein der deutschen Mitbestim-

³⁸¹ *Bernstein/Koch*, ZHR 143 (1979), 522 (533).

³⁸² *Bernstein/Koch*, ZHR 143 (1979), 522 (536).

³⁸³ *Duden*, ZHR 141 (1977) 145 (187 ff.).

³⁸⁴ *Duden*, a.a.O. (Fn. 383) S. 189.

³⁸⁵ *Schubert*, S. 128 ff., 131 ff.

³⁸⁶ *Schubert*, S. 128 f.

³⁸⁷ *Schubert*, S. 129 ff.

³⁸⁸ *Schubert*, S. 130 f.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

mung gleichwertiges Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmer in der deutschen Tochtergesellschaft vorsehe.

cc. Modifikation der Leitungsmacht im internationalen Sachverhalt

Neben den vorgestellten Ansätzen, die den Schutz der Mitbestimmung im internationalen Vertragskonzern über den Beherrschungsvertrag suchen, werden in der Literatur verschiedene Modelle diskutiert, die den internationalen Beherrschungsvertrag grundsätzlich zulassen und die aus ihm gemäß § 308 AktG folgende Leitungsmacht hinsichtlich des § 308 Abs. 3 AktG modifizieren.

Ein solches Modell wurde, soweit ersichtlich, erstmals von *Koppensteiner*, seinerzeit noch *de lege ferenda*, vorgeschlagen³⁸⁹. Seines Erachtens genüge es zur Sicherung der Mitbestimmung, das Veto des Aufsichtsrates der Tochtergesellschaft für die ausländische Gesellschaft unüberstimmbar zu machen. Zusätzlich müsse der deutsche Aufsichtsrat im Sinne des § 111 Abs. 4 AktG beschließen, daß alle Geschäfte, die auf Weisungen der Obergesellschaft zurückgehen, der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürften³⁹⁰. Damit sei die Mitbestimmung gesichert. *Koppensteiner* sieht danach nur noch die Gefahr, daß eine ausländische Obergesellschaft ihre deutsche Tochtergesellschaft entweder in eine GmbH umwandelt³⁹¹ oder Neuinvestitionen statt in Deutschland in anderen Staaten tätigt³⁹².

Martens schlug, *Koppensteiner* folgend, ebenfalls *de lege ferenda* die Weisungsresistenz des Aufsichtsratsvetos in der deutschen Tochtergesellschaft vor³⁹³.

De lege lata gehen *Hanau* und *Ulmer* von einer Modifikation des § 308 Abs. 3 AktG aus³⁹⁴. Sie begründen diese Auslegung des § 308 Abs. 3 AktG mit einer teleologischen Reduktion im Rahmen der „gebotenen harmonisierenden Auslegung von Akt[ien]- und

³⁸⁹ *Koppensteiner*, S. 250 f., vgl. dazu auch *Prühs*, AG 1973, 395 (398).

³⁹⁰ *Koppensteiner*, S. 251.

³⁹¹ Vgl. dazu *Koppensteiners* Bemerkung in seiner Fn. 123 auf Seite 251.

³⁹² *Koppensteiner*, S. 251.

³⁹³ *Martens*, ZHR 138 (1974), 179 (194 f.).

³⁹⁴ *Hanau/Ulmer*, § 5 Rn. 56.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Mitbest[immungsrecht]³⁹⁵. *Raiser* folgt dem, da es gegen den deutschen ordre public verstoße, wenn mittels eines Beherrschungsvertrages die Mitbestimmung ausgeschlossen werden könne³⁹⁶.

dd. Abwägung

Die verschiedenen Auffassungen sollen im folgenden einander gegenüber gestellt werden, um zu einer allen Interessen gerechten Lösung über die Mitbestimmung im Rahmen internationaler Beherrschungsverträge zu kommen.

α. Generelles Verbot von Beherrschungsverträgen

Vornweg steht die Ansicht *Däublers*, der internationale Beherrschungsvertrag sei wegen einer Selbstentmündigung der Tochtergesellschaft nichtig³⁹⁷. *Däubler* geht dabei davon aus, die juristische Person habe ein durch Art. 19 Abs. 3 GG mit Art. 1 GG vermitteltes Persönlichkeitsrecht, dessen sie sich wie natürliche Personen nicht begeben könnte. Dem wird zutreffend entgegengehalten, daß Art. 19 Abs. 3 GG nicht dazu dient, der juristischen Person als solcher Grundrechte zu verleihen, sondern vielmehr dazu dient, die Grundrechte der Gesellschaft vereinigten Anteilseigner, quasi als Anerkennung einer kollektiven Vereinigungsfreiheit, effektiver durchzusetzen³⁹⁸. Hinzu kommt, daß die – in der Regel von den Anteilseignern mitgetragene – Unterwerfung unter einen Beherrschungsvertrag vom Gesetzgeber mit den §§ 291 ff. AktG gebilligt wurde³⁹⁹. Soweit *Däubler* es diesbezüglich vorzieht, die §§ 291 ff. AktG verfassungsrechtlichen Zweifeln zu unterwerfen⁴⁰⁰, ist dies nicht nachvollziehbar. Das Grundgesetz sieht die Organisationsverfassung juristischer Personen nicht im Einzelnen vor. Soweit die die juristischen Personen definierenden Gesetze des Gesellschaftsrechtes es vorsehen, daß eine juristische Person sich der Kontrolle einer anderen

³⁹⁵ *Hanau/Ulmer*, a.a.O. und § 25 Rn. 6 (Fn. 394).

³⁹⁶ *Raiser*, § 5 Rn. 31 a.E.

³⁹⁷ Oben Seite 108.

³⁹⁸ *Bayer*, S. 100 f.; *Schubert*, S. 125; vgl. zur Funktion des Art. 19 Abs. 3 GG BVerfG 02.05.1967 - 1 BvR 578/63 - BVerfGE 21, 362 (369); *Maunz/Dürig*, Art. 19 Abs. 3 Rn. 3; *Wiedemann*, S. 687 ff.

³⁹⁹ *Klückers*, S. 73; *Reuter*, S. 117 f.

⁴⁰⁰ *Däubler*, a.a.O. S. 472 (Fn. 371).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

natürlichen oder juristischen Person unterwerfen kann, um so Teil einer Konzernorganisation zu werden, ist dies Teil der gesetzlichen Ausgestaltung der juristischen Personen, hier speziell der Aktiengesellschaft. Diese Freiheit obliegt dem Gesetzgeber und verstößt nicht gegen die Grundrechte der juristischen Person.

Entsprechend kann nicht davon ausgegangen werden, daß internationale Beherrschungsverträge generell verboten wären.

β. Beschränkung der Leitungsmacht

Ist der internationale Beherrschungsvertrag damit zulässig, stellt sich die Frage nach einer für den internationalen Vertragskonzern modifizierten Auslegung des § 308 Abs. 3 AktG. Eine solche bedeutet gegenüber einer Abschluß- und Inhaltskontrolle einen milderen Eingriff zur Sicherung der Mitbestimmung, weil sie alleine die vertraglich begründete Leitungsmacht definiert. Im Falle einer Abschluß- und Inhaltskontrolle kommt es dagegen zu einer Bildung mitbestimmungsrechtlicher Strukturen, die dem internationalen Konzern an sich nicht eigen sind.

Einzig ersichtliche und in der Literatur diskutierte effektive Möglichkeit zum Schutz der Mitbestimmung durch Beschränkung der Leitungsmacht ist, das Veto des deutschen Aufsichtsrates entgegen einer zweiten Weisung der Obergesellschaft für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft bindend zu belassen, um so die von § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG intendierte Mitbestimmung zu schützen⁴⁰¹. Dies läuft auf eine teleologische Reduktion des § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG auf null heraus.

Raiser leitet diese teleologische Reduktion kollisionsrechtlich aus dem deutschen *ordre public* ab. Dieser stehe einem internationalen Beherrschungsvertrag mit unbeschränkter Leitungsmacht entgegen⁴⁰². Wie schon dargelegt, steht einer solch kollisionsrechtlichen Argumentation die Funktion des *ordre public* als Abwehr ausländischen Rechtes entgegen⁴⁰³. Die zur Diskussion stehende Leitungsmacht basiert auf dem kollisionsrechtlich

⁴⁰¹ *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 389); *Martens* a.a.O. (Fn.393); *Hanau/Ulmer*, a.a.O. (Fn. 394).

⁴⁰² *Raiser*, a.a.O. (Fn. 396).

⁴⁰³ Siehe oben Seite 101 f.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

anwendbaren deutschen Sachrecht⁴⁰⁴, die Abwehrwirkung des *ordre public* kann keine konkrete Auslegung des materiellen Rechtes bedingen⁴⁰⁵.

Gegen eine reduzierende Auslegung des § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG spricht der Wortlaut der Vorschrift. Hiernach kommt es zur Bindung des Vorstandes der herrschenden Gesellschaft an einen Beschluß seines Aufsichtsrates zu einer ein Veto überstimmenden Weisung nur „..., wenn das Unternehmen einen Aufsichtsrat hat,...“. Hat die Obergesellschaft keinen Aufsichtsrat, kann deren Vorstand damit ohne weiteres das Veto des Tochter-Aufsichtsrates durch eine zweite Weisung entkräften. Der zweite Aufsichtsratsbeschluß ist der Vorschrift damit mehr angehängt denn integraler Bestandteil. Weiter zeigt der Wortlaut, daß der Gesetzgeber den Fall der aufsichtsratslosen herrschenden Gesellschaft gesehen hat und sich für diesen Fall im Konzernrecht für keinen ausdrücklichen Mitbestimmungsschutz entschieden hat.

Weiter läuft eine Reduktion des § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG im genannten Sinn dem Regelungszweck des Aktienkonzernrechtes zuwider. Das Konzernrecht soll die an der herrschenden und beherrschten Gesellschaft beteiligten Gruppen, die wie Gläubiger und Minderheits-eigner keinen Einfluß auf die Leitungsmacht im Konzern haben, eben vor dieser Macht schützen. Nimmt man der Leitungsmacht im internationalen Vertragskonzern ihr letztlisches Obsiegen über ein Veto in der Tochtergesellschaft, ist der Beherrschungsvertrag für ausländische Gesellschaften gänzlich unattraktiv, da er nicht mehr Macht vermittelt als ein faktischer Konzern, aber darüber hinaus noch Verbindlichkeiten begründet.

Dies widerspricht dem Sinn und Zweck des Vertragskonzernrechtes, den Dritt- und Minderheitenschutz gegenüber dem faktischen Konzern in eine verlässliche Form zu fassen⁴⁰⁶. Gerade im internationalen Konzern ist der Dritt- und Minderheitenschutz häufig mit einer Rechtsdurchsetzung im Ausland verbunden. Das Vertragskonzernrecht bietet hierfür einen effektiveren Dritt- und Minderheitenschutz. Damit ist der internationale Beherrschungsvertrag im Lichte des Konzernrechtes wünschenswert und nicht durch eine Entkernung seiner Funktion für das herrschende Unternehmen zu entwerten.

⁴⁰⁴ Dazu oben Seite 104.

⁴⁰⁵ Siehe oben Seite 101 f.

⁴⁰⁶ *Bayer*, S. 109 f.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Denkbar wäre allenfalls, daß der Schutz der deutschen Mitbestimmung die allgemein im Konzernrecht geschützten Dritt- und Minderheitsinteressen überwiegt. Dann könnte das wie eben dargestellt drohende Leerlaufen des internationalen Beherrschungsvertrages gerechtfertigt sein.

Für eine besondere Gewichtung der Mitbestimmung in dieser Interessenabwägung spräche es, wenn diese in einem in sich geschlossenen System in Deutschland eingeführt wäre. Umgekehrt spräche es gegen einen Eingriff in die Leitungsmacht, wenn die Mitbestimmung nur partiell gelten würde. Der internationale Vertragskonzern wäre dann nur ein weiterer „blinder Fleck“ der Mitbestimmung.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, daß es gegen ein geschlossenes Mitbestimmungssystem spreche, daß die Mitbestimmung nur an bestimmte Gesellschaftsformen angeknüpft sei⁴⁰⁷. Weiter zeige § 5 Abs. 3 MitbestG, daß das Mitbestimmungsrecht sich mit Lücken in der Mitbestimmung abgefunden habe⁴⁰⁸. Dem wird entgegengehalten, daß § 5 Abs. 3 MitbestG gerade die Lückenlosigkeit des Mitbestimmungsrechtes zeige – ist die Konzernspitze eine gesetzlich nicht mitbestimmte Gesellschaft wie etwa eine Personengesellschaft, dann soll im Konzern wenigstens soviel Mitbestimmung wie möglich installiert werden⁴⁰⁹. Weiter wird angeführt, daß sich gerade für Großunternehmen als Holdinggesellschaft ganz regelmäßig aus steuerlichen, organisatorischen und finanziellen Gründen kaum Personengesellschaften eignen⁴¹⁰. Es käme ganz durchgehend zur Organisation in einer der Mitbestimmung unterliegenden Gesellschaftsform⁴¹¹.

Beide zur Frage der Geschlossenheit der deutschen Mitbestimmung genannten Positionen sind nicht konträr. Die Mitbestimmung soll soweit wie möglich in Großunternehmen eingliedert werden, dabei aber die Strukturen der beteiligten Gesellschaften berücksichtigen und hinnehmen. Entsprechend hat der Gesetzgeber die Mitbestimmung nicht allein an die Unternehmensgröße, sondern auch enumerativ an die Unternehmensform angeknüpft. § 5

⁴⁰⁷ *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 3; *Martens*, a.a.O. (Fn. 393) S. 193.

⁴⁰⁸ *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 573; *Martens*, a.a.O. (Fn. 393) S. 194; *Prager*, S. 61; *Wiedemann*, S. 806 f.

⁴⁰⁹ *Schubert*, S. 128.

⁴¹⁰ *Bayer*, S. 108.

⁴¹¹ *Bayer*, S. 108.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Abs. 3 MitbestG ist eine systematisch sich in dies einfügende Auffangvorschrift, die die Mitbestimmung soweit trägt, wie die verbundenen Gesellschaftsformen einer Mitbestimmung zugänglich sind. Das Gesetz akzeptiert damit nicht eine Lückenlosigkeit im engeren Sinne, sondern geht vielmehr soweit, wie eine allein durch Anknüpfung an die Gesellschaftsstruktur gebildete unternehmerische Mitbestimmung in diesen Modellen einführbar ist.

Daraus folgt, daß § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG nicht teleologisch wegen seines Schutzzweckes, sprich der Mitbestimmung, auf null reduziert werden kann. Dadurch würde der internationale Vertragskonzern obsolet. Angesichts des Konstruktes der Mitbestimmung als sich des Gesellschaftsrechtes anpassendes und dieses ergänzendes Institut läßt sich ein solcher Eingriff nicht alleine mit dem Schutz der Mitbestimmung rechtfertigen. Der internationale Vertragskonzern dient nicht allein der Aushöhlung der Mitbestimmung durch Festigung der Leitungsmacht, sondern, regelmäßig in Verbindung mit einem Gewinnabführungsvertrag, der einheitlichen Steuerung von Investitionen, Kontrolle, Profiten und Risiken im internationalen Konzern. Die Grundentscheidung des Gesetzgebers, diese Unternehmensverbindung mit besonderer Leitungsmacht zu erlauben und gleichzeitig einen speziellen Schutz der übrigen Beteiligten wie (Minderheits-) Aktionären und Gläubigern vorzugeben, kann nicht für das sich nur anfügende Mitbestimmungsrecht unattraktiv gemacht und damit entwertet werden.

Festzuhalten bleibt, daß eine Anpassung der Leitungsmacht im internationalen Vertragskonzern durch eine Reduzierung des § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG auf null nicht in Betracht kommt.

y. Abschluß- und Inhaltskontrolle

Scheidet damit eine Sicherung der Mitbestimmung durch Anpassung der Leitungsmacht aus, stellt sich die Frage, ob der Schutz der Mitbestimmung eine Beteiligung der Arbeitnehmer beim Abschluß des Beherrschungsvertrages und/oder eine Mitbestimmungsvereinbarung im Beherrschungsvertrag bedingt.

aa. Abschlußkontrolle

Die von *von Zitzewitz* vorgeschlagene Abschlußkontrolle des Beherrschungsvertrages durch eine Zustimmung der Arbeitnehmer in der deutschen Gesellschaft ist, wie er selbst voraussetzt, *de lege lata* nicht möglich⁴¹². Entgegen seiner Ansicht ist ein solches Zustimmungserfordernis aber auch *de lege ferenda* nicht geeignet, der Mitbestimmung einen effektiven Schutz im internationalen Vertragskonzern zu geben. Die Mitbestimmung lebt von ihrer Durchführung, das heißt von der Konsultation der Arbeitnehmer durch die Leitungsmacht und umgekehrt die Gelegenheit der Arbeitnehmer auf diese einzuwirken. Die einmalige Zustimmung der Arbeitnehmer zum Beherrschungsvertrag stellt nicht sicher, daß der Vertrag langfristige, effektive Strukturen zur Mitbestimmung vorsieht. Zu leicht könnten die Parteien des Beherrschungsvertrages eine Mitwirkung der Arbeitnehmer vereinbaren, die mehr Feigenblatt als Mitbestimmung ist und den Arbeitnehmern durch einmalige Zugeständnisse die Zustimmung dazu versüßen⁴¹³. Hinzu kommt die Gefahr der Politisierung der Zustimmung zum Beherrschungsvertrag. Die Bewegmomente der Arbeitnehmer sollten allein kollektivarbeitsrechtlich und speziell mitbestimmungsbezogen sein. Erfahrungsgemäß aber verbinden viele Arbeitnehmer Veränderungen der Unternehmensstruktur, in die ihr Arbeitgeber eingegliedert ist, insbesondere als Gefahr für ihren eigenen Arbeitsplatz. Solche individuellen Motivationen könnten in die Entscheidung über einen Beherrschungsvertrag hineinspielen.

Diese ablehnende Auffassung zur Einbeziehung der Arbeitnehmer in eine Abstimmung oder Verhandlung über die Mitbestimmung im internationalen Vertragskonzern widerspricht nicht dem zur Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, SE) vorgegebenen System der verhandelten Mitbestimmung⁴¹⁴. Schon systematisch entsprechen sich nicht die Verhandlung der Mitbestimmung in der SE und die Verhandlungen über einen internationalen Beherrschungsvertrag. In der SE werden die Arbeitnehmer an der Verfassung der Gesellschaft beteiligt. Eine Beteiligung beim Abschluß des Beherrschungsvertrages bedeutete jedoch eine Beteiligung bei einem nachträglichen organisationsrechtlichen Geschäft der

⁴¹² Siehe oben Seite 109 und dort die Nachweise in Fn. 376 ff.

⁴¹³ Zum Gesichtspunkt der Verhandlungsstärke von Arbeitnehmern und Arbeitgebern vgl. *Püttner*, BB 1987, 1122 f.

⁴¹⁴ Vgl. dazu darstellend oben Seite 64 ff.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

fortbestehenden Gesellschaft mit einer anderen Gesellschaft. Ein solches Recht ist für die SE ebenfalls nicht vorgesehen. Dort ist selbst die denkbare Nachverhandlung der Mitbestimmungsvereinbarung zeitlichen und quorumsmäßigen Beschränkungen unterworfen⁴¹⁵. Des Weiteren ist die Verhandlung der Mitbestimmungsvereinbarung in der SE in ein System von Auffangregeln gefaßt. Eine freie Verhandlung der Arbeitnehmer zur Mitbestimmung im internationalen Beherrschungsvertrag ist dagegen von den soeben behandelten Gefahren des Abkaufens durch einmalige und unter Umständen nicht mitbestimmungsbezogenen Zugeständnissen wie individualrechtlichen Arbeitsplatzgarantien bedroht. Unsachliche Entscheidungen sind nicht auszuschließen.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß eine Abschlußkontrolle nicht zur Sicherung der Ziele der deutschen Unternehmensmitbestimmung in internationalen Konzernen geeignet ist.

ββ. Inhaltskontrolle

Es bleiben die verschiedenen Ansätze zur Aufnahme von Mitbestimmungsvereinbarungen in den Beherrschungsvertrag und deren Inhaltskontrolle.

Voraussetzung für die Erwägung von Mitbestimmungsvereinbarungen zur Rechtfertigung eines grenzüberschreitenden Beherrschungsvertrages ist deren generelle Zulässigkeit. Die Zulässigkeit von Mitbestimmungsvereinbarungen im rein deutschen Sachverhalt ist seit langem streitig⁴¹⁶. Dem eigentlich aus den Mitbestimmungsgesetzen folgenden zwingenden Charakter der Mitbestimmung steht eine Art Günstigkeitsprinzip entgegen, demgemäß teilweise eine Verbesserung der Mitbestimmung zugunsten der Arbeitnehmer durch eine Mitbestimmungsvereinbarung als möglich angesehen wird. Eine gewisse Freiheit besteht aufgrund der trotz der Mitbestimmung fortbestehenden Satzungscompetenz der Hauptversammlung, die ihre Grenze allerdings mit § 23 Abs. 5 AktG in den zwingenden Vorschriften über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates findet⁴¹⁷. Die Hauptversammlung kann zum Beispiel in einer gemäß dem DrittelbG mitbestimmten Gesellschaft eine paritätische Mitbestimmung

⁴¹⁵ Art. 3 Abs. 6 Untrabs. 4 der Richtlinie Nr. 2001/86/EG.

⁴¹⁶ Zur Geschichte der Mitbestimmungsvereinbarung *Mertens*, AG 1982, 141 ff.

⁴¹⁷ OLG Bremen 22.03.1977 - 2 W 102/75 - NJW 1977, 1153 ff. als obiter dictum, in der Sache ging es um eine GmbH; *Hanau/Ulmer*, Einl. Rn. 38 f. und § 1 Rn. 20 ff.; *Ihrig/Schlitt*, NZG 1999, 333 (334 f.); *Oetker* in GK-AktG, MitbestG, Vorbem. Rn. 101 ff.; *Raiser*, § 1 Rn. 52; *Raiser*, BB 1977, 1461 ff.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

durch Zuwahl von weiteren Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat einrichten⁴¹⁸. Daneben wird die Zulässigkeit spezieller Abreden, wie das Recht, den Aufsichtsratsvorsitzenden zu bestellen oder die Bindung der Wahl des Arbeitsdirektors an die Zustimmung der Arbeitnehmerbank, diskutiert⁴¹⁹.

Gegenüber der allgemeinen Diskussion um Mitbestimmungsvereinbarungen⁴²⁰ rückt im internationalen Vertragskonzern die spezielle Konzernbeziehung zwischen der deutschen Tochtergesellschaft und der ausländischen Obergesellschaft in den Vordergrund. Sie wirft spezielle mitbestimmungsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Fragen auf.

So stellt sich auf mitbestimmungsrechtlicher Ebene die Frage, ob der zwingende Charakter der deutschen Mitbestimmungsgesetze auch für die internationale Mitbestimmungsvereinbarung gilt. Wie schon festgestellt, findet ipso iure bei der ausländischen Gesellschaft keine Mitbestimmung statt, außer diese wäre nach deren eigenem Recht mitbestimmt⁴²¹. Durch eine Mitbestimmungsvereinbarung kommt es damit allein zu einer Begründung beziehungsweise Erweiterung der Mitbestimmung in den Konzern hinein, nicht aber zu einem Eingriff in zwingendes deutsches Mitbestimmungsrecht⁴²². Entsprechend fordern die Befürworter von internationalen Mitbestimmungsvereinbarungen auch nur den deutschen Regeln „äquiva-

⁴¹⁸ BGH 03.07.1975 - II ZR 35/73 - NJW 1975, 1657 (1658) (Aktiengesellschaft); OLG Bremen a.a.O. (Fn. 417) (GmbH). Kommunale Versorgungsunternehmen hatten jeweils weitere Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat gewählt beziehungsweise ihre Satzung zugunsten einer paritätischen Mitbestimmung geändert. Vgl. auch BT-Drucks. 1/3585, S. 19 sowie *Raiser*, § 1 Rn. 52; *Hommelhoff*, ZHR 148 (1984), 129 ff.; *Ihrig/Schlitt*, a.a.O. (Fn. 417) S. 336; zum Teil abweichend *R. Thüsing*, FS für *Werner* (1984); S. 893 ff.

⁴¹⁹ Zu beidem dem Grunde nach ablehnend *Hanau/Ulmer*, § 1 Rn. 17; *Raiser*, § 1 Rn. 51 und § 29 Rn. 14.

⁴²⁰ Dazu *Beuthien*, ZHR 148 (1984), 95 ff.; *Hanau*, ZGR 2001, 75 ff.; *Hanau/Ulmer*, § 1 Rn. 16 ff.; *Hommelhoff*, ZHR 148 (1984), 118 ff. (133 ff.); *Ihrig/Schlitt*, NZG 1999, 333 ff.; *Konzen*, AG 1983, 289 (295 ff.); *ders.*, NJW 1989, 2977 ff.; *Mertens*, AG 1982, 141; *Peus*, AG 1982, 206 ff.; *Püttner*, BB 1987, 1122 ff.; *Raiser*, BB 1977, 1461 ff.; *ders.*, FS für *Werner*, S. 681 ff.; *R. Thüsing*, FS für *Werner*, S. 893 ff.; *Windbichler*, S. 541 ff.; *Zöllner/Loritz*, § 51 IV.4. (S. 616). Vgl. auch BGH 25.02.1982 - II ZR 123/81 - BGHZ 83, 106 (110 ff.); 25.02.1982 - II ZR 102/81 - BGHZ 83, 144 (149 ff.); 25.02.1982 - II ZR 145/80 - BGHZ 83, 151 (153 ff.).

⁴²¹ Siehe oben Seite 92.

⁴²² Siehe zum umgekehrte Fall der abhängigen ausländischen Gesellschaft, *Lutter*, FS für *Zweigert*, S. 251 (267 ff.).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

lente“ Vereinbarungen, die die „Kerngedanken“ der deutschen Mitbestimmung installieren⁴²³ oder ein Minimum an Schutz der Arbeitnehmerinteressen bieten⁴²⁴.

Auf gesellschaftsrechtlicher Ebene unterliegt die ausländische Obergesellschaft ihrem ausländischen Personalstatut, das regelmäßig keine Mitbestimmung kennen wird. Wegen der auch im Ausland gängigen Satzungshegemonie der Anteilseigner wird dennoch – einen entsprechenden Willen vorausgesetzt – unter Umständen eine Einsetzung von Arbeitnehmervertretern in Gesellschaftsorganen möglich sein. Dies ist für viele der jedenfalls zu schützende Kerngedanke der deutschen Mitbestimmung⁴²⁵. Außerhalb der Gesellschaftsorganisation selbst bietet sich im Ausland weiter ein im Rahmen der Privatautonomie nahezu unbegrenzter Kreis an nicht die Konzernleitung bindenden Konsultativorganen. Denkbar sind etwa Weltbetriebsräte, wobei die bestehenden sich bislang eher auf die Anhörung in sozialen Fragen in einzelnen Konzernteilen und dem Informationsaustausch zwischen diesen beschränken. Die gebildeten Organe sind dagegen nicht an der Beaufsichtigung der Gesamtkonzernleitungsmacht oder Grundentscheidungen, die den gesamten Konzern betreffen, auch nur konsultativ beteiligt⁴²⁶.

Damit ist das Feld für eine eventuelle Mitbestimmungsvereinbarung als Teil eines internationalen Beherrschungsvertrags sehr weit abgesteckt. Es besteht bei der ausländischen Obergesellschaft kein zwingendes Mitbestimmungsrecht, das gewahrt bleiben müsste. Es kann so im Konzern alles eingerichtet werden, was das ausländische Personalstatut der Gesellschaft zulässt⁴²⁷. Sind damit Mitbestimmungsvereinbarungen nicht nur zulässig, sondern im internationalen Konzern sogar weitergehend als im nationalen möglich, bleibt die Kernfrage, ob das deutsche Recht eine wie auch immer geartete Mitbestimmungsvereinbarung für den Beherrschungsvertrag zwingend voraussetzt beziehungsweise deren Mindestinhalt vorgibt.

⁴²³ *Bernstein/Koch*, a.a.O. (Fn. 380 f.).

⁴²⁴ *Duden*, a.a.O. (Fn. 383); *Schubert*, a.a.O. (Fn. 385 ff.).

⁴²⁵ *Bernstein/Koch*, a.a.O. (Fn. 380 f.); *Duden*, a.a.O. (Fn. 383).

⁴²⁶ Vgl. auch oben Seite 36 und *Rüb*, a.a.O. (Fn. 134).

⁴²⁷ Zur Qualifikation der Mitbestimmungsvereinbarung als Organisationsvertrag allgemein *Raiser*, FS für *Winfried Werner*, S. 681 (686 f.).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Dem Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze oder des Aktiengesetzes läßt sich ein solches Inhaltserfordernis nicht entnehmen. § 5 Abs. 3 AktG ist eine Auffangregel, die nicht als eine Regelung des internationalen Vertragskonzernes gesehen werden kann⁴²⁸. Entsprechend halten sich die meisten Autoren eher generell mit der methodischen Herleitung ihrer Inhaltsvoraussetzungen an den Beherrschungsvertrag und stellen mehr fest, daß nicht sein darf, was nicht sein soll, sprich ein Beherrschungsvertrag ohne Mitbestimmung⁴²⁹. *Schubert* leitet letztlich aus dem lückenlosen Geltungsanspruch der Mitbestimmungsgesetze ein Verbot von die Mitbestimmung aushöhlenden Geschäften gemäß § 134 BGB ab⁴³⁰.

Es bleibt der Blick auf das Spannungsverhältnis zwischen den durch das Gesellschafts- und das Mitbestimmungsrecht im Zusammenhang mit dem internationalen Beherrschungsvertrag zu schützenden Interessen. Auf Seiten des Gesellschaftsrechtes ist anzunehmen, daß mit der Einführung des Beherrschungsvertrages in den §§ 291 ff. AktG die Privatautonomie der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter fortgeschrieben ist. Wollen die Gesellschafter „ihre“ Gesellschaft unter eine fremde Kontrolle stellen, so soll ihnen das gewährt sein. Schreibt das Gesetz dabei keinen Mindestinhalt des Beherrschungsvertrages vor, ist ein solcher auch nicht erforderlich.

Demgegenüber ist allerdings die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Umsetzung der Privatrechtsautonomie von Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft zu berücksichtigen. Das deutsche Gesellschaftsrecht kennt keine allgemeine Organisationsfreiheit⁴³¹. Die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG gewährt ein Recht auf eine Verbandsform, die die Erreichung des kollektiven Zweckes ermöglicht und die Betätigung in dieser⁴³². So stehen die Gesellschaft bürgerlichen Rechtes und der Idealverein als Archetypen der Gesellschaften jedermann ohne wesentliche zwingende Vorschriften zur Bildung und Betätigung zur Verfügung. Kollektive Betätigung bedeutet aber auch, daß die gebildete Vereinigung mit anderen, sei es Individuen, Gruppen, Kollektiven, sonstigen Vereinigungen und der Öffentlichkeit interagiert. Das sich daraus ergebene Interessengeflecht zwischen dem qua Vereinigungs-

⁴²⁸ Dazu oben Seite 115 f.

⁴²⁹ *Bernstein/Koch*, (Fn. 380 f.); *Duden*, a.a.O. (Fn. 383).

⁴³⁰ *Schubert*, a.a.O. (Fn. 385 ff.), insbesondere S. 128 f.

⁴³¹ *Wiedemann*, S. 42.

⁴³² *Wiedemann*, S. 678.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

freiheit gebildeten Verband und den genannten Gruppen bedarf zum Schutz aller der Regelung⁴³³. Insofern hat der einfache Gesetzgeber die Ausübung der Vereinigungsfreiheit in einen gesetzlichen Typenzwang der Gesellschaften mit teils zwingenden Vorschriften über Bildung und Organisation der gebildeten Vereinigungen kanalisiert⁴³⁴. Teil dieses Rechtes sind die §§ 291 ff. AktG und das Mitbestimmungsrecht. Das Mitbestimmungsrecht ist gemäß den ihm zugrunde liegenden ideologischen Grundwerten Schutzrecht der Arbeitnehmer und mittelbar der Öffentlichkeit⁴³⁵. Daraus folgt, daß die Schutzzwecke der Mitbestimmung durchaus auch Beschränkungen der gegebenen Organisationsformen rechtfertigen können. Dies schließt die Frage ein, ob der Beherrschungsvertrag auch dann zulässig ist, wenn er nicht wie im deutschen Sachverhalt zur Konzernmitbestimmung bei der Obergesellschaft führt.

Damit ist allerdings nicht gesagt, daß das gegebene Recht eine solche Beschränkung bereits beinhaltet. Aufgrund der Relevanz dieser Beschränkung gebietet die Rechtssicherheit, daß eine solche Beschränkung der Organisation durch Verbot des internationalen Beherrschungsvertrages als Spezialfall des allgemein zulässigen Vertragskonzernes im Einzelnen gesetzlich definiert ist. Die in der Literatur insoweit diskutierten Mindestanforderungen zur Wirksamkeit des internationalen Beherrschungsvertrages, insbesondere die Formel einer „äquivalenten“ Mitbestimmungsregelung sind zu unbestimmt⁴³⁶.

Man denke in dieser Hinsicht nur an die schon im Rahmen der Abschlußkontrolle angesprochene detaillierten Vorschriften zum Bestandsschutz, Verfahren und Fristen bei der Konstituierung der Europäischen Aktiengesellschaft und das dortige Verhandlungsmodell⁴³⁷. Als Richtlinie bedarf dieses schon recht weit entwickelte Verhandlungssystem noch der Ausführung in speziellen nationalen Gesetz in den Mitgliedsstaaten. Als Vorbild für den Inhalt einer Mitbestimmungsvereinbarung im grenzüberschreitenden Konzern sind die Vorgaben der Richtlinie jedoch nicht geeignet. Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft und der spätere Abschluß eines Beherrschungsvertrages als Organisationsvertrag zwischen

⁴³³ Wiedemann, S. 42 f.

⁴³⁴ Wiedemann, S. 679.

⁴³⁵ Oben Seite 3 ff.

⁴³⁶ Vgl. oben Seite 109 f. m.w.N.

⁴³⁷ Richtlinie des Rates vom 08.10.2001 Nr. 2001/86/EG, Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001. Dazu oben Seite 31 ff. und im Zusammenhang mit der Öffnung des deutschen Rechtes für Mitbestimmungsvereinbarungen Hanau, ZGR 2001, 75 (102 ff.).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

zwei bereits bestehenden nationalen Gesellschaften unterscheiden sich strukturell erheblich. Im Falle der Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft verhandeln die die Gesellschaft konstituierenden nationalen Gesellschaften nach Erarbeitung des Verschmelzungs- oder Gründungsplanes⁴³⁸ mit dem von den Arbeitnehmern gewählten besonderen Verhandlungsgremium⁴³⁹. Die Mitbestimmung ist so von der ersten Stunde an integraler Teil der Europäischen Aktiengesellschaft, die die Gesellschaft bildenden nationalen Gesellschaft müssen von Anfang an die Mitbestimmung berücksichtigen und in die Europäischen Aktiengesellschaft implementieren⁴⁴⁰. Darauf ist das Verhandlungsmodell der Richtlinie und des deutschen Ausführungsgesetzes ausgelegt⁴⁴¹. Dieses Konzept ist nicht auf ein nachträgliches Anfügen einer Mitbestimmung mittels Beherrschungsvertrages auf eine ausländische Gesellschaft, deren Statut keine Mitbestimmung vorsieht, übertragbar. Soll es erst nachträglich zur Anfügung einer Mitbestimmung kommen, müßte die ausländische Gesellschaft unter Umständen ihre Organisation ändern. Eine Verhandlung darüber unterscheidet sich wesentlich von Verhandlungen im Rahmen der Gesellschaftsgründung und kann nicht ohne gesetzgeberische mitbestimmungsrechtliche Spezifikation für den grenzüberschreitenden Beherrschungsvertrag eingeführt werden.

Welche Anforderungen an ein solches gesetzliches System zu stellen sind, zeigt der Blick auf die Entwicklung der Mitbestimmung in Deutschland. Diese wurde seit 1952 Schritt für Schritt ein stärkerer Teil der deutschen Unternehmenskultur. Diese Entwicklung bedurfte, wie die Mitbestimmungsgesetze und die umfänglichen Wahlordnungen zeigen, einer diversifizierten Ausgestaltung, die die Konzernstrukturen und verschiedene Gesellschaftstypen berücksichtigt. Es fehlt an einem solchen auf eine ausländische Obergesellschaft übertragbaren gesetzlichen System. Entsprechend kann man eine Unternehmensmitbestimmung bei der ausländischen Obergesellschaft nicht mit Hilfe der Sanktion der Nichtigkeit des interna-

⁴³⁸ Art. 20 und 32 Abs. 2 Verordnung des Rates vom 08.10.2001 Nr. 2157/2001, Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001.

⁴³⁹ Zur Interessenlage *Heinze*, ZGR 2002, 66 (77 ff.); zum Verfahren *Teichmann*, ZGR 2002, 383 (392 ff.).

⁴⁴⁰ Vgl. *Davignon*-Bericht, Rz. 50, in BR-Drucks. 572/97.

⁴⁴¹ Richtlinie des Rates vom 08.10.2001 Nr. 2001/86/EG, Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001; Gesetz zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft vom 22.12.2004, BGBl. I, 3675 ff.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

tionalen Beherrschungsvertrages durch ein Verhandlungsmodell als Schocktherapie durchsetzen⁴⁴².

Daraus folgt, daß de lege lata keine Mindestanforderungen an einen internationalen Beherrschungsvertrag mit einer ausländischen Obergesellschaft bestehen. Der Vertrag kann ohne weitere Mitbestimmungsvereinbarung abgeschlossen werden.

(d). Zwischenergebnis

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß die Bildung eines internationalen Vertragskonzern unter Beteiligung einer deutschen Aktiengesellschaft nicht durch die deutschen Mitbestimmungsregelungen eingeschränkt wird. Der Abschluß des grenzüberschreitenden Beherrschungsvertrages ist zulässig, ohne daß dieser einer speziellen ergänzenden Mitbestimmungsvereinbarung bedarf. Die vom Beherrschungsvertrag vermittelte Leitungsmacht der ausländischen Gesellschaft ist nicht über die §§ 308 ff. AktG hinaus eingeschränkt. Insbesondere kann ein Veto des deutschen Aufsichtsrates durch eine zweite Weisung der ausländischen Gesellschaft gemäß § 308 Abs. 3 AktG überstimmt werden.

(2). Gesellschaft mit beschränkter Haftung als beherrschte Gesellschaft

(a). Ausgangslage - Beherrschung einer GmbH durch eine deutsche Obergesellschaft

Nach einhelliger Meinung kann sich eine GmbH wie eine Aktiengesellschaft mittels eines Beherrschungsvertrages der Leitungsmacht einer anderen Gesellschaft unterwerfen⁴⁴³. Anders als der im Falle einer beherrschten Aktiengesellschaft, hat der Gesetzgeber bisher davon abgesehen, der GmbH den §§ 291 ff. AktG vergleichbare Regeln zur Bildung des Konzerns vorzugeben⁴⁴⁴.

⁴⁴² Kritisch gegenüber deutschen Mitbestimmungsvereinbarungen ähnlich *Püttner*, BB 1987, 1122 (1125 f.).

⁴⁴³ Vgl. die umfänglichen Nachweise bei *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 29 und 32 (S. 443, 478) und *Hoffmann-Becking*, WiB 1994, 57 ff.; anders der Ansatz *Däublers*, RabelsZ 39 (1975), 444 (469 ff.), der allerdings nicht speziell zur GmbH Stellung nimmt. Siehe im Einzelnen oben Seite 108 und 112.

⁴⁴⁴ Vgl. BGH 24.10.1988 - II ZB 7/88 - BGHZ 105, 324 (339 ff.) „Supermarkt“ mit Darlegung von Ansätzen zum Erlaß eines GmbH-Konzernrechtes.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Im wesentlichen leitet sich das GmbH-Vertragskonzernrecht heute als Richterrecht aus Analogien zu den aktienrechtlichen Vorschriften ab. Die Analogie ist dabei einzelfallbezogen und muß den Besonderheiten der GmbH, insbesondere der größeren Organisationsfreiheit, Rechnung tragen⁴⁴⁵.

Zu diesen Besonderheiten zählt die wesentlich stärkere Stellung der GmbH-Gesellschafter gegenüber den Aktionären einer Aktiengesellschaft. Die GmbH-Gesellschafter haben gemäß § 37 GmbHG Weisungsbefugnis gegenüber der Geschäftsführung. Dies gilt nach herrschender Meinung auch in der mitbestimmten GmbH am Aufsichtsrat vorbei⁴⁴⁶. Damit kann ein Mehrheitsgesellschafter eine GmbH durch die Gesellschafterversammlung oder sogar an ihr vorbei, faktisch wie nach Abschluß eines Beherrschungsvertrages leiten.

Dennoch bringt die faktische Beherrschung einer GmbH gegenüber der vertraglichen Leitung auch Nachteile mit sich. Zunächst ist formell für jede Weisung eine Gesellschafterversammlung oder wenigstens (so vorhanden) der Aufsichtsrat⁴⁴⁷ zum Beschluß einzuberufen. Dies erhöht die Unsicherheiten, daß nicht jede Weisung sofort und umfänglich umgesetzt wird. Ein Beherrschungsvertrag gibt der Obergesellschaft die direkte Leitungsmacht und vereinfacht das Tagesgeschäft damit erheblich⁴⁴⁸.

Die faktische Beherrschung bringt weiter den Nachteil der zum Teil unübersichtlichen Haftung mit sich. Während im Fall des Beherrschungsvertrages die herrschende Gesellschaft gemäß § 311 AktG analog auf Ausgleich des im Jahresabschluß festgestellten Jahresfehlbetrages haftet, ist die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern aus den Grundsätzen von Kapitalerhaltung und Bestandsschutz abgeleitet und damit häufig streitig⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 32 I.2. (S. 480); *Hoffmann-Becking*, a.a.O. (Fn. 443) S. 59.

⁴⁴⁶ Ganz hM vgl. BGH 14.11.1983 - II ZR 33/83 - BGHZ 89, 48 (57); *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119 (130 ff.); *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, § 37 GmbHG Rn. 10. Weiter *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, 261 (274), die keine Bindung für die Mitbestimmung aushöhlende Weisungen annehmen. Allgemein zum Weisungsrecht *Konzen*, NJW 1989, 2977 ff.

⁴⁴⁷ *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, § 37 Rn. 15 m.w.N.

⁴⁴⁸ Vgl. *Hoffmann-Becking*, a.a.O. (Fn. 443) S. 58.

⁴⁴⁹ BGH 17.09.2001 - II ZR 178/99 - BGHZ 149, 10 (16 f.) „Bremer Vulkan“ unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung, die mit BGH 29.03.1992 - II ZR 265/91 - BGHZ 122, 123 (126 ff.) „TBB“ und der dieser Entscheidung nahezu zehn Jahre folgenden Rechtsprechung des BGH und der anderen Obergerichte schon

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Will eine Konzernobergesellschaft ihre faktische Leitungsmacht über eine GmbH in eine geordnete Form bringen, sich so die Führung der Gesellschaft erleichtern und bezüglich der möglichen Ausfall- und/oder Durchgriffshaftung Rechts- und damit Planungssicherheit gewinnen, ist der Abschluß eines Beherrschungsvertrages erforderlich. Dieser vermittelt ihr eine umfassende Leitungsmacht über die GmbH entsprechend § 308 AktG, die auch nachteilige Weisungen umfaßt und eine Ausrichtung des Gesellschaftszweckes am Konzerninteresse sicherstellt⁴⁵⁰.

Für die mitbestimmte GmbH bedeutet die entsprechend § 308 AktG begründete Leitungsmacht der Obergesellschaft, daß die Mitbestimmung wie in der Aktiengesellschaft droht leer zu laufen. Die Literatur geht zum Schutz der Mitbestimmung in der abhängigen GmbH teils davon aus, daß mit § 308 AktG auch dessen Absatz 3 analog auf die GmbH anwendbar sein müsse⁴⁵¹. Die Wertung der Schutzinteressen im § 308 Abs. 3 AktG, die Bedenken der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft zu Ohren der Arbeitnehmervertreter in der Obergesellschaft zu bringen, sei auf die abhängige GmbH ohne weiteres übertragbar⁴⁵². Dem ist zu zustimmen. Wesentliche Einwände sind nicht erkennbar und von den Vertretern der Gegenmeinung auch nicht dargelegt⁴⁵³.

Es bleibt festzuhalten, daß in rein deutschen Vertragskonzernen als Ausgangsfall die Mitbestimmung in der abhängigen GmbH der der abhängigen Aktiengesellschaft entspricht⁴⁵⁴. Die

ihren Abschluß gefunden zu haben schien. Siehe auch BGH 24.06.2002 - II ZR 300/00 - ZIP 2002, 1578 ff. („KBV“) und 25. 11. 2002 - II ZR 133/01 - NZG 2003, 280 ff. („Macrotron“). Vgl. zur neuen Rechtsprechung *Altmeyen*, NJW 2002, 321 ff.; *Henze*, NZG 2003, 649 ff. (652 ff.); *Schmidt*, NJW 2001, 3577 ff; *ders.*, NZG 2003, 601 ff.; *Wilhelm*, NJW 2003, 175 ff. alle m.w.N. zur umfangreichen Literatur.

⁴⁵⁰ BGH 14.12.1987 - II ZR 170/87 - BGHZ 103, 1 (4 f.); 30.01.1992 - II ZB 15/91 - NJW 1992, 1452 (1454); OLG Stuttgart 29.10.1997 - 20 U 8/97 - AG 1998, 585 (586); *Altmeyen* MüKo-AktG § 308 Rn. 5 m.w.N.; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 32 II.1. (S. 481 f.); *Kropff*, FS für *Semler*, S. 517 (528); *Zöllner*, ZGR 1992, 173 (186 f.); *ders.* in *Baumbach/Hueck*, Anh. GmbH-KonzernR Rn. 48 ff. Vgl. auch dogmatisch kritisch *Bitter*, ZIP 2001, 265 (274 ff.); offen *Emmerich/Habersack*, § 308 Rn. 70 a.E.

⁴⁵¹ *Kropff*, a.a.O. (Fn. 450) S. 529 f.; in diese Richtung auch *Zöllner*, a.a.O. (Fn. 450) S. 181, im Ergebnis allerdings offen.

⁴⁵² *Kropff*, a.a.O. (Fn. 450) S. 529 f.

⁴⁵³ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 32 III.1. S. 492; *Kort*, S. 141.

⁴⁵⁴ Zur Aktiengesellschaft siehe oben Seite 102 ff.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Mitbestimmung ist durch § 308 Abs. 3 AktG und die Konzerntatbestände der Mitbestimmungsgesetze geschützt.

(b). Internationaler Beherrschungsvertrag - Beherrschung einer GmbH durch eine ausländische Obergesellschaft

In einem von einer ausländischen Gesellschaft beherrschten GmbH-Vertragskonzern könnten sich Besonderheiten für die unternehmerische Mitbestimmung ergeben. Wie bei der Aktiengesellschaft ist insbesondere problematisch, ob § 308 Abs. 3 AktG, speziell dessen Satz 2 im Falle des grenzüberschreitenden Beherrschungsvertrages zur Beherrschung einer GmbH anwendbar ist.

Kollisionsrechtlich ist, wie oben dargelegt, deutsches Sachrecht anwendbar, da die für das Konzernverhältnis relevanten Interessen die der Arbeitnehmer der deutschen abhängigen Gesellschaft sind⁴⁵⁵.

Sachrechtlich stellt sich die Frage, ob § 308 Abs. 3 AktG analog auf den internationalen Vertragskonzern anzuwenden ist. Wie oben festgestellt, ist § 308 Abs. 3 AktG allgemein analog auf mittels Beherrschungsvertrag abhängige GmbHs anwendbar.

Im internationalen Sachverhalt ist keine Verschiebung der Interessenlage ersichtlich. Die Stellung der Arbeitnehmer gegenüber der Konzernspitze bedarf des gleichen Schutzes durch Repräsentation und Mitbestimmung wie in einem rein deutschen Vertragskonzern. § 308 Abs. 3 AktG ist damit auch im Falle des grenzüberschreitenden Beherrschungsvertrages anwendbar.

Entsprechend ergibt sich für die international abhängige GmbH das gleiche tatsächliche Durchsetzungshindernis für die Mitbestimmung wie in der Aktiengesellschaft: Die ausländische Gesellschaft wird in aller Regel keine unternehmerische Mitbestimmung haben. Entsprechend wird das ein mitbestimmtes Veto im GmbH-Aufsichtsrat gemäß § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG überstimmende Organ ohne Beteiligung der Arbeitnehmer darüber entscheiden, das mitbestimmte Veto zu entkräften. § 308 Abs. 3 AktG läuft funktional leer⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Siehe oben Seite 103 ff.

⁴⁵⁶ Vgl. oben Seite 105.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Diesem Leerlaufen könnte entgegengewirkt werden, wenn man der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrages im GmbH-Vertragskonzern nur mit einer Mitbestimmungsvereinbarung zulässig wäre. Alternativ könnte man auch die Leitungsmacht der ausländischen Obergesellschaft schwächen. Hierzu ist zu prüfen, ob die vorangegangene Diskussion zur Aktiengesellschaft⁴⁵⁷ und deren Ergebnis, daß der internationale Beherrschungsvertrag mit einer Aktiengesellschaft die Mitbestimmung nicht speziell berücksichtigen muß⁴⁵⁸, auf die GmbH übertragbar ist.

Der insbesondere von *Däubler* entwickelte Ansatz, der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag sei wegen der damit verbundenen Selbstentmündigung der Gesellschaft generell unzulässig⁴⁵⁹, geht wie im Falle der Aktiengesellschaft auch für die GmbH fehl⁴⁶⁰. Zwar hat der Gesetzgeber kein Vertragskonzernrecht für die GmbH erlassen, dennoch ist die Unterwerfung der GmbH unter eine fremde Leitungsmacht nicht deren „Selbstentmündigung“, da die GmbH keinen eigenen Willen hat. Die Unterwerfung ist Ausdruck des Willens ihrer Gesellschafter. Dieser Willen wird von Art. 19 Abs. 3 GG als solcher auf kollektiver Ebene geschützt und berechtigt die Gesellschafter ihre Gesellschaft fremder Leitung zu unterstellen⁴⁶¹.

Eine Beschränkung der durch den Beherrschungsvertrag vermittelten Leitungsmacht durch Unüberstimmbarkeit eines Vetos im Aufsichtsrat der GmbH⁴⁶² kommt ebenfalls nicht in Betracht. Wie gezeigt, ist die Motivation zum Abschluß eines grenzüberschreitenden Beherrschungsvertrages gerade die Erlangung der umfassenden Leitungsmacht über die GmbH⁴⁶³. Die Einschränkung dieses Kernelementes des Vertrages bedeutete, ihn für ausländische Obergesellschaften erheblich in seiner Attraktivität zu mindern. Das System der Mitbestim-

⁴⁵⁷ Oben Seite 108 ff.

⁴⁵⁸ Oben Seite 124.

⁴⁵⁹ *Däubler*, a.a.O. (Fn. 371)

⁴⁶⁰ Oben Seite 108 f.

⁴⁶¹ Siehe oben Seite 112 f. m.w.N.

⁴⁶² Dazu oben 111 ff. m.w.N.

⁴⁶³ Oben Seite 126.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

mung als dem gegebenen Gesellschaftsrecht angefügtes Institut rechtfertigt nicht eine solche Beschränkung des Organisationsrechtes der Kapitalgesellschaften⁴⁶⁴.

Hinsichtlich der diskutierten Abschluß- und Inhaltskontrolle für grenzüberschreitende Beherrschungsverträge⁴⁶⁵ ist ebenfalls das für die Aktiengesellschaft gefundene Ergebnis⁴⁶⁶ auf die GmbH übertragbar. Eine Abschlußkontrolle durch Abstimmung der Arbeitnehmer über den Beherrschungsvertrag verbietet sich wegen der drohenden Einbeziehung mitbestimmungsfremder Interessen durch die Arbeitnehmer sowie die Gefahr von einem „Abkaufen“ der Mitbestimmung durch die Arbeitgeber gegen einen für die Arbeitnehmer kurzfristig günstiger erscheinenden Vorteil. Eine Inhaltskontrolle durch Mitbestimmungsvereinbarung ist gesetzlich nicht genügend vorgegeben, als daß sie den Arbeitnehmern und den beteiligten Gesellschaften zur Verhandlung überlassen werden könnte⁴⁶⁷. Aus gleichem Grund widerspricht dieser ablehnenden Haltung auch nicht das Verhandlungsmodell zur Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft⁴⁶⁸. Dort beugen zwingende Regeln zur Repräsentation, Abstimmung und Auffangregeln unsachgemäßen Entscheidungen vor⁴⁶⁹.

Im Ergebnis zeigt sich damit, daß der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, wie im Falle der Aktiengesellschaft, ohne weitere Berücksichtigung der Mitbestimmung durch die deutsche GmbH abgeschlossen werden kann. Die Beherrschung durch die ausländische Obergesellschaft entspricht damit mitbestimmungsrechtlich der Beherrschung durch eine deutsche nicht mitbestimmte Obergesellschaft.

(3). Ergebnis

Vorstehende Untersuchung zeigt, daß im internationalen Vertragskonzern, gleich ob die deutsche abhängige Gesellschaft eine Aktiengesellschaft oder GmbH ist, die Mitbestimmung keinen besonderen Schutz erfährt.

⁴⁶⁴ Vgl. ausführlich oben Seite 114 ff.

⁴⁶⁵ Oben Seite 109 ff.

⁴⁶⁶ Oben Seite 116 ff.

⁴⁶⁷ Eingehend oben Seite 118 ff.

⁴⁶⁸ Vgl. oben Seite 117.

⁴⁶⁹ Vgl. oben Seite 117.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

c. Zusammenfassung

Der internationale Vertragskonzern mit einer deutschen abhängigen Gesellschaft unterliegt keinen speziellen mitbestimmungsrechtlichen Regelungen. Die Mitbestimmung in der deutschen Gesellschaft bleibt unberührt. Gegenüber der ausländischen Konzernleitung läuft sie leer, da diese kraft deutschen Rechtes nicht mitbestimmt ist, ihr aber dennoch die umfassende Leitungsmacht über die deutsche Gesellschaft zukommt. Der Beherrschungsvertrag ist zulässig, bedarf keiner speziellen Mitbestimmungsvereinbarung und gewährt der ausländischen Gesellschaft entsprechend § 308 AktG eine umfassende Leitungsmacht. Ein Veto des deutschen mitbestimmten Aufsichtsrates kann analog § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG durch eine zweite Weisung der Obergesellschaft überstimmt werden, auch wenn diese nicht mitbestimmt ist.

III. Fazit

Die deutsche Mitbestimmung endet in einem internationalen Konzern mit deutschen Tochtergesellschaften an der deutschen Grenze. Die ausländische Gesellschaft wird nicht mitbestimmt und kann die deutsche Gesellschaft kraft faktischem Einfluß oder eines Beherrschungsvertrag unbeschränkt leiten. Die Mitbestimmung bei der deutschen Tochter bleibt erhalten. So weitere deutsche Enkelgesellschaften bestehen, findet bei der Tochtergesellschaft die kleine Konzernmitbestimmung gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG statt.

Rechtspolitisch bleibt dieses Ergebnis für die deutsche Mitbestimmungstradition unbefriedigend. Es droht die „Flucht aus der Mitbestimmung“ durch die Verlagerung der Konzernobergesellschaften ins Ausland. Die Untersuchung hat gezeigt, daß dies für die Fälle faktischer Konzernverbindung unerheblich ist – deutscher und internationaler faktischer Konzern stehen sich aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht gleich. Für den Fall des Vertragskonzernes hat sich gezeigt, daß die Mitbestimmung technisch durchaus durch eine gesetzliche Vorgabe zu einer Mitbestimmungsvereinbarung im Beherrschungsvertrag gesichert werden könnte. Für die Fälle der Flucht vor der Mitbestimmung ist dies auch rechtspolitisch geboten. Es bleiben allerdings die „normalen“ Fälle des internationalen Konzernes, das heißt diejenigen Fälle, in denen eine ausländische Gesellschaft sich zwecks Erschließung des deutschen Marktes an einer deutschen Gesellschaft mehrheitlich beteiligt und später einen Beherrschungsvertrag mit dieser abschließt. Hier kommt es zu einer Investition ausländischen

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Kapitals in Deutschland. Verbindet man jede solche Konzernverbindung mit der Einbringung von Mitbestimmung in die grenzüberschreitende Verbindung, wird die Investition für ausländische Kapitalgesellschaften in Deutschland schnell unattraktiv. Es wird einer ausländischen Gesellschaft, die in Deutschland investiert, kaum wert sein, dort eine mit einem wirtschaftlichen Risiko verbundene Investition zu tätigen, wenn diese gleichzeitig zwingend die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Deutschland mit sich bringt. Jedwedes gesetzliches Erfordernis einer Mitbestimmungsvereinbarung im grenzüberschreitenden Beherrschungsvertrag muß daher besonders auf die speziellen Belange der ausländischen Gesellschaft Rücksicht nehmen. Es darf nicht jede mit einem Beherrschungsvertrag verbundene Investition in Deutschland sofort zu einer Beziehung auf Lebenszeit mit Arbeitnehmern im Aufsichtsrat mit sich bringen. Man darf nicht vergessen, daß mit der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in deutschen Konzerngesellschaften regelmäßig auch die Arbeitnehmer im Heimatland der ausländischen Obergesellschaft und in den anderen Ländern, in denen sie Tochtergesellschaften unterhält, Mitbestimmung einfordern werden. Damit bedeutet die Investition in Deutschland für die ausländische Gesellschaft unter Umständen ein Umkrempeln ihres gesamten Konzernes hin zur Mitbestimmung. Dies ist nicht allein mit der deutschen Ideologie zur Mitbestimmung zu rechtfertigen.

B. Ausländische Gesellschaft mit einer Niederlassung in Deutschland

Entscheidet sich eine ausländische Gesellschaft, ihre Geschäftstätigkeit in Deutschland nicht durch eine rechtlich selbständige juristische Person, sondern durch eine Niederlassung zu betreiben, stellt sich die Frage nach einer unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer.

Für eine Mitbestimmung in der Niederlassung spricht, daß abhängig von deren Arbeitnehmerzahl in der Niederlassung die Schutzzwecke der Mitbestimmung, das heißt Befreiung der Arbeitnehmer aus der Objektstellung, Bereitstellung eines Konsultativorganes für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Legitimation der wirtschaftlichen Leitungsmacht durch Demokratisierung, relevant werden. Eine solche große Niederlassung bündelt eine erhebliche Wirtschaftskraft, in der der einzelne von Hunderten oder Tausenden Arbeitnehmern für die Leitungsmacht zur abstrakten Größe in Zahlenkolonnen wird. Zum Schutz dieser Interessen um die auslän-

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

dische Niederlassung in Deutschland werden verschiedene Ansätze diskutiert, die im folgenden untersucht werden sollen.

Die generelle Zulässigkeit ausländischer Niederlassungen in Deutschland folgt aus Art. 43 Satz 2 EGV. Handelsrechtlich ist die ausländische Niederlassung registermäßig den deutschen Niederlassungen gleichgestellt, §§ 13d ff. HGB⁴⁷⁰.

Es stellt sich die kollisionsrechtliche Vorfrage, ob deutsches Mitbestimmungsrecht in der Niederlassung in Deutschland anwendbar ist. Organisatorisch zeichnet sich eine Niederlassung dadurch aus, daß sie keine rechtliche Selbständigkeit besitzt, sondern eine Betriebsstätte eines Unternehmens ist. Entsprechend geht die herrschende Meinung davon aus, daß sich die Organisation der Niederlassung nach dem ausländischen Personalstatut der die Niederlassung betreibenden Gesellschaft bestimmt⁴⁷¹. Allein die Betriebsverfassung in der Niederlassung richtet sich nach deutschem Recht⁴⁷². Da die unternehmerische Mitbestimmung aber Teil des Unternehmensorganisationsrechtes und nicht des Betriebsverfassungsrechtes ist, findet in den Niederlassungen deutsches Unternehmensmitbestimmungsrecht keine Anwendung. Das kollisionsrechtlich berufene ausländische Personalstatut wird ganz regelmäßig keine der deutschen Mitbestimmung äquivalente unternehmerische Mitbestimmung vorsehen.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, der deutsche ordre public verhindere gemäß Art. 6 und 34 EGBGB ein solches Aushebeln der Mitbestimmung⁴⁷³. Sachrechtlich bedingt ein solcher Verstoß gegen den ordre public die Anwendung deutschen Mitbestimmungs-

⁴⁷⁰ Kollisionsrechtlich findet das deutsche Registerrecht als lex fori auf die ausländische Niederlassung Anwendung, *Baumbach/Hueck*, § 13d Rn. 2 m.w.N.; *Ebert*, NZG 2002, 937 (938).

⁴⁷¹ Ausdrücklich *Großfeld/Erlinghagen*, JZ 1993, 217 (221 f.); *Grothe*, S. 290; *Reuter*, S. 108; *Schneider* in GK-AktG, § 5 MitbestG Rn. 86. Die Anwendbarkeit deutschen Rechtes ohne Diskussion der kollisionsrechtlichen Vorfrage voraussetzend *Beitzke*, DB 1958, 224 (225); *Birk*, RIW/AWD 1975, 589 (595); *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444 (474 f.); *Grassmann*, ZGR 1973, 316 (330 f.); *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 516 ff.; *Klückers*, S. 75 f.; *Schubert*, S. 121.

⁴⁷² BAG 09.11.1977 - 5 AZR 132/76 Nr. 13 zu Internat. Privatrecht, Arbeitsrecht; *Fitting*, § 1 Rn. 14 jeweils m.w.N.

⁴⁷³ *Beitzke*, a.a.O. (Fn. 471); *Großfeld/Erlinghagen*, a.a.O. (Fn. 471) S. 222; *Großfeld* in *Staudinger*, a.a.O. (Fn. 471). Kritisch *Sandrock*, AG 2004, 57 ff.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

rechtes auf eine Niederlassung ohne Rechtspersönlichkeit. In einfacher Subsumtion unter die Mitbestimmungstatbestände folgte daraus, daß keine Mitbestimmung Anwendung fände.

Dieses Ergebnis wird von Teilen der Literatur nicht hingenommen⁴⁷⁴. Die unternehmerische Mitbestimmung sei bei der Niederlassung durch einen Rechtsformzwang einzuführen – die ausländische Gesellschaft müsse ihre Niederlassung in eine deutsche Kapitalgesellschaft umwandeln⁴⁷⁵.

Für diesen Ansatz spricht neben der so durchgesetzten Mitbestimmung, daß zumindest konsequent eine Antwort gefunden wird, was sachrechtlich mit der nach kollisionsrechtlichen Ausschluß des Organisationsstatutes der ausländischen Gesellschaft kopflosen Vereinigung passieren sollte⁴⁷⁶. Auch ist ein Rechtsformzwang nicht ausgeschlossen, nur weil dieser dem deutschen Recht fremd sein soll⁴⁷⁷. Dieser Einwand ist pauschal. Der Rechtsformzwang ist zumindest eine schlüssige Lösung zur Organisation der Niederlassung, sollen deren Unternehmer nicht in einer Personengesellschaft enden⁴⁷⁸.

Dennoch kann diesem Ansatz nicht gefolgt werden. Methodisch erscheint bereits zweifelhaft, ob der *ordre public* soweit reicht, daß man mit seiner Hilfe einen Rechtsformzwang begründen könnte. Wie schon oben dargelegt, dient der *ordre public* allein der Abwehr ausländischen Sachrechtes⁴⁷⁹. Er dient nicht dazu, Rechtsfolgen gemäß deutschem Sachrecht im Sinne einer deutschen Gesamtrechtsordnung anzupassen⁴⁸⁰. Nimmt man an, daß die Anknüpfung des unternehmerischen Mitbestimmungsrechtes in der Niederlassung nach dem ausländischen Personalstatut gegen den *ordre public* verstößt, ist nach deutschem Sach-

⁴⁷⁴ Erstmals von *Beitzke* a.a.O. (Fn. 471) vorgeschlagen. Ihm folgend *Großfeld*, a.a.O. (Fn. 471). Offen *Däubler*, a.a.O. (Fn. 471) S. 475.

⁴⁷⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 474.

⁴⁷⁶ Allgemein zu diesem Effekt eines Rechtsformzwanges *Schwark*, AG 1983, 303 (304 f.) im Rahmen der Erörterung eines Vorschlages des DGB einen Rechtsformzwang zugunsten mitbestimmter Kapitalgesellschaften für alle deutschen Großunternehmen einzuführen.

⁴⁷⁷ *Birk*, a.a.O. (Fn. 471) S. 495; *Grassmann*, a.a.O. (Fn. 471); *Klückers*, a.a.O. (Fn. 471); *Reuter*, a.a.O. (Fn. 471).

⁴⁷⁸ Dazu BGH 01.07.2002 - II ZR 380/00 - AG 2003, 39 (40).

⁴⁷⁹ Vgl. oben Seite 101.

⁴⁸⁰ Vgl. oben Seite 101.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

recht zu entscheiden. Gemäß dem ist die Niederlassung ebenfalls nicht mitbestimmt. Der Rechtsformzwang kann damit nicht mittels des *ordre public* abgeleitet werden.

Gegen einen Rechtsformzwang spricht weiter, daß die Zulässigkeit ausländischer Niederlassungen jedweder Größe als Bestandteil der europäischen Niederlassungsfreiheit (Art. 43 Satz 2, 48 EGV) geschützt ist⁴⁸¹. Hinzu kommt, daß das Mitbestimmungsrecht – selbst wenn man es als Teil des *ordre public* ansieht – die Mitbestimmung nicht generell in Unternehmen ab gewissen Arbeitnehmerzahlen vorschreibt. Die Mitbestimmung ist bewußt als ein sich der Gesellschaftsverfassung anfügendes Rechtsinstitut ausgestaltet und so nur in den Kapitalgesellschaften durchzuführen, die in den Mitbestimmungsgesetzen genannt sind. Die ausländische Gesellschaft, die eine Niederlassung in Deutschland betreibt, ist keine solche Gesellschaft. Es ist nicht Ziel der Mitbestimmungsgesetze, in ihr die Mitbestimmung um jeden Preis, das heißt konkret durch einen Rechtsformzwang, einzuführen.

Gleiches gilt für den vereinzelt vorgeschlagenen Ansatz, die ausländische Niederlassung nur zuzulassen, wenn ihr ein Hauptbevollmächtigter vorsteht⁴⁸². Dieser soll von einem von Arbeitgeber und Arbeitnehmern im Sinne der Mitbestimmungsgesetze besetzten Gremium gewählt werden. Das Gremium solle einem Aufsichtsrat vergleichbar sein und den Hauptbevollmächtigten auch beaufsichtigen. Wesentliches Argument für dieses Konstrukt sei, daß die große ausländische Niederlassung ohne Mitbestimmung ungerechtfertigte wettbewerbsmäßige Vorteile gegenüber einer gleich großen mitbestimmten deutschen Kapitalgesellschaft habe⁴⁸³. Die Figur des Hauptbevollmächtigten sei dem deutschen Recht für Niederlassungen ausländischer Gesellschaften aus dem Versicherungsaufsichtsrecht bekannt (§§ 105 Abs. 3, 106 VAG)⁴⁸⁴. Rechtsvergleichend sei etwa in Japan ein Hauptbevollmächtigter für jede ausländische Gesellschaft erforderlich⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ Vgl. EuGH 27.09.1988 - Rs 81/87 - NJW 1989, 2186 (2188) „Daily Mail“; 09.03.1999 - Rs C-212/97 - NJW 1999, 2027 (2028 Nr. 18 und 20 m.w.N.) „Centros“. So auch *Ulmer*, JZ 1999, 662 (663); anderer Ansicht *Kieninger*, ZGR 1999, 724 (728 ff.). Allgemein zu den europäischen Grundfreiheiten im Gesellschaftsrecht *Bayer*, BB 2002, 2289 ff. m.w.N.

⁴⁸² *Grassmann*, a.a.O. (Fn. 471) S. 331 f.; offen dazu *Däubler*, a.a.O. (Fn. 471).

⁴⁸³ *Grassmann*, a.a.O. (Fn. 471) S. 331.

⁴⁸⁴ *Grassmann*, a.a.O. (Fn. 471) S. 331 f.

⁴⁸⁵ *Grassmann*, a.a.O. (Fn. 471) S. 331 f.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Dieser Ansatz hat de lege lata keine Grundlage⁴⁸⁶. Die Bestellung eines vom Betreiber der Niederlassung nur mitgewählten Hauptbevollmächtigten beseitigt nicht die volle persönliche Haftung des Betreibers für die Verbindlichkeiten der Niederlassung. Für die mitbestimmten Kapitalgesellschaften rechtfertigt sich der Eingriff in das Eigentum der Gesellschafter an der Gesellschaft aus der besonderen Natur des Anteilseigentumes⁴⁸⁷. Dies ist auf das Betreiben einer Niederlassung nicht übertragbar. Hier muß der Gleichlauf von Herrschaft und Haftung gewahrt bleiben. Ausländische Gesellschaften, die eine Niederlassung in Deutschland betreiben, müssen daher keinen Hauptbevollmächtigten für die Niederlassung wählen.

Abschließend bleibt zu bedenken, ob den Arbeitnehmern, wenn schon keine umfängliche unternehmerische Mitbestimmung, so doch wenigstens eine Gelegenheit zur Äußerung in unternehmerischen Angelegenheiten gegeben werde sollte. Dies könnte durch eine Erweiterung der Kompetenzen eines in der Niederlassung gebildeten Betriebsrates über dessen personelle, soziale und wirtschaftliche Kompetenzen hinaus zu Mitspracherechten in unternehmerischen Fragen erfolgen. Mitsprache heißt hier, daß der Betriebsrat in diesen Sachen allein fakultatives Konsultativorgan für Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist, ohne daß eine (Nicht-) Beteiligung in unternehmerischen Fragen Folgen hätte.

Durch eine Kompetenzerweiterung wäre zumindest ein Schritt hin zu einer Beteiligung der Arbeitnehmer in der Niederlassung in unternehmerischen Fragen getan. Daß der Betriebsrat ganz generell als Verhandlungspartner in Unternehmensstrukturfragen geeignet ist, zeigt etwa § 3 BetrVG und dessen Verhandlungsoptionen⁴⁸⁸. Freilich wäre dies nur möglich, wenn ein Betriebsrat besteht. Betrachtet man allerdings die Schwellenwerte der Mitbestimmungsgesetze, wird man in den Niederlassungen regelmäßig schon auf Bestreben der Gewerkschaften einen Betriebsrat vorfinden.

Dabei sind weniger tatsächliche Appelle des Betriebsrates an die Unternehmensleitung, beziehungsweise der Konsultation des Betriebsrates durch diese Gegenstand der Diskussion. Freiwillige spontane Beteiligungen des Betriebsrates in unternehmerischen Fragen bedürfen nicht der Regelung. Regelungsbedürftig ist die Absicherung einer Beteiligung in unternehme-

⁴⁸⁶ Birk, a.a.O. (Fn. 471); Großfeld/Erlinghagen, a.a.O. (Fn. 471) S. 521; Klückers, a.a.O. (Fn. 471); Reuter, a.a.O. (Fn. 471) S. 111.

⁴⁸⁷ Siehe oben Seite 20 ff.

⁴⁸⁸ Vgl. insbesondere Kort, AG 2003, 13 ff.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

rischen Fragen. Dies bedeutet insbesondere die Einführung von Informationsrechten des Betriebsrates, damit nicht innerhalb der ausländischen Unternehmensleitung am Betriebsrat vorbei entschieden wird und dieser erst im Nachhinein bei der Durchführung der relevanten Maßnahme von dieser erfährt.

Die Durchsetzung einer solchen Informationspflicht durch Sanktion kommt allerdings kaum in Betracht. Aus der Betriebsverfassung sind die Streitigkeiten darüber bekannt, ob eine Information zur Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten rechtzeitig und umfassend gegeben worden ist (§§ 111 ff. BetrVG). Das Verfahren in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist das der unternehmerischen Mitsprache am nächsten liegende betriebsverfassungsrechtliche Verfahren. Dieser Streit sollte nicht in die Unternehmensmitbestimmung übernommen werden. Auch ist zu bedenken, daß sich der deutsche Gesetzgeber mit der unternehmerischen Mitbestimmung bewußt Schritt für Schritt von der Betriebsverfassung gelöst hat und dem Betriebsrat nur noch wahltechnische Funktionen zuweist⁴⁸⁹. Es widerspräche damit der Systematik der deutschen Mitbestimmung, dem Betriebsrat nun im Fall eines mitbestimmungslosen Unternehmens Mitspracherechte in unternehmerischen Angelegenheiten einzuräumen. Diese können dort – wie in anderen nicht der Mitbestimmung unterliegenden rein deutschen Unternehmen – nicht vom Betriebsrat verhandelt werden. Die Arbeitnehmer haben insoweit keine Mitsprache oder Mitbestimmung.

Es bleibt festzuhalten, daß ausländische Gesellschaften, die eine Niederlassung in Deutschland betreiben, bei dieser keine Form von unternehmerischer Mitbestimmung durchführen müssen. Die Niederlassung führt weder zur Mitbestimmung der ausländischen Gesellschaft nach deutschem Recht, noch bestehen Restriktionen der Betätigung in der Niederlassung durch einen Rechtsformzwang oder einen zu bestellenden Hauptbevollmächtigten. Letztlich hat der Betriebsrat in der Niederlassung kein Mandat zur Mitsprache in unternehmerischen Angelegenheiten.

⁴⁸⁹ Dazu oben Seite 57 und *Windbichler*, S. 498 f. Zur tatsächlichen gegenläufigen Tendenz der Verbetrieblichung der unternehmerischen Mitbestimmung oben Seite 9.

C. Ausländische Gesellschaft als Komplementär einer deutschen Kommanditgesellschaft

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit einer internationalen Unternehmensverbindung mit Engagement in Deutschland ist die Gründung einer Kommanditgesellschaft mit einer ausländische (Kapital-) Gesellschaft als Komplementär. Diese Gestaltungsform mag nicht die gebräuchlichste sein, bietet sich aber an, wenn die ausländische Gesellschaft ihre Tochter in Deutschland als Personengesellschaft errichten will.

Die Zulässigkeit dieser Gestaltungsform ist streitig, von der Rechtsprechung aber anerkannt⁴⁹⁰. Aus der um die ausländische Kapitalgesellschaft und Co. KG geführten Diskussion soll im folgenden nur der mitbestimmungsrechtliche Aspekt erörtert werden.

Der Fall einer ausländischen Komplementärgesellschaft ist dabei von denjenigen Konstellationen zu unterscheiden, in denen die Komplementärgesellschaft eine deutsche Kapitalgesellschaft ist, die in einen ausländischen Konzern eingegliedert und von einer ausländischen Obergesellschaft beherrscht ist. Hier geht die herrschende Meinung davon aus, daß die deutsche Gesellschaft im Sinne des § 5 Abs. 3 MitbestG eine Teilkonzernspitze ist und so der Mitbestimmung unterliegt⁴⁹¹.

I. Mitbestimmung gemäß § 4 MitbestG

Die Mitbestimmungsgesetze sehen eine direkte Mitbestimmung bei der Kommanditgesellschaft wegen ihrer Eigenschaft als Personengesellschaft nicht vor.

⁴⁹⁰ OLG Saarbrücken 21.04.1989 - 5 W 60/88 - DB 1989, 1076 ff.; OLG Stuttgart 30.03.1995 - 8 W 355/93 - WM 1995, 928 ff.; BayObLG 21.03.1986 - BReg 3 Z 148/85 - DB 1986, 1325 ff.; LG Stuttgart 11.05.1993 - 2 AktE 1/92 - BB 1993, 1541 ff. Aus der Literatur umfassend *Grothe*, Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co.“. Wegen einer unzulässigen Statutenvermischung zwischen Komplementär- und Kommanditgesellschaft ablehnend *Ebenroth* in MüKo², Nach Art. 10 EGBGB Rn. 274 ff.; *Ebenroth/Auer*, DNotz 1990, 139 ff.; *Ebenroth/Eyles*, DB Beil. 2/88 S. 16 ff.; *Ebenroth/Hopp*, JZ 1989, 883 ff.; *Ebke*, ZGR 1987, 245 ff.; *Großmann*, IPRax 1986, 351; *Großmann/Strotmann*, IPRax 1990, 298 ff.; *Kaligin*, DB 1985, 1449 (1452). Vgl. auch *Ebke*, BB 2003, 1.

⁴⁹¹ OLG Stuttgart 30.03.1995 - 8 W 355/93 - NJW-RR 1995, 1067 (1068 ff.).

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Dennoch hat der Gesetzgeber gesehen, daß zum Teil auch große Unternehmen als Kommanditgesellschaft geführt werden. Diese sind häufig derart aufgestellt, daß einziger Komplementär eine Kapitalgesellschaft ist. Gesellschafter dieser Gesellschaft meist alle oder einige der Kommanditisten der KG. Der Gesetzgeber der Mitbestimmungsgesetze hat an dieser Konstellation angeknüpft und mit § 4 MitbestG angeordnet, daß für die Anwendung des MitbestG die Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft als solche der Komplementärgesellschaft gelten⁴⁹².

Ist die Komplementärgesellschaft eine ausländische Kapitalgesellschaft, ist die Frage nach einer Mitbestimmung der Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft gemäß § 4 MitbestG auf den ersten Blick schnell beantwortet. Kollisionsrechtlich findet auf die Organisation der ausländischen Kapitalgesellschaft deren ausländisches Personalstatut Anwendung. Dieses mag eine Mitbestimmung enthalten, jedenfalls ist die deutsche Mitbestimmung nicht Teil dieses ausländischen Statutes⁴⁹³. Selbst man wenn von der kollisionsrechtlichen Anwendbarkeit des § 4 MitbestG ausginge, scheiterte die Mitbestimmung sachrechtlich daran, daß die ausländische Gesellschaft keine Gesellschaft im Sinne des § 1 MitbestG ist⁴⁹⁴. § 4 MitbestG begründet keine Mitbestimmung, sondern trifft nur eine Sonderregelung zur Arbeitnehmerzurechnung.

Dennoch ergibt sich in der ausländischen Kapitalgesellschaft & Co. KG der gleiche Interessenkonflikt von einerseits einem Kollektiv von Hunderten oder Tausenden Arbeitnehmern und andererseits einer von der KG gelösten und in der Komplementärgesellschaft gebündelten Leitungsmacht, für die der einzelne Arbeitnehmer mit zunehmender Unternehmensgröße mehr und mehr aus dem Blickfeld zu geraten droht. Weiter besteht das gleiche öffentliche Interesse an einer Legitimation und Kontrolle der Leitungs- und Wirtschaftsmacht der Komplementärgesellschaft durch eine unternehmensinterne Demokratisierung. Diese Interessenlage ist unabhängig davon, ob die Komplementärgesellschaft ausländisch oder deutsch ist.

Dies erkennend gehen einige Autoren davon aus, der ausländischen Kapitalgesellschaft fehle eine besondere Komplementärfähigkeit, solange den Arbeitnehmern nicht auch in

⁴⁹² Zur Motivation vgl. BT-Drucks. 7/2172 S. 20.

⁴⁹³ Dazu oben Seite 40 ff. und 92 ff. und *Binz/Mayer*, GmbHR 2003, 249 (257).

⁴⁹⁴ Vgl. *Binz/Mayer*, a.a.O. (Fn. 493); *Ebenroth/Auer*, a.a.O. (Fn. 490) Seite 154 ff.; *Grothe*, S. 292 f.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Kommanditgesellschaften mit ausländischen Komplementärgesellschaften eine Gelegenheit zur unternehmerischen Mitbestimmung gewährt sei⁴⁹⁵.

Dem kann nicht gefolgt werden. Das deutsche Gesellschaftsrecht kennt keine spezielle Komplementärfähigkeit im Sinne einer beschränkten Rechtsfähigkeit von juristischen Personen. Ist die ausländische Gesellschaft nach ihrem Personalstatut rechtsfähig, kann sie alle Arten von Rechtsgeschäften in Deutschland eingehen⁴⁹⁶. Die Rechtsfähigkeit ist grundlegende Voraussetzung einer jeden privatautonomen Betätigung. Ein Eingriff durch Annahme einer speziellen Komplementärfähigkeit müßte zumindest ausdrücklich bestimmt angeordnet und durch einen Gemeinwohlaspekt rechtfertigt sein. Die Mitbestimmung selbst betrifft bereits die unternehmerische und die allgemeine Handlungsfreiheit der Art. 2 Abs. 1 und 12 GG⁴⁹⁷, rechtfertigt sich aber durch ihre Schutzziele. Die Untersagung der Ausübung dieser Freiheiten wegen einer aus der Auslegung der Mitbestimmungsgesetze folgenden Nichtanwendbarkeit derselben, bedeutete jedoch einen weit über die Durchführung der Mitbestimmung hinausgehenden, schwereren und damit unverhältnismäßigen Eingriff. Dieser läßt sich nicht durch die Schutzziele der Mitbestimmung rechtfertigen.

II. Mitbestimmung gemäß § 5 MitbestG

In der Literatur wird diskutiert, ob eine Kommanditgesellschaft, deren Komplementär, soweit er über die Gesellschaft herrscht, zugleich auch eine Konzernmitbestimmung beim Komplementär im Sinne des § 5 MitbestG auslöst⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ *Ebenroth/Eyles*, a.a.O. (Fn. 490) S. 17 f.; *Ebenroth/Hopp*, a.a.O. (Fn. 490) S. 888 f.; *Großfeld*, a.a.O. (Fn. 490) S. 354; *Großfeld/Johannemann*, IPRax 1994, 271 (272); *Großmann/Strotmann*, a.a.O. (Fn. 490) S. 300.

⁴⁹⁶ RG 16.12.1913 - II 523/13- RGZ 83, 367 ff.; 29.10.1938 - II 178/37 - RGZ 159, 33 (46 ff.); BGH 11.07.1957 - II ZR 318/55 - BGHZ 25, 134 (144); 05.11.1980 - VIII ZR 230/79 - BGHZ 78, 318 (334 f.); 23.03.1979 - V ZR 81/77 - WM 1979, 692 (693 f.).

⁴⁹⁷ Dazu *Badura/Rittner/Rüthers*, S. 196 ff., 232 f.

⁴⁹⁸ Vgl. OLG Celle 30.08.1979 - 9 Wx 8/78 - DB 1979, 2502; 30.04.1980 - 1 W 3/80 - DB 1980, 1332; *Beinert/Hennerks/Binz*, DB 1979, 68 ff.; *Fitting/Wlotzke/Wissmann*, § 4 Rn. 29, § 5 Rn. 13; *Großmann*, BB 1976, 1391 (1392 ff.); *Hanau/Ulmer*, § 5 Rn. 9; *Hanau/Wackerbarth*, FS für *Lutter*, S. 425 (439); *Raiser*, § 5 Rn. 20 f. *Sigle*, FS für *Peltzer*, S. 539 (554); *Zöllner*, ZGR 1977, 319 (329 ff.). Alle m.w.N.

§ 6. Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

Für den Fall der ausländischen Kapitalgesellschaft & Co. KG stellt sich diese Frage jedoch nicht. Wie oben festgestellt, ist bei dieser keine deutsche Konzernmitbestimmung durchzuführen. Das deutsche Mitbestimmungsrecht ist auf die ausländische Komplementärgesellschaft kollisionsrechtlich nicht anwendbar. Weiter unterfällt die deutsche Kommanditgesellschaft dem sachlichen Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze⁴⁹⁹. Daß dies nicht zu einer Unzulässigkeit einer faktischen Konzernverbindung zwischen der ausländischen Komplementärgesellschaft und der deutschen Kommanditgesellschaft führt, wurde bei den vorangegangenen Erörterungen festgestellt⁵⁰⁰.

Auch läuft die Teilkonzernregel des § 5 Abs. 3 MitbestG leer, da die Kommanditgesellschaft als höchstrangige Konzerngesellschaft als Personengesellschaft nicht mitbestimmt ist.

Auch kann der deutschen Kommanditgesellschaft rechtsfortbildend kein obligatorischer Aufsichtsrat, Beirat oder ähnliches als Forum zur Mitbestimmung vorgeschrieben werden. Ein obligatorischer Aufsichtsrat ist in Personengesellschaften nicht vorgesehen und bedürfte der gesetzlichen Regelung. Eine analoge Anwendung der Vorschriften zum mitbestimmten GmbH-Aufsichtsrat kommt wegen des Unterschiedes zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften nicht in Betracht. Gleiches gilt für die Vorschriften zum Aufsichtsrat der Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 287 AktG). Deren Aufsichtsrat ist zwingend, gleich ob die Gesellschaft mitbestimmt ist oder nicht. Damit fehlt der Vorschrift schon vom Regelungscharakter her die Analogiefähigkeit. Gegen die Analogiefähigkeit der Norm spricht weiter, daß die analoge Anwendung der speziellen Vorschriften zur KGaA auf die „normale“ Kommanditgesellschaft eine systemwidrige Umkehr des gesetzlichen Verhältnisses von allgemeiner und spezieller Regel bedeutete.

Folge von alledem ist, daß selbst wenn man davon ausgeht, daß § 5 auf die Kapitalgesellschaft & Co. KG anwendbar ist, die Vorschrift keine Mitbestimmung der Arbeitnehmer in einer deutschen Kommanditgesellschaft begründen kann, wenn die Komplementärgesellschaft eine ausländische Gesellschaft ist.

⁴⁹⁹ Oben Seite 92 ff.

⁵⁰⁰ Zum faktischen Konzern Seite 93 ff., zum Vertragskonzern Seite 99 ff.

III. Ergebnis

Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG ist aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht zulässig. Das deutsche Mitbestimmungsrecht führt weder zu einer Mitbestimmung bei der ausländischen Komplementärgesellschaft noch der deutschen Kommanditgesellschaft.

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften, die nicht in ihrem
Gründungsstaat residieren

Aufgrund der neueren europäischen Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit in den Entscheidungen *Daily Mail*⁵⁰¹, *Centros*⁵⁰², *Überseering*⁵⁰³, *Inspire Art*⁵⁰⁴ und *Hughes de Lasteyrie du Saillant*⁵⁰⁵ ist die in Deutschland bislang von der Rechtsprechung durchgängig verfolgte Sitztheorie zur kollisionsrechtlichen Bestimmung des auf eine Gesellschaft anwendbaren Rechtes wenigstens für Gesellschaften aus anderen Staaten der Europäischen Union in Bewegung geraten.

Mit der neuen Rechtsprechung ist für im europäischen Ausland gegründete Gesellschaften der Weg eröffnet, ihren Sitz in Deutschland zu nehmen („Zuzugsfall“). Es stellt sich die Frage, ob damit diese Gesellschaften eine unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer einführen müssen.

Im weiteren würde eine solche zugezogene Gesellschaft jedoch absehbar sich mit anderen Gesellschaft mit Sitz in Deutschland und deutschen sowie vielleicht anderen ausländischen Personalstatuten verbinden und einen Konzern bilden. Auch hier stellt sich die Frage nach einer unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer.

Wenn ausländische Gesellschaften ihren Sitz in Deutschland nehmen können, kommt auch der umgekehrte Fall in Betracht, daß eine deutsche Gesellschaft ihren Sitz im Ausland verlegt. Auch hier ist die unternehmerische Mitbestimmung zu diskutieren („Wegzugsfall“).

⁵⁰¹ EuGH 27.09.1988 - Rs 81/87 - NJW 1989, 2186 „Daily Mail“.

⁵⁰² EuGH 09.03.1999 - Rs C-212/97 - NJW 1999, 2027 „Centros“.

⁵⁰³ EuGH 05.11.2002 - Rs C-208/00 - AG 2003, 27 und BGH 13.03.2003 - VII ZR 370/98 - ZIP 2003, 718 (719 f.) „Überseering“.

⁵⁰⁴ EuGH 30.09.2003 - RS. C-167/01 - ZIP 2003, 1885 ff. „Inspire Art“.

⁵⁰⁵ EuGH 11.03.2004 - C-9/02 - NJW 2004, 2439 ff.

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

A. Ausländische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland

I. Mitbestimmung in der ausländischen Gesellschaft

1. Kollisionsrechtliche Vorfrage

Das deutsche Mitbestimmungsrecht findet nur dann auf ausländische Gesellschaft mit Sitz in Deutschland Anwendung, wenn es kollisionsrechtlich berufen ist.

Wie oben festgestellt, folgt das anwendbare Mitbestimmungsrecht generell mit dem auf die Gesellschaft anwendbaren Gesellschaftsrecht aus deren Personalstatut⁵⁰⁶. Mitbestimmungsrecht und Gesellschaftsrecht sind derart eng miteinander verknüpft, daß deren Zusammenspiel nur dann gewährleistet ist, wenn beide der gleichen Rechtsordnung entstammen⁵⁰⁷.

a. Ausgangspunkt

In Literatur und Rechtsprechung ist streitig, wie das Personalstatut einer im Ausland gegründeten Gesellschaft mit Sitz in Deutschland zu bestimmen ist.

Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre gingen bis zu der neuen EuGH-Rechtsprechung von der Sitztheorie aus. Verlegte eine im Ausland gegründete und sitzende Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, sollte dies zur Auflösung der Gesellschaft führen⁵⁰⁸. Eine rechtsfähige Gesellschaft könne in Deutschland nur durch eine

⁵⁰⁶ Oben Seite 40 ff. (45 ff.).

⁵⁰⁷ Oben Seite 40 ff. (45 ff.).

⁵⁰⁸ BGH 21.03.1986 - V ZR 10/85 - BGHZ 97, 269 (272); 30.03.2000 - VII ZR 370/98 - NZG 2000, 926 (Vorlage „Überseering“); OLG Nürnberg 07.06.1984 - 8 U 111/84 - IPRax 1985, 342 und dazu die Anm. von *Rehbinder*, IPRax 1985, 342, jeweils m.w.N.; BayObLG 07.05.1992 - 3Z BR 14/92 - NJW-RR 1993, 43. Weitere Rechtsprechung bei *Großfeld* in *Staudinger*, IntGesellR Rn. 26 ff. m.w.N.

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

Gründung einer solchen geschaffen werden⁵⁰⁹. Dies führte für ausländische Gesellschaften dazu, daß Deutschland ein undurchbrechbares „abgeschlossenes Universum“⁵¹⁰ war.

Die rechtliche Verfassung einer im Ausland gegründeten Gesellschaft, die ihren Sitz in Deutschland nahm, war in der Rechtsprechung lange Zeit offen und oft nur mit „Nichtanerkennung“ pauschal umschrieben⁵¹¹. Noch im Sommer 2002 entschied der BGH, daß eine im Ausland gegründete Kapitalgesellschaft mit Sitz in Deutschland als Personengesellschaft zu behandeln sei⁵¹². Die bisher gegen diesen Ansatz sprechende fehlende Außenrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes sei nach deren Anerkennung⁵¹³ kein Gegenargument mehr. Diese Wertung des BGH folgt konsequent aus dem Rechtsformzwang des deutschen Gesellschaftsrechtes. Der von den Gesellschaften gemeinsam verfolgte Zweck einigt diese abhängig vom Umfang des Geschäftsbetriebes zur nichteingetragenen OHG beziehungsweise zur GbR⁵¹⁴.

Damit ist nach der Sitztheorie die zugezogene Gesellschaft nicht mitbestimmt, da sie nicht als deutsche Kapitalgesellschaft organisiert ist.

Demgegenüber knüpft die Gründungstheorie am historischen Gründungsort an und bestimmt nach dessen Belegenheit das auf die Gesellschaft anwendbare Recht⁵¹⁵. Der EuGH folgte diesem Ansatz und entschied in den Sachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*^{516,517}, daß

⁵⁰⁹ Wie vor.

⁵¹⁰ Ziff. A.I.1. der Begründung zum Entwurf der Kommission vom 22.04.1997 zu einer Richtlinie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedsstaat, abgedruckt in ZIP 1997, 1721 ff.

⁵¹¹ Kritisch dazu *K. Schmidt*, ZGR 1999, 20 (24 ff.).

⁵¹² BGH 01.07.2002 - II ZR 380/00 - AG 2003, 39.

⁵¹³ BGH 29.01. 2001 - II ZR 331/00 - NZG 2001, 311.

⁵¹⁴ *Emde*, EWIR 2002, 971; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 511).

⁵¹⁵ *Bayer*, BB 2002, 2289 ff.; *Buxbaum*, FS für *Sandrock*, S. 149 ff.; *Ebke*, BB 2003, 1 ff.; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233; *Forsthoff*, BB 2002, 2471 ff.; *Götz*, AG 2002, 552 ff.; *Kallmeyer*, DB 2002, 2521 ff.; *Kersting*, NZG 2003, 9 ff.; *Kieninger*, ZGR 1999, 724 ff.; *Knobbe-Keuk*, ZHR 1990, 325 ff. *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 ff.; *Lutter*, BB 2003, 7 ff.; *Neye*, EWIR 2002, 1003 f.; *Neumayer*, ZVGIRWiss 1984, 129 (139 ff.); *Sandrock*, BB 1999, 1337 ff.; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 30 ff. *Ulmer*, JZ 1999, 662 ff. Vgl. auch *Ansay*, FS für *Ferid* (1978), S. 3 ff.

⁵¹⁶ EuGH 09.03.1999, 05.11.2002 und 30.09.2003 a.a.O. (Fn. 502 f.).

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

es gegen die Niederlassungsfreiheit einer in der Europäischen Union gegründeten Gesellschaft verstößt, wenn die Gesellschaft in einem anderen Mitgliedsstaat, in den sie ihren Sitz verlegt, nicht als juristische Person anerkannt, ihr nicht die Rechts- und Parteifähigkeit gewährt wird oder die Rechtsfähigkeit nur durch Auflösung und Neugründung der Gesellschaft erlangbar ist⁵¹⁸. Zwingende Gründe des Allgemeinwohles, zu denen auch der Schutz der Arbeitnehmer zählen könne, könnten zwar Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen, dies gehe aber nicht soweit, der Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit abzusprechen. Dies käme einer Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich⁵¹⁹.

Der BGH paßte seine Rechtsprechung an und erkannte am 13.03.2003 die Rechts- und Parteifähigkeit der niederländischen Gesellschaft *Überseering BV* in Deutschland an⁵²⁰. Die Rechtsprechungsänderung wurde auch von den Oberlandesgerichten aufgenommen⁵²¹.

Inzwischen hat der EuGH seine Rechtsprechung in der Sache *Inspire Art* bestätigt und weiter ausgebaut⁵²². Der EuGH bekräftigt in der Entscheidung, daß die Gründung einer

⁵¹⁷ Dazu *Altmeyden*, NJW 2004, 97 ff.; *Bayer*, BB 2002, 2289 ff.; *ders.*, BB 2003, 2357 ff.; *Binz/Mayer*, GmbHR 2003, 249 ff.; *Buxbaum*, FS für *Sandrock*, S. 149 ff.; *Dubovizkaja*, GmbHR 2003, 694 ff.; *Ebke*, BB 2003, 1 ff.; *Efferink/Ebert/Levedag*, GmbHR 2004, 880 ff.; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233; *ders.*, JZ 2003, 526 ff.; *Franzen*, RdA 2004, 257 ff.; *Forsthoff*, BB 2002, 2471 ff.; *Götz*, AG 2002, 552 ff.; *Halbhuber*, ZEuP 2003, 418 ff.; *von Halen*, S. 54 ff.; *Hirsch/Britain*, NZG 2003, 1100 ff.; *Junker*, NJW 2004, 728; *Kallmeyer*, DB 2002, 2521 ff.; *Kersting*, NZG 2003, 9 ff.; *Kieninger*, ZGR 1999, 724 ff.; *Kindler*, NJW 2003, 1073 ff.; *ders.*, NZG 2003, 1086 ff.; *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 ff.; *Lutter*, BB 2003, 7 ff.; *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 ff.; *Merkt*, RIW 2003, 458 ff.; *Müller-Bonanni*, GmbHR 2003, 1235 ff.; *Müller-Driver*, S. 118; *Neye*, EWIR 2002, 1003 f.; *Ratka*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften (2002), *Sandrock*, BB 1999, 1337 ff.; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 30 ff. und 661 ff.; *Schwark*, AG 2004, 173 ff.; *Schulz*, NJW 2003, 2705 ff.; *Spindler*, RIW 2003, 850 ff.; *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949 ff.; *Ulmer*, JZ 1999, 662 ff.; *Veit/Wichert*, AG 2004, 14 ff.; *Wachter*, GmbHR 2004, 88 ff.; *Wertenbruch*, NZG 2003, 618 ff.; *Ziemonis*, ZIP 2003, 1913 ff.; *Zimmer*, NJW 2003, 3585 ff. Vgl. auch *Zimmer*, FS für *Lutter*, S. 231 (244 ff.); *ders.*, *RabelsZ* 2003, 298 ff. mit dem Vorschlag eines gemeinschaftsrechtlichen internationalen Gesellschaftsrechtes. Allgemein vgl. auch *Baums*, FAZ 21.01.2003 S. 11.

⁵¹⁸ EuGH 05.11.2002 (Fn. 503) insbesondere Rn. 76 und 82.

⁵¹⁹ EuGH 05.11.2002 a.a.O. (Fn. 503) insbesondere Rn. 92 f.

⁵²⁰ BGH 13.03.2003 a.a.O. (Fn. 503). Vgl. auch BGH 02.06.2003 - II ZR 134/02 - ZIP 2003, 1417 (1418).

⁵²¹ OLG Zweibrücken 26.03.2003 - 3 W 21/03 - WM 2003, 1329 zum Fall einer englischen Ltd., die in Großbritannien nicht werbend tätig war und in Deutschland eine Niederlassung in das Handelsregister eintragen wollte.

*§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren*

Gesellschaft in einem europäischen Land zum alleinigen Zweck, sich die Rechtsordnung dieses Landes zu nutze zu machen und im übrigen in einem anderen Mitgliedsland werbend tätig zu sein, von der europäischen Niederlassungsfreiheit geschützt ist. Nationale Vorschriften, die zur Registereintragung der Niederlassung letztlich die Erfüllung nationaler Vorschriften für die ausländische Gesellschaft, insbesondere bezüglich des Mindestkapitales und der Geschäftsführerhaftung forderten, verstießen gegen die Niederlassungsfreiheit und seien unzulässig. Der Gläubigerschutz allein rechtfertigt keine andere Beurteilung, da die Gesellschaft im Verkehr als ausländische Kapitalgesellschaft auftritt und die Gläubiger so gewahrt seien.⁵²³

Für amerikanische Kapitalgesellschaft gilt in Deutschland bereits seit 1954 gemäß Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des Deutsch-Amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrages vom 29.10.1954 die Gründungstheorie⁵²⁴. Dennoch ist die Zahl amerikanischer Kapitalgesellschaft, die in Deutschland residieren, klein. Es liegen keine empirischen Erhebungen vor, wie viele amerikanische Gesellschaften ihren Sitz in Deutschland haben und ob darunter eine mit einer mitbestimmungsrelevanten Zahl von Beschäftigten ist. Dennoch stellt sich die Mitbestimmungsfrage für diese Gesellschaften genauso wie für europäische Kapitalgesellschaft, die sich in Deutschland niederlassen.

Für Gesellschaften aus anderen Staaten ist bislang ungeklärt, ob für diese weiterhin der Sitztheorie mit der Folge der Nichtanerkennung in Deutschland gilt, oder ob die Rechtsprechung dazu übergeht, alle ausländischen Gesellschaft nach der Gründungstheorie anzuerkennen und nur Mißbrauchsfälle, zum Beispiel wegen Verstoßes gegen den *ordre public*, mit Nichtanerkennung zu sanktionieren.

Folgt man der Gründungstheorie wäre auf eine nach Deutschland zugezogene ausländische Gesellschaft weiter deren ausländisches Gesellschaftsrecht und damit ausländisches Mitbe-

⁵²² EuGH 30.09.2003, a.a.O. (Fn. 504) Rn. 95 ff.

⁵²³ Vgl. zum Gläubigerschutz gegenüber der Ltd. und anderen ausländischen Gesellschaften *Borges*, ZIP 2004, 733 ff.

⁵²⁴ BGBl. II 1956, 487, 488 ff. Art. XXV Abs. 5 Satz 2 lautet „Gesellschaften, die gemäß den Gesetzen und sonstigen Vorschriften des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, gelten als Gesellschaften dieses Vertragsteiles; ihr rechtlicher Status wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils anerkannt.“. Vgl. BGH 29.01.2003 - VIII ZR 155/02 - ZIP 2003, 720; BFH 29.01.2003, I R 6/99 - ZIP 2003, 1340; 05.07.2004 - II ZR 389/02 - ZIP 2004, 1549 f.

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

stimmungsrecht anwendbar. Deutsches Mitbestimmungsrecht käme grundsätzlich nicht zur Anwendung.

b. Folgen der Rechtsprechung in Sachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*

Aufgrund der neueren EuGH-Rechtsprechung in Sachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* könnte die Mitbestimmung in einer nach Deutschland zugezogenen, ausländischen Gesellschaft Mitbestimmung ebenfalls gemäß der Gründungstheorie anzuknüpfen sein.

Dazu ist zunächst zu prüfen, ob die europäischen Grundfreiheiten im Sinne der EuGH-Rechtsprechung nicht verletzt sind, wenn die zugezogene Gesellschaft in Deutschland in ihrer Rechts- und Parteifähigkeit als solche anerkannt wird, die übrigen Rechtsverhältnisse der Gesellschaft, wie etwa die unternehmerische Mitbestimmung, aber gemäß der Sitztheorie nach deutschem Recht angeknüpft werden.

In diesem Sinne kann man die Entscheidung des BGH in der Sache *Überseering* verstehen⁵²⁵. Der BGH führte nur aus, daß die ausländische Gesellschaft zwar in Deutschland als niederländische BV als rechts- und parteifähig anerkannt werden müsse und die Gesellschaft nicht in eine andere Rechtsform mit anderen Haftungsrisiken gedrängt werden dürfe⁵²⁶.

Davon ausgehend könnte man argumentieren, daß die ausländische Gesellschaft in Deutschland zwar als solche rechts- und parteifähig ist, allgemein allerdings deutsches Gesellschaftsrecht auf sie Anwendung findet⁵²⁷. Dann könnte deutsches Mitbestimmungsrecht direkt anwendbar sein.

Dagegen spricht allerdings die europarechtliche Niederlassungsfreiheit. Diese gebietet die Zulässigkeit der Sitzverlegung unter Wahrung der Identität der Gesellschaft, das heißt, die Gesellschaft bleibt *dieselbe* juristische Person und wird nicht beim Umzug in eine andere

⁵²⁵ BGH 13.03.2003 a.a.O. (Fn. 503). Vgl. auch BGH 02.06.2003 - II ZR 134/02 - ZIP 2003, 1417 (1418).

⁵²⁶ BGH 13.03.2003 a.a.O. (Fn. 503).

⁵²⁷ In dieser Richtung *Kindler*, NJW 2003, 1073 (1076 ff.). Anderer Ansicht *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949 (950 f.); *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (805).

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

Gesellschaftsform, etwa einer Personengesellschaft, umgewandelt⁵²⁸. Sie unterliegt damit auch im Sitzstaat dem vollständigen Regelungsstatut ihres Gründungsstaates. Es ist damit nur das ausländische Personalstatut der zugezogenen Gesellschaft anwendbar. Dieses umfaßt nicht deutsches Mitbestimmungsrecht.

Auch ist keine schlüssige Begründung dafür ersichtlich, nur die Rechts- und Parteifähigkeit sowie die Haftungsverhältnisse der Gesellschaft dem Personalstatut des Gründungsortes, die übrigen Rechtsverhältnisse aber nach dem Personalstatut des Sitzes zu unterwerfen. Dies bedeutete allein ein Hochhalten der Sitztheorie⁵²⁹. Die Anwendung deutschen Gesellschaftsrechtes auf eine nach ausländischem Recht verfaßte und organisierte Gesellschaft führt zu unlösbaren Konflikten. Der Gleichlauf von Herrschaft und Haftung wäre nicht gewährleistet. Weiter bedeutete das Überstülpen der deutschen Organisationsstruktur faktisch doch einen Rechtsformzwang für die ausländischen Gesellschafter zu einer deutschen Kapitalgesellschaft mit dualistischer Struktur⁵³⁰.

Es bleibt festzuhalten, daß mit der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit auch die Anerkennung deren vollständigen Personalstatutes, insbesondere ihrer gesellschaftsrechtlichen Organisationsverfassung notwendig verbunden ist.

Für die nach dem Personalstatut anzuknüpfende Mitbestimmung⁵³¹ kommt man damit zunächst zu dem Ergebnis, daß diese sich nach dem Recht der ausländischen Gesellschaft richtet⁵³². Deutsches Mitbestimmungsrecht findet auf die in Deutschland sitzende ausländische Gesellschaft keine Anwendung.

⁵²⁸ Lutter, a.a.O. (Fn. 517) S. 9; Müller-Bonanni, GmbHR 2003,1235 (1236) m.w.N. dort in Fn. 6; Zimmer, a.a.O. (Fn. 517) S. 4 f.; vgl. auch Ebke, a.a.O. (Fn. 517); Eidenmüller, a.a.O. (Fn. 517); Forsthoff, a.a.O. (Fn. 517).

⁵²⁹ So im wesentlichen Kindler, a.a.O. (Fn. 527).

⁵³⁰ Vgl. Geyrhalter/Gänßler, NZG 2003, 409 (412), die weniger einen Rechtsformzwang drohen sehen denn eine Undurchführbarkeit der Mitbestimmung.

⁵³¹ Siehe oben Seite 40 ff. und 45 ff.

⁵³² So im Ergebnis auch Wachter, GmbHR 2004, 88 (92).

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

c. Mitbestimmungsrechtliche Sonderanknüpfung

Diese Verweisung auf das ausländische Personalstatut könnte im Wege einer Sonderanknüpfung des Mitbestimmungsrechtes zugunsten deutschen Rechts überspielt werden⁵³³. Soweit das deutsche Recht die ausländische Gesellschaft nicht erfaßt, wäre de lege ferenda ein Mitbestimmungsgesetz für ausländische Gesellschaften denkbar.

Der EuGH hat anerkannt, daß Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit zulässig sind, wenn die eingreifende Maßnahme nichtdiskriminierend angewandt wird, zwingende Gründe des Allgemeinwohls die Maßnahme rechtfertigen, der Eingriff zur Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich ist und der Eingriff nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist⁵³⁴.

(1). Keine Diskriminierung

Gegen eine Diskriminierung einer ausländischen Kapitalgesellschaft, die in Deutschland residiert und der deutschen Mitbestimmung unter vergleichbaren Anwendungsvoraussetzungen und in gleichem Umfang unterworfen wird wie eine deutsche spricht, daß damit alle Kapitalgesellschaften, gleich welcher Rechtsordnung, gleich mit der Mitbestimmung belastet sind.

Demgegenüber ist aber zu bedenken, daß die deutsche Unternehmensmitbestimmung für die deutschen Kapitalgesellschaften „maßgeschneidert“ wurde. Dieses Modell paßt nicht auf ausländische Gesellschaften, die zum Beispiel monistisch strukturiert sind oder die aus Rechtsordnungen entstammen, die keine Mitbestimmung der Arbeitnehmer kennen⁵³⁵. Damit kommt es zu einer stärkeren Belastungen dieser Gesellschaften, wenn diese eine unternehmerische Mitbestimmung einführen müssen, als die Mitbestimmung für deutschen Gesellschaften bedeutet.

⁵³³ So *Franzen*, RdA 2004, 257 (258 f.); *Grothe*, S. 193 f.; *von Halen*, S. 250 ff., 267 ff. Den Ansatz für möglich haltend *Halbhuber*, ZEuP 2003, 418 (435). Dagegen *Sandrock*, AG 2004, 57 ff. Wohl auch *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159 (184 f.).

⁵³⁴ EuGH 30.11.1995 - Rs. C-55/94 - NJW 1996, 579 „Gebhard“; 09.03.1999, a.a.O., Rn. 34 (Fn. 502 f.); EuGH 05.11.2002, a.a.O. (Fn. 503) Rz. 92 f.

⁵³⁵ Vgl. *Franzen*, RdA 2004, 257 (260 ff.); *Thüsing*, ZIP 2004, 381 (384 f.).

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

Dieser drohenden Diskriminierung kann der deutsche Gesetzgeber jedoch entgegenwirken, indem er ein für die jeweiligen ausländischen Kapitalgesellschaften passendes Mitbestimmungsrecht erläßt oder z.B. die Mitbestimmung wie in der SE zur Verhandlung stellt. Damit wären diese nicht mehr in das Korsett der jetzigen deutschen Mitbestimmungsgesetze gezwängt. Es bleibt die gleichermaßen Belastung der Gesellschaften mit der Mitbestimmung, wie sie deutsche Gesellschaften erfahren.

Es bleibt festzuhalten, daß eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung einer Mitbestimmung für ausländische Gesellschaften, die in Deutschland residieren, möglich ist.

(2). Zwingende Allgemeininteressen

Der Eingriff in die Niederlassungsfreiheit ist nur zulässig, wenn ein zwingendes Allgemeininteresse an einer Mitbestimmung in in Deutschland residierenden ausländischen Kapitalgesellschaften die Anwendung des deutschen Mitbestimmungsrechtes auf diese Gesellschaften erfordert.

Gemäß dem EuGH zählt zu den zur Einschränkung der Niederlassungsfreiheit in Betracht kommenden Allgemeininteressen unter anderem auch der Schutz der Arbeitnehmer⁵³⁶. Jeder Eingriff finde jedoch seine Grenze in einer Negierung der Niederlassungsfreiheit⁵³⁷.

Für eine Sonderanknüpfung sprechen Sinn und Zweck der unternehmerischen Mitbestimmung, das heißt Partizipation der Arbeitnehmer und Machtbindung in den Unternehmen. Die ausländische Gesellschaft mit Sitz in Deutschland ist wie eine deutsche Gesellschaft Teil des deutschen Soziallebens. Der hinter der Mitbestimmung stehenden Ideologie folgend, spricht dies dafür, ausländische Kapitalgesellschaften den gleichen sozialordnungsrechtlichen Vorschriften wie deutschen Gesellschaften zu unterwerfen. Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, der europäische Stellenwert der Mitbestimmung spreche für eine Sonderanknüpfung⁵³⁸. Diese sei sowohl in einem Großteil der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union Teil des nationalen Gesellschaftsrechtes⁵³⁹. Darüber hinaus sei die elementarer Be-

⁵³⁶ EuGH 05.11.2002, a.a.O. (Fn. 503) Rz. 92.

⁵³⁷ EuGH 05.11.2002, a.a.O. (Fn. 503) Rz. 93.

⁵³⁸ *Henssler*, FS für *Heinze*, in Abschnitt IV.3.b.bb, noch nicht veröffentlicht.

⁵³⁹ *Henssler*, a.a.O. (Fn. 538). Siehe auch *Bayer, AG 2004*, 534 (537).

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

standteil der SE. Dementsprechend wird die Auffassung vertreten, die deutsche unternehmerische Mitbestimmung sei ein zwingend zu berücksichtigendes Allgemeininteresse⁵⁴⁰.

Dagegen spricht, daß die Mitbestimmung in Deutschland nach deutschem Recht nicht ein derart dringlicher Belang des Gemeinwohles ist, daß sie auch nur in Deutschland konsequent eingeführt wäre⁵⁴¹. Die Stellung der ausländischen Gesellschaft im deutschen Sozialleben wird entsprechend des Heimatrechts der Gesellschaft bestimmt. Dieses Recht wird sich - wie das deutsche Sozialordnungsrecht - mit der Einbindung von Großunternehmen in die Sozialordnung beschäftigt und alternative Mechanismen, wie zum Beispiel Modelle zur *Corporate Social Responsibility* entwickelt haben. Die deutsche Mitbestimmung ist keine derart einzigartige Lösung zur Einbindung von Großunternehmen, als daß ausländische Modelle die mit Niederlassung einer ausländischen Gesellschaft in Deutschland Einzug nehmen, abgewehrt und durch deutsche ersetzt werden müßten.⁵⁴² Dementsprechend kann auch der europäische Stellenwert der Mitbestimmung nicht die Verdrängung ausländischer Mitbestimmungsmodelle durch eine Sonderanknüpfung deutschen Rechtes rechtfertigen.

Folglich besteht in Deutschland hinsichtlich der unternehmerischen Mitbestimmung kein zwingender Grund des Allgemeinwohles, der eine Sonderverweisung auf das deutsche Mitbestimmungsrecht für in Deutschland residierende ausländische Kapitalgesellschaften als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit rechtfertigt⁵⁴³.

d. Ergebnis

Es bleibt festzuhalten, daß die europäische Niederlassungsfreiheit kollisionsrechtlich eine Anwendung deutschen Mitbestimmungsrechtes auf in anderen Unionsstaaten gegründete

⁵⁴⁰ Davon gehen *Kieninger*, a.a.O. (Fn. 517), S. 744; *von Halen*, S. 267 ff.; *ders.*, WM 2003, 571 (577) und *Henssler*, a.a.O. (Fn. 538) aus. *Kindler* ist der Auffassung, die Arbeitnehmermitbestimmung als solche sei Rechtfertigung für eine Einschränkung, a.a.O. (Fn. 527) S. 1079, führt im weiteren aber aus, daß die Mitbestimmungsgesetze nur nach Anpassung durch den Gesetzgeber Anwendung fänden. Ähnlich *Thüsing*, a.a.O., S. 386 f. (Fn. 535).

⁵⁴¹ So auch *Eidenmüller*, a.a.O. (Fn. 517) S. 2242; *Zimmer*, BB 2000, 1361 (1365 f.). Vgl. auch die Nachweise in Fn. 407 und 409 sowie die Ausführungen auf Seite 115.

⁵⁴² Anderer Ansicht *Franzen*, RdA 2004, 257 (262).

⁵⁴³ Neben den vorigen auch *Sandrock*, a.a.O. (Fn. 517) S. 1343; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913 (1917 f.).

*§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren*

und in Deutschland sitzende Gesellschaft verbietet. Eine Ausnahme wegen eines zwingenden Gemeinwohles kommt nicht in Betracht. Auf die Gesellschaften findet allein deren Personalstatut sowie eine gemäß dem erfolgende Mitbestimmung Anwendung.

2. Sachrecht

Selbst wenn deutsches Mitbestimmungsrecht kollisionsrechtlich anwendbar wäre, bliebe die Frage, ob die ausländischen Gesellschaften den Anwendungstatbeständen der Mitbestimmungsgesetze subsumierbar sind⁵⁴⁴.

Die Mitbestimmungsgesetze beschränken die Mitbestimmung enumerativ auf die in den Grundtatbeständen genannten Gesellschaftsformen. Eine ausländische Gesellschaft mit Sitz in Deutschland ist aufgrund ihrer anderen Rechtsform nicht vom Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze umfaßt⁵⁴⁵.

Denkbar bliebe eine analoge Anwendung der Mitbestimmungsgesetze⁵⁴⁶. Voraussetzung dafür wäre insbesondere eine planwidrige Regelungslücke in den Mitbestimmungsgesetzen.

Dafür spräche ein an sich geschlossenes System der Unternehmensmitbestimmung. Ob ein solches besteht, ist streitig⁵⁴⁷. Wie oben schon ausgeführt, ist das ursprüngliche Konzept der Mitbestimmung derart angelegt gewesen, daß sie insoweit ein geschlossenes System ist, als sie sich in bestehende gesellschaftsrechtliche Strukturen fügt⁵⁴⁸. Dies spricht gegen eine planwidrige Lücke.

Denkbar wäre es aber, daß es durch die Änderung in der Rechtsprechung zur Sitz- und Gründungstheorie zu einer nachträglichen Lücke gekommen ist⁵⁴⁹. Der Gesetzgeber hat das Gesetz auf Grundlage der seinerzeit herrschenden Sitztheorie verabschiedet und hatte sich

⁵⁴⁴ § 1 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 MontanMitbestG, § 1 Abs. 1 MontanMitbestErgG, § 1 DrittelbG.

⁵⁴⁵ *Hirsch/Britain*, NZG 2003, 1100 (1103); *Thüsing*, ZIP 2004, 381 (382); *Veit/Wichert*, AG 2004, 14 (16).

⁵⁴⁶ In diese Richtung *Hirsch/Britain*, a.a.O. (Fn. 545). Kritisch *Zimmer*, NJW 2003, 3585 (3590).

⁵⁴⁷ Vgl. oben Seite 115 und die Nachweise in Fn. 407 und 409.

⁵⁴⁸ Vgl. oben Seite 115.

⁵⁴⁹ *Henssler*, FS für *Heinze*, in Abschnitt IV.2.a., noch nicht veröffentlicht. Vgl. auch *Kamp*, BB 2004, 1496 (1498 f.), der i.E. eine nachträgliche Lücke verneint.

*§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren*

so nicht mit nach Deutschland zugezogenen ausländischen Gesellschaften zu beschäftigen⁵⁵⁰. Aufgrund der Änderung der Rechtsprechung sind neue Sachverhalte regelungsbedürftig, die der historische Gesetzgeber nicht bedacht hat⁵⁵¹. Daß er diese inzwischen nicht gelegentlich anderer Änderungen im Mitbestimmungsrecht, insbesondere der Einführung des DrittelbG korrigiert hat, ändert nichts an dem Umstand, daß das vor Änderung der Rechtsprechung ergangene Recht eben die neuen Fälle nicht berücksichtigte. Zwar war die Rechtsprechungsänderung dem Gesetzgeber bekannt, dennoch bestätigten die zwischenzeitlichen Gesetzesänderungen, die sämtlich keine materiellen Änderungen in der Mitbestimmung bewirkten, nicht stillschweigend die entstandenen Lücken⁵⁵². Dazu hätte es einer ausführlicheren Befassung mit der Materie bedurft, die aus den Materialien nicht ersichtlich ist⁵⁵³. Dementsprechend ist von einer nachträglich entstandenen Lücke auszugehen.

Weitere Voraussetzung einer analogen Anwendung der deutschen Mitbestimmungsgesetze auf ausländische Gesellschaften ist, daß die Regelungstatbestände vergleichbar sind. Dies ist der Fall, wenn die ausländischen Gesellschaften den der Mitbestimmung unterworfenen deutschen Gesellschaften vergleichbar sind. Gegen eine generelle Feststellung der Vergleichbarkeit streitet, daß in den einzelnen europäischen Staaten sowohl Gesellschaftsformen bestehen, die den deutschen sehr vergleichbar sind, als auch Gesellschaftsformen, die grundlegend verschieden sind. Dennoch ist selbst bei ähnlichen Gesellschaftsformen zu berücksichtigen, daß die deutsche Mitbestimmung für eine ausländische Gesellschaft einen Fremdkörper bedeutet, die in der dortigen Organisationsverfassung nicht vorgesehen ist. Selbst bei ähnlichen Gesellschaftsform hat der ausländische Gesetzgeber mit seinem Gesellschaftsrecht einen Interessenausgleich für alle an der Gesellschaft beteiligten Interessengruppen getroffen, der aus seiner Sicht richtig ist⁵⁵⁴. Würde man im Wege der Analogie einseitig durch deutsches Recht eine der Interessengruppen, das heißt die Arbeitnehmer, ohne gleichzeitige Anpassung der Rechte aller übrigen Interessengruppen stärken, käme der Interessenausgleich des ausländischen Gesellschaftsrechtes aus dem Gleichgewicht. Damit sind ausländische Gesellschaftsformen nicht im Sinne der Mitbestimmungstatbestände

⁵⁵⁰ Vgl. *Veit/Wichert*, AG 2004, 14 (16),

⁵⁵¹ So auch *Henssler*, a.a.O. (Fn. 549).

⁵⁵² Anderer Ansicht *Kamp*, a.a.O. (Fn. 549).

⁵⁵³ Vgl. BR-Drucks. 10/04, S. 17 ff., BT-Drucks. 15/2542, S. 10 ff.

⁵⁵⁴ Anderer Ansicht *Henssler*, a.a.O. (Fn. 549) in Abschnitt IV.2.b., noch nicht veröffentlicht.

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

deutschen Gesellschaftsformen vergleichbar⁵⁵⁵. Die deutschen Mitbestimmungsgesetze sind damit nicht analogiefähig.

Auch ist der vorgeschlagene faktische Rechtsformzwang⁵⁵⁶ nicht mit der europäischen Niederlassungsfreiheit vereinbar⁵⁵⁷. Fänden die deutschen Mitbestimmungsgesetze kollisionsrechtlich Anwendung, wären die betreffenden Gesellschaften sachrechtlich nicht von den deutschen Mitbestimmungsgesetzen erfaßt⁵⁵⁸.

3. Zusammenfassung

Es bleibt festzuhalten, daß das deutsche Mitbestimmungsrecht weder kollisions- noch sachrechtlich auf eine im Ausland gegründete Gesellschaft, die ihren Sitz in Deutschland nimmt, anwendbar ist. Soweit das Recht des Gründungsstaates der Gesellschaft eine Mitbestimmung vorsieht, ist diese in Deutschland gemäß dem ausländischen Recht durchzuführen.

II. Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Konzern

1. Zugezogene ausländische Gesellschaft als Tochtergesellschaft

Ausgangspunkt der Erörterungen zur Mitbestimmung im internationalen Konzern war die Fallgestaltung einer deutschen Obergesellschaft, die eine einem ausländischen Personalstatut unterworfenen Tochtergesellschaft hat⁵⁵⁹. Die Untersuchung hatte gezeigt, daß das deutsche Mitbestimmungsrecht zwar nicht zur Mitbestimmung der ausländischen Beschäftigten bei der ausländischen Tochtergesellschaft selbst, wohl aber bei der deutschen Obergesellschaft führt. Diese zählen bei der Frage mit, ob die Schwellenwerte zur Mitbestimmung

⁵⁵⁵ Anderer Ansicht *Kamp*, a.a.O. (Fn. 549), dort in Fußnote 38.

⁵⁵⁶ *von Halen*, S. 267 ff.

⁵⁵⁷ Vgl. oben Seite 144 ff.

⁵⁵⁸ Vgl. auch oben Seite 92 f. Mit einer Liste von Inkompatibilitäten *Müller-Bonanni*, GmbHR 2003, 1235 (1237 f.).

⁵⁵⁹ Vgl. oben Seite 38 ff.

*§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren*

erfüllt sind, und haben nach Überschreiten der Schwellenwerte sowohl das aktive wie das passive Wahlrecht.

Dies ist ohne weiteres auf eine in Deutschland residierende Tochtergesellschaft mit einem ausländischen Personalstatut übertragbar. Hier sind sogar die in der Literatur befürchteten praktischen Probleme bei der Durchführung der Mitbestimmung⁵⁶⁰ geringer, werden doch Wahl und Durchführung der Mitbestimmung allein in Deutschland vollzogen.

Dennoch kann auf die in Deutschland als ausländische anerkannte Tochtergesellschaft selbst kein Mitbestimmungsrecht Anwendung finden. Wie gerade festgestellt, sind die Mitbestimmungsgesetze weder kollisionsrechtlich noch sachlich anwendbar. Es bleibt bei der (Konzern-) Mitbestimmung bei der deutschen Obergesellschaft.

2. Ausländische Kapitalgesellschaft als Obergesellschaft

Zu prüfen ist weiter, wie die Konzernmitbestimmung durchzuführen ist, wenn eine ausländische Kapitalgesellschaft mit Sitz in Deutschland eine deutsche Gesellschaft beherrscht.

Der Fall einer im Ausland residierenden Kapitalgesellschaft, die eine deutsche Gesellschaft beherrscht, ist bereits erörtert worden⁵⁶¹. Dabei war festgestellt worden, daß die ausländische Kapitalgesellschaft die deutsche Gesellschaft sowohl faktisch als auch vertraglich beherrschen kann, ohne daß die Mitbestimmung geschützt wird. Die ausländische Gesellschaft muß weder eine Mitbestimmung einführen, noch sind ihre Rechte zur Beherrschung der deutschen Gesellschaft beschränkt,

Wie im vorangegangenen Abschnitt festgestellt, unterliegen in Deutschland residierende ausländische Gesellschaften nicht dem deutschen Mitbestimmungsrecht.

Insofern ist es folgerichtig, die Anwendung der Mitbestimmungsgesetze auch für den Fall zu verneinen, in dem die ausländische Gesellschaft mit Sitz in Deutschland eine deutsche Gesellschaft beherrscht. Auf die ausländische Gesellschaft in Deutschland ist das deutsche Mitbestimmungsrecht weder kollisionsrechtlich anwendbar, noch ist die Gesellschaft sachlich

⁵⁶⁰ Vgl. oben Seite 71 ff.

⁵⁶¹ Vgl. oben Seite 91 ff.

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

von den Grundtatbeständen der Mitbestimmungsgesetze⁵⁶² erfaßt. Insofern kommt es auch nicht zur Konzernzurechnung der Arbeitnehmer gemäß den Konzerntatbeständen⁵⁶³. Es bleibt gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG eine Mitbestimmung und gegebenenfalls Teilkonzernmitbestimmung innerhalb der deutschen Gesellschaft und ihrer etwaigen Tochtergesellschaften.

3. Ausländische Kapitalgesellschaft als Komplementär einer Kommanditgesellschaft

Zu diskutieren ist noch der Fall einer in Deutschland residierenden ausländischen Kapitalgesellschaft als Komplementärin einer deutschen Kommanditgesellschaft. Bei der Diskussion einer im Ausland residierenden Kapitalgesellschaft als Komplementärin war festgestellt worden, daß diese nicht der Mitbestimmung unterliegt und dennoch aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht Komplementärin sein kann⁵⁶⁴. Weiter war festgestellt worden, daß auch die Kommanditgesellschaft selbst von der Mitbestimmung unberührt bleibt⁵⁶⁵.

Diese Ergebnisse sind auf eine in Deutschland residierende ausländische Kapitalgesellschaft, die Komplementärin einer deutschen Kommanditgesellschaft ist, übertragbar. Auf die ausländische Komplementärgesellschaft ist das deutsche Mitbestimmungsrecht kollisions- und sachrechtlich nicht anwendbar⁵⁶⁶. Allein aus dem unterschiedlichen Domizil der ausländischen Komplementärgesellschaft folgt bei den beteiligten Gesellschaften noch keine andere Ableitung der Mitbestimmung.

4. Zusammenfassung

Ist eine im Ausland gegründete und in Deutschland residierende Gesellschaft abhängige Gesellschaft einer deutschen Kapitalgesellschaft, nehmen die Arbeitnehmer der ausländischen Gesellschaft an der unternehmerischen Mitbestimmung in der deutschen Obergesellschaft teil.

⁵⁶² § 1 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 MontanMitbestG, (§ 1 Abs. 1 MontanMitbestErgG), § 1 DrittelbG.

⁵⁶³ § 5 MitbestG, § 2 DrittelbG, § 1 Abs. 4 MontanMitbestG, § 8 Abs. 1 MontanMitbestErgG.

⁵⁶⁴ Vgl. oben Seite 137 ff.

⁵⁶⁵ Vgl. oben Seite 137 ff.

⁵⁶⁶ So auch *Müller-Bonanni*, GmbHR 2003, 1325 (1238 f.).

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

Ist dagegen eine deutsche Gesellschaft von einer in Deutschland residierenden ausländischen Gesellschaft beherrscht, kommt es bei der ausländischen Obergesellschaft zu keiner Konzernmitbestimmung nach deutschem Recht. Die Mitbestimmung richtet sich dort nach dem ausländischen Heimatrecht der Gesellschaft. Die deutsche Gesellschaft kann eine Teilkonzernspitze im Sinne des § 5 Abs. 3 MitbestG sein.

Die in Deutschland residierende ausländische Gesellschaft kann aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht Komplementärgesellschaft einer deutschen Kommanditgesellschaft sein. In diesem Fall kommt es weder bei der ausländischen Gesellschaft noch bei der Kommanditgesellschaft zu speziellen mitbestimmungsrechtlichen Folgen, beide Gesellschaften unterliegen nicht den deutschen Mitbestimmungsgesetzen.

B. Deutsche Gesellschaften im Ausland

Es bleibt die Diskussion des „Wegzugsfalls“, das heißt eine in Deutschland gegründete mitbestimmte Gesellschaft, die ihren Sitz im Ausland nimmt. Auch hier stellt sich die Frage nach den Folgen des Umzuges für die unternehmerische Mitbestimmung.

I. Kollisionsrechtliche Vorfrage

Vorfrage ist zunächst, ob das deutsche Mitbestimmungsrecht nach dem Umzug noch kollisionsrechtlich anwendbar ist. Dies ist der Fall, wenn für die Gesellschaft im ausländischen Sitzstaat ihr deutsches Gründungsstatut, das heißt das Personalstatut, fortgilt. Wie oben festgestellt, ist das Mitbestimmungsrecht nach diesem anzuknüpfen⁵⁶⁷.

Die kollisionsrechtliche Behandlung der weggezogenen deutschen Gesellschaft richtet sich nach dem Internationalen Gesellschaftsrecht des Zuzugs- und Sitzstaates. Hat die deutsche Gesellschaft im europäischen Ausland ihren Sitz genommen, hat das dortige Recht gemäß

⁵⁶⁷ Vgl. oben Seite 40 ff.

*§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren*

dem EuGH die Gesellschaft gemäß ihrer Identität, das heißt im Sinne ihres deutschen Personalstatutes zu behandeln.

Zu prüfen ist damit, ob eine europarechtsbedingte Anknüpfung des Personalstatutes der weggezogenen Gesellschaft im Ausland nach ausländischem Kollisionsrecht zwingend zur Anwendung des deutschen Personalstatutes und damit des deutschen Mitbestimmungsrechtes auf die Gesellschaft führt.

Dafür spricht, daß nach *Überseering* der ausländische Zuzugsstaat das Personalstatut der Gesellschaft im Ganzen und damit einschließlich der Mitbestimmung anerkennen und anwenden muß.

Bevor man so kollisionsrechtlich zur Anwendbarkeit deutschen Mitbestimmungsrechtes kommt, ist allerdings zunächst zu prüfen, ob die Verweisung des ausländischen Kollisionsrechtes auf deutsches Recht als Gründungsrecht überhaupt zur Anerkennung der Gesellschaft im Ausland führt.

Dagegen könnte kollisionsrechtlich sprechen, daß die Verweisung des ausländischen Kollisionsrechtes grundsätzlich als Gesamtrechtsverweisung⁵⁶⁸ und damit auch als Verweisung auf deutsches Kollisionsrecht zu verstehen ist. Folgt man im deutschen Kollisionsrecht weiter der Sitztheorie, käme es zu einer Rückverweisung auf das ausländische Recht. Damit wäre eine Anerkennung der deutschen Gesellschaft im Ausland nur möglich, wenn das ausländische Kollisionsrecht die Rückverweisung nicht annimmt und die Kette der Rückverweisungen durch eine ausnahmsweise Sachrechtsverweisung auf deutsches Recht durchbricht⁵⁶⁹. Ob dies gemäß ausländischem Kollisionsrecht erfolgt, ist abhängig vom jeweiligen ausländischen Recht und kann nicht generell festgestellt werden. Damit führt die deutsche Sitztheorie wenigstens in denjenigen Fällen, in denen das ausländische Kollisionsrecht eine Gesamtrechtsverweisung und nicht ausnahmsweise eine Sachrechtsverweisung macht, zu einem faktischen Wegzugsverbot für deutsche Gesellschaften.

Darüber hinaus könnte der deutschen Gesellschaft nach deutschem Sachrecht die Anerkennung im Ausland zu versagen sein. Diese Auffassung wird teilweise vertreten, wenn die

⁵⁶⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB.

⁵⁶⁹ Vgl. die denkbaren Konstellationen von Hin- und Rückverweisungen bei *Kindler* in MüKo³, IntGesellR, Rn. 378 ff. (389 ff.).

*§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren*

Gesellschaft nicht nur ihren tatsächlichen Verwaltungs-, sondern auch ihren Satzungssitz ins Ausland verlegt. In diesem Fall führe der Wegzug die deutsche Gesellschaft dazu, daß diese nicht mehr unter der notwendigen Kontrolle der deutschen Handelsregistergerichte stehe⁵⁷⁰.

Eine solche Wegzugsbeschränkung könnte gegen die europäische Niederlassungsfreiheit verstoßen. Die Rolle der Niederlassungsfreiheit im Wegzugsfall unterscheidet sich von der im Zuzugsfall. Die Frage, ob eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in einem Wegzugsfall vorlag, hatte der EuGH zum ersten Mal in seiner *Daily Mail* Entscheidung zu prüfen. Der EuGH stellte seinerzeit fest, daß die Niederlassungsfreiheit Gesellschaften nicht das Recht gewähre, aus ihrem Gründungsstaat wegzuziehen⁵⁷¹. Eine Gesellschaft habe ohne ihre nationale Rechtsordnung keine Existenz, entsprechend obliege es dieser Rechtsordnung auch, einen Wegzug zu regeln⁵⁷². Die in dieser Rechtsordnung gesehene Beschränkungen für den Wegzugsfall seien von der Niederlassungsfreiheit nicht erfaßt⁵⁷³.

In jüngerer Zeit hatte der EuGH einen zweiten Wegzugsfall vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit zu entscheiden. In Sachen *Hughes de Lasteyrie du Saillant*⁵⁷⁴ hatte ein französischer Staatsangehöriger seinen Wohnsitz nach Belgien verlegt. Dadurch fielen in Frankreich Steuern, insbesondere auf latente Wertsteigerungen auf den Wertpapierbesitz an, die nicht angefallen wären, hätte der Staatsangehörige seinen Wohnsitz nicht verlegt. Der EuGH entschied, daß diese generelle Schlechterstellung des wegziehenden Steuerpflichtigen in dessen Niederlassungsfreiheit eingreife. Eine Rechtfertigung komme nur in Betracht, wenn der Eingriff ein berechtigtes und mit dem EG-Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolge und durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sei⁵⁷⁵. Dabei müsse aber der Eingriff sowohl geeignet sein, das verfolgte Ziel zu erreichen, wie auch verhältnismäßig sein, das heißt nicht über das Erforderliche hinaus gehen.

⁵⁷⁰ So BayObLG 11.02.2004 - 3 Z BR 175/03 - BB 2004, 570 ff. (= AG 2004, 266 ff.).

⁵⁷¹ EuGH 27.09.1988 a.a.O. (Fn. 501) Rz. 19 ff. (25).

⁵⁷² EuGH 27.09.1988 a.a.O. (Fn. 501) Rz. 19 ff. (19, 20).

⁵⁷³ EuGH 27.09.1988 a.a.O. (Fn. 501) Rz. 19 ff. (23). Anders mit rechtspraktischen Argumenten *Wertenbruch*, NZG 2003, 618 (619 f.).

⁵⁷⁴ EuGH 11.03.2004 - C-9/02 - NJW 2004, 2439 ff.

⁵⁷⁵ EuGH 11.03.2004, a.a.O. (Fn. 505), Rn. 49.

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

Der EuGH befaßt sich in der Entscheidung nicht ausdrücklich mit der Frage, ob die gemäß Art. 43, 48 EGV auf Gesellschaften erstreckte Niederlassungsfreiheit auch deren allgemeine Wegzugsfreiheit schützt. Er nimmt in dem Urteil nicht einmal Bezug auf die Entscheidungen in Sachen *Daily Mail*, *Überseering* oder *Inspire Art*.

Es ist damit offen, ob der EuGH an seiner *Daily Mail* Rechtsprechung zukünftig festhalten wird⁵⁷⁶. Dafür spricht allerdings trotz der Entscheidung *Hughes de Lasteyrie du Saillant* einiges. Das Gericht wiederholt die relevanten Passagen der *Daily Mail*-Entscheidung in der *Überseering*-Entscheidung fast wörtlich, um herauszustellen, daß im *Überseering*-Fall gerade Beschränkungen des Zuzuges relevant seien und das *Daily Mail* Urteil daher nicht herangezogen werden könne⁵⁷⁷. Wollte der EuGH für wegziehende Gesellschaften von *Daily Mail* abweichen, hätte so kurz nach der *Überseering*-Entscheidung in der Sache *Hughes de Lasteyrie du Saillant* eine Klarstellung nahegelegen.

Es ist damit davon auszugehen, daß ein deutsches Wegzugsverbot eine vom EuGH so anerkannte Regelung des nationalen, die Gesellschaft konstituierenden Rechts, ist. Dies ist eine dem Gründungsstaat im Sinne von *Daily Mail* zustehende Aufgabe. Wegen des mit einer Rückverweisung verbundenen Identitätsverlustes der Gesellschaft bedeutet die Rückverweisung aber auch eine Negierung der Niederlassungsfreiheit.

Für eine solche Auslegung spricht auch der Wortlaut des Art. 43 EGV. Dort heißt es wörtlich „Die Beschränkung der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates sind nach Maßgabe der folgenden Vorschriften verboten.“. Gemäß Art. 48 EGV findet diese Niederlassungsfreiheit auch für „nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates“ gegründeten Gesellschaften Anwendung. Der Vertrag schreibt damit keine generelle Wegzugsfreiheit für Kapitalgesellschaften vor. Es gilt allein ein Diskriminierungsverbot für zugezogene Gesellschaften⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Vgl. kritisch *Dubovizkaja*, GmbHR 2003, 694 (696 f.); *Halbhuber*, ZEuP 2003, 418 (429); *Ziemons*, ZIP 2003, 1913 (1919).

⁵⁷⁷ EuGH 05.11.2002, a.a.O. (Fn. 503) Rz. 61 ff.

⁵⁷⁸ So auch *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 409 (411); *von Halen*, WM 2003, 571 (574 f.); *Leible/Hoffmann*, ZIP 2003, 925 (929 f.); *Paefgen*, WM 2003, 561 (567 f.). Anderer Ansicht *Ziemons*, ZIP 2003, 1913 (1919).

*§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren*

Es bleibt festzuhalten, daß die Anwendung der deutschen Sitztheorie durch einen anderen Mitgliedsstaat im Rahmen einer Gesamtrechtsverweisung zur Behandlung einer deutschen Gesellschaft und die daraus folgende Behandlung der Gesellschaft gemäß der Sitztheorie als Gesellschaft des ausländischen Sitzstaates nach seinem Recht nicht gegen die europäische Niederlassungsfreiheit verstößt. Dann wäre das deutsche Mitbestimmungsrecht nicht anwendbar.

Eine solche Beibehaltung der Sitztheorie und die damit verbundene Wegzugsbeschränkung für deutsche Gesellschaften könnte eine unzulässige Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 GG sowie eine Beschränkung der Freizügigkeit der deutschen Gesellschaften gemäß Art. 2 Abs. 1 GG, jeweils in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG sein.

Deutsche Gesellschaften könnten wegen der beschriebenen Wegzugsbeschränkungen gegenüber reisefreien ausländischen Gesellschaften im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG benachteiligt sein. Es ist allerdings fraglich, ob ausländische Gesellschaften deutschen Gesellschaften überhaupt vergleichbar sind. Die jeweils nach anderem Statut gegründeten Gesellschaften unterscheiden sich in ihren Personalstatuten nach der persönlichen und gegebenenfalls beschränkten Haftung ihrer Gesellschafter, in ihrer inneren Organisation und in ihrer Konzernhaftung. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, daß ausländische Gesellschaften im Hinblick auf eine internationale Freizügigkeit deutschen Gesellschaften im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG gleich sind. Weiter ist die Art des Eingriffes zu sehen. Der deutsche Gesetzgeber regelt für die ausländische Gesellschaften nicht den Wegzug. Dafür ist der Gesetzgeber des Gründungsstaates der Gesellschaft zuständig. Er regelt allein den Wegzug „seiner“ Gesellschaften. Damit kommt es schon nicht zu einer Ungleichbehandlung „vor dem Gesetz“, Art. 3 Abs. 1 GG. Es verstieße damit nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, deutschen Gesellschaften den Wegzug aus Deutschland faktisch unmöglich zu machen, gleichzeitig aber die Niederlassung ausländischer Gesellschaften in Deutschland zuzulassen.

Es bleibt die Prüfung einer etwaigen „Ausreisefreiheit“ deutscher Gesellschaften. Diese wäre Ausdruck deren allgemeiner Handlungsfreiheit⁵⁷⁹, die über Art. 19 Abs. 3 GG grundsätzlich

⁵⁷⁹ BVerfG 16.01.1957 - 1 BvR 253/6 - BVerfGE 6, 32 (41 ff.); 14.05.1986 - 2 BvL 2/83 - BVerfGE 72, 200 (245); BVerwG 01.02.1971 - I A 5/69 - NJW 1971, 820 f.

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften,
die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

auch inländischen juristischen Personen zusteht⁵⁸⁰. Die faktische Unmöglichkeit, ihren Sitz aus Deutschland zu verlegen, bedeutet für die Gesellschaften einen Eingriff in ihre Handlungsfreiheit. Als Rechtfertigungsgrund für diesen Eingriff kommt als legitimer Zweck der Schutz der an der Gesellschaft beteiligten Dritten, namentlich Gläubigern, unter ihnen speziell der Fiskus⁵⁸¹, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern in Betracht. Mit Verlegung des Sitzes entzieht sich die Gesellschaft der deutschen öffentlichen Gewalt. Eine Durchsetzung der Rechte genannter Gruppen wird erschwert. Die Wegzugssperre müßte zu deren Schutz verhältnismäßig sein. Zweifellos ist die Wegzugssperre geeignet, genannte Interessengruppen zu schützen. Ein gleich geeignetes milderes Mittel ist auch nicht ersichtlich. So würde ein behördlicher oder registergerichtlicher Genehmigungsvorbehalt nicht geeignet sein, auch zukünftige, im Zeitpunkt der Sitzverlegung noch nicht erkennbare Konflikte zwischen der Gesellschaft und den zu schützenden Gruppen abzuwehren und zu verhindern. Hinzu kommt, daß die Schutzgruppen, anders als die der Gesellschaft, kaum organisiert in einem Genehmigungsverfahren zum Wegzug auftreten können und so gehindert sind, alle Interessen zu artikulieren. Es bleibt die Frage nach der Angemessenheit des Eingriffes. Das in Deutschland seit Anbeginn der Kapitalgesellschaften praktizierte faktische Wegzugsverbot hat bislang zu keinen ersichtlichen Beschränkungen der jeweiligen Gesellschaften geführt. Dies könnte sie aber durch den Zuzug ausländischer Gesellschaften nach Deutschland ändern. Ein Zuzug einer ausländischen Gesellschaft bedeutet, daß sich die Marktsituation einer deutschen Gesellschaft durch das anderweitige, unter Umständen flexiblere ausländische Gesellschaftsrecht des zugezogenen Wettbewerbers ändert. Ein Emigrationsrecht aus Deutschland würde der deutschen Gesellschaft jedoch keinen Vorteil gegenüber der Immigration ausländischer Gesellschaften nach Deutschland verschaffen. Die Beschränkung der Emigration ist daher angemessen.

Zusammenfassend gilt, daß sowohl kollisions- als auch sachrechtliche Beschränkungen, namentlich ein Festhalten an der Sitztheorie für in Deutschland gegründete Gesellschaften,

⁵⁸⁰ BVerfG 20.07.1954 - 1 BvR 459 u.a. /54 - BVerfGE 4, 7 (12, 15 f.) (OHG); 29.07.1959 - 1 BvR 394/58 - BVerfGE 10, 89 (99) (AG und KG); 30.01.1957 - 1 BvR 94/57 - BVerfGE 10, 221 (225) (eV); 14.12.1965 - 1 BvR 413, 416/60 - BVerfGE 19, 206 (215 f.) (GmbH); 25.01.1984 - 1 BvR 272/81 - BVerfGE 66, 116 (130) (AG). Aus der Literatur *di Fabio* in *Maunz/Dürig*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 10 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG; *Rüfner*, AöR Bd. 89 (1964), 261 (280 ff.).

⁵⁸¹ So war Anlaß der *Daily Mail* Entscheidung ein Zustimmungserfordernis des englischen Finanzministeriums zum Wegzug, EuGH 27.09.1988 a.a.O. (Fn. 501).

§ 7. Unternehmerische Mitbestimmung in Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

möglich sind. Folge dessen ist, daß das Recht des ausländischen Sitzstaates einer emigrierten Gesellschaft diese im Falle einer Gesamtrechtsverweisung gemäß dem deutschen Kollisionsrecht, das gemäß dem Gründungsort der Gesellschaft berufen ist, behandeln muß. Gemäß dessen Sitztheorie gilt die Gesellschaft als aufgelöst und muß gegebenenfalls als Personengesellschaft betrachtet werden.

Sollte das ausländische Kollisionsrecht die deutsche Gesellschaft nicht im Wege einer Gesamtrechtsverweisung, sondern einer Sachrechtsverweisung behandeln, hätte die Gesellschaft dagegen weiter in der in Deutschland gegründeten Form Bestand. Dementsprechend bestünde nach einem Umzug in den Zuzugsstaat die deutsche unternehmerische Mitbestimmung fort. Etwas anderes gilt, wenn die Gesellschaft auch ihren Satzungssitz ins Ausland verlegt, da die Gesellschaft dann keinen inländischen Satzungssitz mehr hat.

Rechtspolitisch ist dies kritisch zu betrachten. Die Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften soll gerade dem Wettbewerb der Gesellschaftsrechte dienen. Das deutsche Gesellschaftsrecht hat in diesem Wettbewerb erhebliche Nachteile, wenn es allein in Deutschland praktiziert werden kann. Die Attraktivität einer Gesellschaftsrechtsordnung steigt für Gesellschaftsgründer mit ihrer Flexibilität. Das deutsche Recht beschränkt sich durch seine Starrheit hier selbst.

II. Sachrecht

Sollte das ausländische Kollisionsrecht eines Zuzugsstaates auf die deutsche Gesellschaft deutsches Sachrecht anwenden und danach die Gesellschaft im Ausland anzuerkennen sein, ist die Mitbestimmung nach dem dann anwendbaren deutschen Unternehmensmitbestimmungsrecht problemlos. Fällt die Gesellschaft unter die Grundtatbestände der Mitbestimmungsgesetze, ist bei dieser die Mitbestimmung durchzuführen⁵⁸². Dabei kommt es auch zur Konzernmitbestimmung, wenn die deutsche Gesellschaft im Ausland wieder Tochtergesellschaften nach dem ausländischen Recht hat.

⁵⁸² Oben Seite 52 ff. (81).

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

Der im Jahre 2001 nach jahrzehntelanger Diskussion gefundene Kompromiß zur Europäischen Aktiengesellschaft⁵⁸³ war bereits verschiedentlich Gegenstand der Untersuchung⁵⁸⁴. Die Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer in dieser Gesellschaft sollen die Sozialpartner im Unternehmen aushandeln. Den Rahmen dazu gibt die Richtlinie des Rates Nr. 2001/86/EG vor. Das deutsche Gesetz zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft hat diese in deutsches Recht umgesetzt⁵⁸⁵.

Sowohl die Verordnung zum Statut der SE, als auch die Richtlinie zur Durchsetzung einer Beteiligung der Arbeitnehmer in dieser sind in der Literatur eingehend vorgestellt und ihre Umsetzung in nationales Recht diskutiert worden⁵⁸⁶. Diese Darstellung bedarf hier keiner vollständigen Wiederholung⁵⁸⁷. Im Folgenden sollen die mitbestimmungsrechtlichen Folgen der Supranationalität der SE sowie deren konzernmäßige Verflechtung mit anderen deutschen Gesellschaften oder SE eingegangen werden.

⁵⁸³ Verordnung des Rates vom 08.10.2001 Nr. 2157/2001, Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001. Darstellend dazu *Heinze*, ZGR 2002, 66 ff.; *Hirte*, NZG 2002, 1 ff.

⁵⁸⁴ Oben Seite 31 ff., 64 ff.

⁵⁸⁵ Gesetz vom 22.12.2004, BGBl. I, 3675 ff. Vgl. *Neye/Teichmann*, AG 2003, 169 ff.

⁵⁸⁶ Vgl. *Bayer*, BB 2004, 1 ff.; *Blanquet*, ZGR 2002, 20 ff.; *Brandes*, AG 2004, 177 (184); *Brandt*, Special zu BB 2005 Nr. 2 zu Heft 8, S. 1 ff.; *Grobys*, NZA 2005, 84 ff.; *Habersack*, ZGR 2003, 724 ff.; *ders.*, NZG 2004, 1 ff.; *Heinze*, ZGR 2002, 66 ff.; *Hirte*, NZG 2002, 1 ff.; *Hommelhoff*, AG 2001, 279; *ders.*, AG 2003, 179 ff.; *Ihrig/Wagner*, BB 2004, 1749 ff.; *Jahn/Herfs-Röttgen*, DB 2001, 631; *Kämmerer/Veil*, ZIP 2005, 369 ff.; *Köstler* in *Theisen/Wenz*, S. 301 ff.; *ders.*, ZGR 2003, 800 ff.; *Kübler*, ZHR 2003, 222 ff.; *Lutter*, BB 2002, 1; *Maul*, ZGR 2003, 743 ff.; *Müller-Bonanni/Beauregard*, GmbHR 2004, 195 ff.; *Nagel*, NZG 2004, 833 ff.; *Neye*, ZGR 2002, 377 ff.; *Oechsler*, AG 2005, 373 (376 f.); *Oetker*, Special zu BB 2005, Heft 2, S. 2 ff.; *Pluskat*, EuZW 2001, 524; *Rechert/Brandes*, ZGR 2003, 767 ff.; *Rehberg*, ZGR 2005, 859 ff.; *Teichmann*, ZGR 2002, 383 ff.; *ders.* ZGR 2003, 367 ff.; *ders.*, BB 2004, 53 ff.; *Wissmann*, FS für *Wiedemann*, 685 ff.; *Wollburg/Banerjea*, ZIP 2005, 277 ff. sowie die weiteren Nachweise oben in Fn. 116.

⁵⁸⁷ Vgl. schon den Abriß oben Seite 64 ff. sowie die soeben zitierte Literatur in Fn. 586.

A. Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft

Im Rahmen der Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft, der Verhandlung der Mitbestimmung und der Durchführung der Mitbestimmung ergeben sich verschiedene Fragestellungen, denen im folgenden nachgegangen werden soll.

I. Verhandlungen zu einer Mitbestimmungsvereinbarung

1. Kollisionsrechtliche Vorfrage

Die Mitbestimmung in der SE bestimmt sich nach den nationalen Umsetzungsgesetzen zur Richtlinie Nr. 2001/86/EG. Dies führt dazu, daß kollisionsrechtlich das auf die jeweilige SE anwendbare Ausführungsgesetz zur Richtlinie zu ermitteln ist. Zu dessen Bestimmung bieten sich der tatsächliche Verwaltungssitz, der Satzungssitz oder der Gründungsort der Gesellschaft an.

Gemäß der Verordnung Nr. 2157/2001 ist das auf die SE anwendbare Recht grundsätzlich nach deren „Sitzstaat“ zu bestimmen⁵⁸⁸. Der Gemeinschaftsgesetzgeber unterstreicht in Erwägungsgrund Nr. 27, daß er sich damit nicht allgemein für die Sitztheorie entschieden habe und erkennt, etwa in Art. 5 Abs. 5 der Verordnung, Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren, grundsätzlich als Gründergesellschaften an. Dennoch ist für die SE die Sitztheorie maßgeblich⁵⁸⁹.

Der für die Anknüpfung am Sitz der Gesellschaft maßgebliche Ort ist dabei der Satzungssitz. Gemäß Art. 7 der Verordnung soll, beziehungsweise muß dort auch der Verwaltungssitz liegen. Sollte der Verwaltungssitz dem zuwider an einem anderen Ort, insbesondere einem anderen Mitgliedsstaat liegen, treffen die Gesellschaft die von den nationalen Gesetzgebern in den Durchführungs- und Ausführungsgesetzen festzusetzenden Sanktionen⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Art. 9 Abs. 1 lit. c.ii und c.iii der Verordnung.

⁵⁸⁹ Vgl. *Schindler*, S. 47 ff.

⁵⁹⁰ So auch *Wenz* in *Theisen/Wenz*, S. 204 ff.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

Diese Entscheidung für die Sitztheorie mag auf den ersten Blick der vom EuGH in den *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art-Entscheidungen*⁵⁹¹ bekräftigten Niederlassungsfreiheit widersprechen. Bei genauerer Betrachtung stellt sich aber heraus, daß die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eine im Sinne der *Daily Mail* Rechtsprechung⁵⁹² zulässige Wegzugsbeschränkung ist.

Weiter hat sich der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Ausgestaltung der SE auf der Ebene sekundären Gemeinschaftsrechtes dafür entschieden, der Gesellschaft zwar die Möglichkeit zu gewähren, identitätswahrend den Satzungssitz verlegen zu können (Art. 8 der Verordnung), dabei die Gesellschaft aber den jeweiligen nationalen Durchführungs- und Ausführungsgesetzen gemäß ihrem Sitz unterworfen.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber, als der die Gesellschaft konstituierende und ausgestaltende Gesetzgeber, hat die Kompetenz, die Gesellschaft mit dieser „Behinderung“ auszugestalten. Diese beschränkt deren Niederlassungsfreiheit zwar in praktischer Hinsicht insoweit, als daß ein forum shopping uninteressant werden kann.⁵⁹³ Im Sinne der *Daily Mail* handelt es sich aber um eine hinzunehmende Einschränkung durch den die Gesellschaftsform zur Verfügung stellenden Gesetzgeber.

Ob der EuGH aufgrund dieser Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers seine neuere Rechtsprechung in Frage stellen wird, ist nicht absehbar. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat sich gemäß Erwägungsgrund Nr. 27 ausdrücklich weder für die Sitz- noch für die Gründungstheorie im allgemeinen entscheiden wollen. Auch kann die kollisionsrechtliche Behandlung einer ihren Sitz verlegenden SE nicht ohne weiteres auf ihre Sitz verlegende nationale Gesellschaften übertragen werden. Dank der gemeinschaftsweit einheitlich geltenden Verordnung Nr. 2157/2001 bedarf es für die SE keinen Identitätsschutz bei einer Sitzverlegung, wie ihn die Gründungstheorie nationalen Gesellschaften bietet.

⁵⁹¹ EuGH 09.03.1999 - Rs C-212/97 - NJW 1999, 2027 „Centros“; 05.11.2002 - Rs C-208/00 - AG 2003, 27 und BGH 13.03.2003 - VII ZR 370/98 - ZIP 2003, 718 (719 f.) „Überseering“; EuGH 30.09.2003 - RS. C-167/01 - ZIP 2003, 1885 ff. „Inspire Art“. Vgl. die Darstellung dazu oben Seite 144 ff.

⁵⁹² EuGH 27.09.1988 - Rs 81/87 - NJW 1989, 2186 „Daily Mail“. Vgl. auch EuGH 11.03.2004 - C-9/02 - NJW 2004, 2439 ff. „Hughes de Lasteyrie du Saillant“ und die Ausführungen dazu oben, Seite 159 f.

⁵⁹³ Vgl. zum „Marktwert“ der Mitbestimmung beim forum shopping *Roth*, ZGR 2005, 348 (360 ff.).

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers in das SEBG übernommen. Gemäß seinem § 3 Abs. 1 Satz 1 findet das Gesetz nur auf Gesellschaften mit Sitz im Inland Anwendung. Soweit es um Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer oder von der SE-Gründung betroffener Gesellschaften geht, findet das Gesetz auf Arbeitnehmer im Inland oder betroffene Gesellschaften im Inland Anwendung (§ 3 Abs. 1 Satz 2 SEBG).

2. Wahl der besonderen Verhandlungsgremiums

Die Richtlinie, und dementsprechend auch das deutsche SEBG, sehen vor, daß die Arbeitnehmer nach Bekanntgabe des Verschmelzungs- beziehungsweise Gründungsplanes das besondere Verhandlungsgremium zur Verhandlung einer Mitbestimmungsvereinbarung wählen beziehungsweise bestellen (Art. 3 ff. Richtlinie Nr. 2001/86/EG, §§ 4 ff. SEBG). Die Wahl erfolgt durch die Arbeitnehmer der Gründungsgesellschaften sowie der „betroffenen“ Tochtergesellschaften und Betriebe (Art. 3 Abs. 1 Richtlinie, § 5 SEBG).

a. Wahlberechtigung der Arbeitnehmer im europäischen Konzern

Bei der Ermittlung der zum besonderen Verhandlungsgremium wahlberechtigten Arbeitnehmer sind die „betroffenen“ Tochtergesellschaften und Betriebe im Sinne von § 5 SEBG (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie) zu ermitteln. Dies sind zumindest die im Rahmen der SE-Gründung auf die SE übergehenden Gesellschaften und Betriebe. Darüber hinaus könnten aber auch weitere Konzerngesellschaft, zum Beispiel Enkelgesellschaften, „betroffen“ sein.

„Betroffene“ Tochtergesellschaften sind gemäß § 2 Abs. 4 SEBG (Art. 2 lit. d der Richtlinie) Gesellschaften, die nach Gründung der SE deren Tochtergesellschaften sind. Damit könnten auch die Arbeitnehmer in Enkelgesellschaften der SE, das heißt den Tochtergesellschaften der nachgeordneten Konzernebenen, im Sinne einer Konzernmitbestimmung oder Konzernzurechnung an der Wahl und Bestellung des besonderen Verhandlungsgremiums zu beteiligen sein.

Weder die Richtlinie noch das SEBG befassen sich explizit mit den über Tochtergesellschaften hinausgehenden Konzernverbindungen einer SE. Die Richtlinie Nr. 94/45/EG vom

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

22.09.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrates⁵⁹⁴ und das deutsche Umsetzungsgesetz definieren ihren Anwendungsbereich auf gemeinschaftsweit tätige Unternehmen und *Unternehmensgruppen*, womit Gesellschaften aller Konzernebenen erfaßt sind⁵⁹⁵. Dieser Anwendungsbereich könnte auf die SE-Richtlinie übertragbar seien.

Gegen eine solche Übertragung spricht allerdings die grundsätzlich verschiedene Anlage von unternehmerischer Mitbestimmung und der auf die Konzernspitze erhobenen betrieblichen Mitbestimmung des Europäischen Betriebsrates. Die unternehmerische Mitbestimmung dient der Einbeziehung der Arbeitnehmer in die unternehmerische Entscheidung. Funktionell erfolgt dies durch die teilweise Besetzung der Entscheidungsorgane durch Arbeitnehmervertreter. Die betriebliche Mitbestimmung dient der Sicherung der sozialen Belange der Arbeitnehmer in den Betrieben beziehungsweise der daraus entstehenden personellen und wirtschaftlichen Belangen. Sie erfolgt durch Aufstellung eines Konsultationsorganes für die Gesellschaft beziehungsweise den Arbeitgeber in Form eines Betriebsrates.

In der SE liegt jedoch bezüglich der Ausgestaltung der Mitbestimmung ein Sonderfall vor. Die Mitbestimmung wird gemäß § 1 Abs. 2 SEBG (Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie) als Teil der Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer geregelt. Die „Beteiligung der Arbeitnehmer“ bedeutet dabei nach § 2 Abs. 8 SEBG (Art. 2 lit. h der Richtlinie) jedes Verfahren einschließlich der Unterrichtung, Anhörung und Mitbestimmung, durch das die Vertreter der Arbeitnehmer auf die Beschlußfassung innerhalb der Gesellschaft Einfluß nehmen können. Die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer sind auf europarechtlicher Ebene aber gerade der Aufgabenbereich des Europäischen Betriebsrates (§ 1 EBRG, Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 94/45/EG). Entsprechend der Einbeziehung der europäischen betrieblichen Mitbestimmung in die Verhandlungen zur Mitbestimmungsvereinbarung ist bei der SE grundsätzlich kein weiterer Europäischer Betriebsrat zu bilden, wenn nicht die Parteien etwas anderes vereinbaren (Erwägungsgrund 14 der Richtlinie Nr. 2001/86/EG, §§ 16, 47 Abs. 1 lit. b SEBG).

Der Europäische Betriebsrat geht damit grundsätzlich in der allgemeinen Mitbestimmungsvereinbarung auf. Dann muß das die Mitbestimmungsvereinbarung aushandelnde besondere Verhandlungsgremium auch das Mandat haben, für alle im Europäischen Betriebsrat re-

⁵⁹⁴ Amtsblatt Nr. L 254 vom 30.09.1994, S. 64 ff.

⁵⁹⁵ Vgl. die Darstellung des Europäischen Betriebsrates oben Seite 30 f.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

präsentierten Arbeitnehmer in der Unternehmensgruppe der SE, das heißt einschließlich der Enkelgesellschaften, zu verhandeln. Diese Legitimation kann nur aus einer unternehmensgruppenweiten Wahl und Bestellung des Gremiums erfolgen.

Hinzu kommt, daß es wertungswidersprüchlich wäre, den Arbeitnehmern in durch die SE-Gründung betroffenen Tochtergesellschaften, nicht aber in den von diesen beherrschten Enkelgesellschaften ein Mitbestimmungsrecht zuzubilligen. Vor Gründung der SE war die Enkelgesellschaft von der fraglichen Tochtergesellschaft beherrscht, die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer auf Ebene der Tochtergesellschaft bestimmten sich nach dem jeweiligen nationalen Recht. Durch Transfer der Leitungsmacht von der Tochtergesellschaft auf die SE sollte den Arbeitnehmern in der Enkelgesellschaft die Mitbestimmung auf der Ebene des Sitzes der Leitungsmacht nicht entwertet werden.

Daraus folgt, daß alle Arbeitnehmer in den von der SE direkt oder mittelbar durch nationale Tochtergesellschaften beherrschten Gesellschaften von der Gründung der SE „betroffen“ sein können. Sie sind damit grundsätzlich zum besonderen Verhandlungsgremium wahlbeziehungsweise bestellungsberechtigt.

b. Wahlberechtigung außereuropäischer Arbeitnehmer

Im nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob auch Arbeitnehmer in nicht in Europa belegenen, von der SE-Gründung betroffenen Tochtergesellschaften wahl- oder bestellungsberechtigt sind. Außereuropäische Gesellschaften können gemäß Art. 2 Verordnung Nr. 2157/2001 keine Gründergesellschaften einer SE sein. Dennoch können außereuropäische Arbeitnehmer durch Übergang der Leitungsmacht über „ihre“ Gesellschaft auf die SE von deren Gründung betroffen sein.

Weder die Verordnung Nr. 2157/2001 noch die Richtlinie Nr. 2001/86/EG definieren ihren territorialen Anwendungsbereich. Die Definition des § 3 SEBG befaßt sich ebenfalls nicht mit der Frage, ob außereuropäische Arbeitnehmer an der Mitbestimmung teilnehmen. Möglicherweise folgt aber aus den Vorschriften zur Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums, daß nur Arbeitnehmer aus den Mitgliedsstaaten das besondere Verhandlungsgremium bilden und so nur diese an der Mitbestimmung teilnehmen. Gemäß Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie ist das Gremium als Vertretung der Arbeitnehmer der betroffenen Gesellschaften zu bilden, wobei nur sichergestellt werden muß, daß die verschiedenen Mit-

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

gliedsstaaten, Unternehmen oder Betriebe entsprechend bestimmten Quoten repräsentiert sind. Die Richtlinie regelt nicht, ob darüber hinaus nicht auch außereuropäische Arbeitnehmer das Gremium wählen können.

Das deutsche Umsetzungsgesetz ist diesbezüglich konkreter. Gemäß § 5 Abs. 1 SEBG sind für „die in jedem Mitgliedsstaat beschäftigten Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betriebe“ Mitglieder in das besondere Verhandlungsgremium zu wählen. Das deutsche Gesetz macht damit die Mindestanforderung der Richtlinie (dort Art. 3 Abs. 2: „sicherzustellen“) zur Regel. Zusätzliche Mitglieder zum Verhandlungsgremium sind nur im Rahmen des § 5 Abs. 2 SEBG im Falle der Verschmelzung vorgesehen, wobei deren Anzahl durch Abs. 3 begrenzt ist. Dies spricht dafür, die deutschen Vorschriften zur Bildung des Verhandlungsgremiums als abschließend anzusehen. Damit sind außereuropäische Arbeitnehmer gemäß dem Wortlaut des SEBG von der Verhandlung über die Mitbestimmung in der SE ausgeschlossen.

Dieses Ergebnis widerspricht der offenen Regelung des übrigen deutschen Mitbestimmungsrechtes, das, nach hier vertretener Auffassung, auch außereuropäische Arbeitnehmer in die Mitbestimmung bei einer deutschen Konzernobergesellschaft einbezieht. Auch widerspricht es dem Sinn und Zweck der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE. Es ist nicht ersichtlich, warum nur Arbeitnehmer in den Mitgliedsstaaten, nicht aber außereuropäische Arbeitnehmer mitbestimmen sollen. Insofern sei auf die Diskussion des deutschen Mitbestimmungsrechtes verwiesen⁵⁹⁶.

Dennoch ist angesichts des Wortlautes des SEBG davon auszugehen, daß die außereuropäischen Arbeitnehmer bei der Verhandlung der Mitbestimmung einer dem deutschen SEBG unterliegenden SE ausgeschlossen sind. Da die Beteiligung der außereuropäischen Arbeitnehmer nicht ausdrücklich in die Richtlinie aufgenommen ist, ist dabei davon auszugehen, daß das SEBG richtlinienkonform ist.

c. Zusammenfassung

Es bleibt festzuhalten, daß gemäß § 5 SEBG (Art. 3 Abs. 1 Richtlinie) alle Arbeitnehmer in den von den Gründergesellschaften beherrschten nationalen Gesellschaften in den Mit-

⁵⁹⁶ Oben Seite 40 ff.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

gliedsstaaten zum besonderen Verhandlungsgremium wahlberechtigt sind. Dies umfaßt Gesellschaften aller Konzernebenen. Arbeitnehmer außerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft sind ausgeschlossen.

3. Funktion des Verhandlungsgremiums

Die Verhandlungsposition dieses Gremiums ist in verschiedener Hinsicht stark. Der Abschluß der Mitbestimmungsvereinbarung erfordert jedenfalls die absolute Mehrheit der Stimmen im Gremium. Ein höheres Quorum ist unter Umständen erforderlich, wenn die Vereinbarung die Mitbestimmung in der SE gegenüber den Gründungsgesellschaften mindern soll. Dies ist bereits der Fall, wenn der Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan, in dem die Mitbestimmung angesiedelt ist (Art. 2 lit. k Richtlinie Nr. 2001/86/EG), geringer ist als in einer der Gründergesellschaften. Ist eine deutsche Gesellschaft beteiligt, heißt dies entweder ein Drittel nach dem DrittelG oder die nahezu paritätische Besetzung gemäß dem MitbestG (§ 15 Abs. 3 und 4 SEBG, Art. 3 Abs. 4 letzter Satz Richtlinie Nr. 2001/86/EG). Im Falle einer solchen Minderung der Mitbestimmung müssen zwei Drittel der Arbeitnehmervertreter zustimmen und dabei wenigstens Arbeitnehmer aus zwei Gründerstaaten repräsentieren, wenn die Gemeinschaft der Gründergesellschaften bereits „mitbestimmungsgeprägt“ ist. Ist dies nicht der Fall, genügt zur Minderung der Mitbestimmung die allgemein erforderliche absolute Mehrheit. Die Gemeinschaft der Gründergesellschaften ist im Falle einer Verschmelzung mitbestimmungsgeprägt, wenn 25% der Arbeitnehmer der Gründergesellschaften mitbestimmen. Im Falle einer Holding- oder Tochtergründung der SE wird die Mitbestimmungsprägung erst ab 50% Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Gründergesellschaften angenommen (§ 15 Abs. 3 SEBG, Art. 6 Abs. 4 Richtlinie Nr. 2001/86/EG).

II. Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung

Die Richtlinie Nr. 2001/86/EG und das SEBG belassen den Parteien im besonderen Verhandlungsgremium zum Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung grundsätzlich ihre „Autonomie“ und schreiben nur eine Reihe von notwendigen Teilen der Mitbestimmungsvereinbarung, wie den Geltungsbereich und die Durchführung der Mitbestimmung, vor (§ 21 SEBG, Art. 4 Abs. 2 Richtlinie). Inhaltlich bestehen jedoch kaum Vorgaben für die Mitbestimmungs-

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

vereinbarung. Es stellt sich damit die Frage nach der Reichweite des Verhandlungsmandates der Sozialpartner in der SE.

1. Verhandlungsautonomie von besonderem Verhandlungsgremium und Geschäftsleitung

Im Rahmen der „Autonomie“ der Parteien für die Mitbestimmungsvereinbarung kommen verschiedene Regelungsgegenstände in Betracht. Über rein mitbestimmungsorganisatorische Fragen hinweg sind zum Beispiel Zugeständnisse in der Mitbestimmung gegen Beschäftigungsschutzabreden zugunsten einzelner Gründergesellschaften oder Lohn- und Gehaltszusagen denkbar.

Dem steht allerdings das von § 4 Abs. 1 Satz 2 SEBG und Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie umschriebene Mandat des besonderen Verhandlungsgremiums entgegen. Danach ist das Gremium allein legitimiert, „in einer schriftlichen Vereinbarung die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE“ festzulegen. Auch sprechen Sinn und Zweck des Modelles der Mitbestimmungsvereinbarung gegen die Zulassung nichtmitbestimmungsbezogener Zugeständnisse der Geschäftsleitung. Das Konstrukt der Mitbestimmung nach Vereinbarung soll es gemäß dem *Davignon*-Bericht erlauben, die in der Gemeinschaft bestehenden sehr unterschiedlichen Mitbestimmungsmodelle, zwischen denen ein gesetzlicher Kompromiß unmöglich ist, zugunsten einer neuen, auf die Unternehmensstruktur und den umgebenden Wirtschaftssektor angepaßte Regelung aufzubrechen⁵⁹⁷. Hinzu kommt die Gefahr, daß sich die Arbeitnehmervertreter im Rahmen der Gründung der SE ihre Mitbestimmungsrechte gegen kurzfristig günstig erscheinende Vergünstigungen „abkaufen“ lassen.

Umgekehrt kann auch die Geschäftsleitung durch die Arbeitnehmer ausgenutzt werden. Kommt keine Mitbestimmungsvereinbarung zustande, gelten die Auffangregeln des Anhanges der Richtlinie beziehungsweise §§ 22 ff. und 34 ff. SEBG. Ist eine deutsche Gesellschaft an der Gründung der SE beteiligt, bedeutet dies eine Mitbestimmung der SE nach deutschem Mitbestimmungsrecht. Dies gibt den Arbeitnehmervertretern eine starke Verhandlungsposition, die auch dazu ausgenutzt werden kann, der Geschäftsleitung Abschlüsse abzurufen, die für diese ungünstig sind. So ist die Forderung der Arbeitnehmer denkbar,

⁵⁹⁷ *Davignon*-Bericht, Rz. 41 ff., abgedruckt in BR-Drucks. 572/97.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

einer Drittel- statt Halbparität gegen die Zusage einer Kündigungssperre für einen bestimmten Zeitraum zuzustimmen. Dies entspricht nicht der Motivation des Verhandlungsmodelles, den Sozialpartnern die Gelegenheit zu geben, eine für „ihre“ SE maßgeschneiderte Mitbestimmung zu entwerfen.

Es bleibt damit festzuhalten, daß Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung nur Abreden über die Organisation der Mitbestimmung sein können. Treffen die Verhandlungspartner darüber hinaus gehend Abreden, sind diese mangels Mandat unwirksam. Soweit die Arbeitnehmer als Gegenleistung eine Minderung von Mitbestimmungsrechten hingenommen haben, ist die Mitbestimmung nach den Auffangregeln mitbestimmt. Zur Gewährleistung von Rechtssicherheit ist allerdings von einem Anspruch der Gesellschaft auf ein Nachverhandeln der Mitbestimmungsvereinbarung auszugehen.

2. Ausschluß der Mitbestimmung durch Mitbestimmungsvereinbarung?

Im Rahmen der möglichen Mitbestimmungsvereinbarungen kommt auch ein Ausschluß der Mitbestimmung in Betracht. Diese Frage geht der in der Literatur diskutierten Frage von mitbestimmungsfreien Ausschüssen⁵⁹⁸ noch voraus⁵⁹⁹.

Für die Abdingbarkeit der Mitbestimmung spricht, daß Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung gemäß § 21 Abs. 1 lit. a SEBG (Art. 4 Abs. 2 lit. a der Richtlinie) auch der „Geltungsbereich der Vereinbarung“ ist. Hinzu kommt, daß den Parteien ausdrücklich ihre Autonomie belassen ist (§ 21 Abs. 1 SEBG, Art. 4 Abs. 2 S. 1) und, unter Voraussetzung einer Zweidrittelmehrheit, ein Weniger an Mitbestimmung möglich ist (§ 15 Abs. 3 SEBG, Art. 3 Abs. 4)⁶⁰⁰. Ein solches Weniger umfaßt nach dem Wortlaut auch den Ausschluß der Mitbestimmung bei der SE. Die Erwägungen zur Richtlinie gehen ebenfalls in diese Richtung und halten die Mitbestimmung für ausschließbar:

⁵⁹⁸ Gruber/Weller, NZG 2003, 297 (300 f.).

⁵⁹⁹ Noch weitergehend Lange, EuZW 2003, 301 (304), der davon ausgeht, daß das nach der Richtlinie nicht abdingbare Verfahren zum besonderen Verhandlungsgremien die Arbeitnehmer bereits „knebele“. Das deutsche Ausführungsgesetz müsse die Durchführung des besonderen Verhandlungsgremiums dispositiv ausgestalten.

⁶⁰⁰ Im Einzelnen oben Seite 171 f.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

„Sofern und soweit es in einer oder mehrere der an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften Mitbestimmungsrechte gibt, *sollten* sie durch Übertragung an die SE nach deren Gründung erhalten bleiben, *es sei denn, dass die Parteien etwas anderes beschließen*“ (Erwägungsgrund 7, Hervorhebung durch Verfasser).

Demgegenüber sind aber auch Sinn und Zweck der Richtlinie zu sehen. Nach den Erwägungen zur Verordnung Nr. 2157/2001⁶⁰¹ soll mit der Richtlinie den Arbeitnehmern das Recht gewährleistet werden, bei den den Geschäftsverlauf betreffenden Fragen und Entscheidungen beteiligt zu werden (Erwägungsgrund 21). Hiervon geht der der Verordnung und der Richtlinie vorangegangene *Davignon*-Bericht aus. Dort heißt es wörtlich:

„Durch die Globalisierung der Wirtschaft und die besondere Stellung der europäischen Industrie werden in der Tat grundlegende Fragen aufgeworfen, was das Verhältnis der Kräfte der Sozialpartner im Unternehmen angeht. Die Arbeitskräfte ... können nicht einfach als Empfänger von Anweisungen gesehen werden, die vom Arbeitgeber diktiert werden. Dieses Konzept der Arbeitnehmerschaft setzt eine enge, ständige Beteiligung am Entscheidungsprozeß auf allen Unternehmensebenen voraus“⁶⁰².

Dennoch hat sich der Gemeinschaftsgesetzgeber dafür entschieden, den Verhandlungspartnern keine Mindestanforderungen für die Mitbestimmung vorzuschreiben. Dies steht im Einklang mit dem *Davignon*-Bericht⁶⁰³. Es ist nicht ersichtlich, daß dann ein Ausschluß der Mitbestimmung nicht möglich sein solle. Zwar zielt die Richtlinie auf eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer ab, insbesondere wenn sie bereits in den Gründergesellschaften angelegt ist, dennoch soll die Mitbestimmung durch ihr Verhandlungsmodell gerade auch Flexibilität gewährleisten⁶⁰⁴. Sind die Mehrheit oder gegebenenfalls Zweidrittel der Arbeitnehmervertreter im besonderen Verhandlungsgremium davon überzeugt, es sei für die Arbeitnehmer interessengerecht, daß die SE nicht mitbestimmt sei, dann ist diese Entscheidung hinzunehmen. Die Richtlinie räumt dem besonderen Verhandlungsgremium gerade den Beurteilungsspielraum ein, zu entscheiden, ob und wieviel Mitbestimmung für die einzelne SE „richtig“ ist. Die Gefahr, daß die Arbeitnehmer zu einer Abbedingung der Mitbestimmung durch die Geschäftsleitung genötigt werden könnten, besteht nicht, da das Gremium durch ein schlichtes Nein zu jeder Vereinbarung die Anwendung der Auffangregeln herbeiführen kann. Diese

⁶⁰¹ Verordnung des Rates vom 08.10.2001 Nr. 2157/2001, Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001. Darstellend dazu *Heinze*, ZGR 2002, 66 ff.; *Hirte*, NZG 2002, 1 ff.

⁶⁰² *Davignon*-Bericht, Rz. 19, abgedruckt in BR-Drucks. 572/97, S. 4.

⁶⁰³ *Davignon*-Bericht, Rz. 56 ff., in BR-Drucks. 572/97 S. 13 ff.

⁶⁰⁴ Vgl. Erwägungsgrund 5 der Richtlinie sowie *Davignon*-Bericht, Rz. 41 ff., in BR-Drucks. 572/97 S. 10 ff.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

ordnen bei Beteiligung einer deutsche Gesellschaft an der SE-Gründung eine starke Mitbestimmung der SE an.

Festzuhalten bleibt damit, daß das Verhandlungsgremium auch die Mitbestimmung in der SE ausschließen kann.

3. Ausschluß einzelner Arbeitnehmergruppen von der Mitbestimmung?

Ausgehend von der Zulässigkeit einer Mitbestimmungsvereinbarung, die jede Mitbestimmung ausschließt, ergibt sich die Frage, ob auch der Ausschluß einzelner Arbeitnehmergruppen, wie zum Beispiel der Arbeitnehmer in einem bestimmten Mitgliedsstaat oder der Arbeitnehmer in den von der SE beherrschten Gesellschaften, das heißt die Konzernmitbestimmung, möglich ist.

Dafür spricht, daß wenn die Mitbestimmung im Ganzen abbedungen werden kann, der Ausschluß einzelner, durch das besondere Verhandlungsgremium vertretenen Arbeitnehmergruppen möglich sein muß. Auch ist der „Geltungsbereich“ der Mitbestimmungsvereinbarung ausdrücklich in derselben zu vereinbaren (Art. 4 Abs. 2 lit. a der Richtlinie).

Demgegenüber stellt sich aber die Frage nach einem Minderheitenschutz der ausgeschlossenen Arbeitnehmer im Sinne eines Gleichbehandlungsgrundsatzes. Da Minderheiten nur einzelne Vertreter in das Verhandlungsgremium entsenden, werden sie regelmäßig nicht die Sperrminorität von einem Drittel bis zur Hälfte der Stimmen aufbringen können.

Der Schutz der Arbeitnehmer vor drohenden Diskriminierungen könnte ein generelles Verbot, einzelne Arbeitnehmergruppen von der Mitbestimmung auszuschließen, rechtfertigen. Dazu stellt sich die Frage, wie ein Minderheitenschutz inhaltlich ausgestaltet werden könnte. Entweder müßte man ein generelles Verbot des Ausschlusses von Arbeitnehmergruppen annehmen oder als milderer Mittel jeden Ausschluß auf seine sachliche Rechtfertigung prüfen.

Ein generelles Verbot bedeutete einen richtlinienwidrigen Eingriff in die Verhandlungsautonomie der Parteien. Der Gemeinschaftsgesetzgeber schreibt weder einen Mindestinhalt für die Vereinbarung vor, noch hat er eine Bestätigung der abgeschlossenen Vereinbarung durch Dritte, wie zum Beispiel die betroffenen Arbeitnehmer selbst, vorgeschrieben. Auf

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

dieser Grundlage kann das niederrangigere Ausführungsrecht keine materiellen Verbotstatbestände zum präventiven Schutz vor Regelungen in der Vereinbarung aufstellen.

Eine Beschränkung des Ausschlusses auf eine sachliche Rechtfertigung überzeugt dagegen mehr. Dabei gebietet die Autonomie der Verhandlungsparteien einen überprüfungsfreien Beurteilungsspielraum, so daß allein eine offensichtliche, schwerwiegende Diskriminierung ein Ausschluß ohne sachlichen Grund ist. Wegen des mit der repressiven Kontrolle verbundenen Eingriffes in die Verhandlungsautonomie bedarf die Kontrolle von unsachlichen Ausschlüssen eines gesetzlich geregelten Verfahrens.

Es bleibt die Frage nach den Folgen eines unsachlichen Ausschlusses. Maßgeblich ist dazu das jeweilige nationale Recht, dem die SE unterliegt. In Deutschland sieht §§ 26 SEAG für die monistische SE ein Verfahren vergleichbar dem Statusverfahren entsprechend §§ 98, 99 AktG vor⁶⁰⁵. Für die dualistische SE ist keine spezielle Regelung vorgesehen, so daß gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c, 10 der Verordnung die §§ 98, 99 AktG als subsidiäres Recht direkt Anwendung finden. Folglich können die im Statusverfahren Antragsberechtigten im Wege durch ein Statusverfahren gegen einen unsachlichen Ausschluß von Arbeitnehmergruppen vorgehen.

Entsprechend bleibt festzuhalten, daß einzelne Arbeitnehmergruppen von der Mitbestimmung in der Mitbestimmungsvereinbarung aus sachlichem Grund ausgeschlossen werden können. Die Frage eines unsachlichen Ausschlusses kann im Wege des Statusverfahrens entsprechend §§ 98, 99 AktG geklärt werden.

4. Stimmrechtsbeschränkungen

Im Rahmen der inhaltlichen Ausgestaltung der Mitbestimmung in der kommen Abreden über den Ausschluß der Arbeitnehmervertreter von bestimmten Erörterungen und Entscheidungen in Betracht. In der Literatur wird dieser Ansatz insbesondere für die monistische SE diskutiert⁶⁰⁶. Tragender Gedanke dabei ist, daß insbesondere das Verwaltungsorgan einer

⁶⁰⁵ Gesetz zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft vom 22.12.2004, BGBl. I, 3675 ff. Dazu *Neye/Teichmann*, AG 2003, 169 ff. und die DAV-Stellungnahme, ZIP 2004, 140 ff. und oben Seite 77 ff.

⁶⁰⁶ *Kallmeyer*, ZIP 2003, 1531 (1534 f.). Siehe auch mit verfassungsrechtlichen Bedenken *Kämmerer/Veil*, ZIP 2005, 369 ff. Siehe auch *Hoffmann-Becking*, ZGR 2004, 355 (380 ff.).

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

monistischen SE neben Überwachungsaufgaben auch Entscheidungen trifft, an denen die Arbeitnehmer nach der Grundanlage der europäischen Mitbestimmung nicht notwendig beteiligt sein müssen. Die Beteiligung sei nicht notwendig, da sich die Mitbestimmung in einer dualistischen SE auch nur auf Überwachungsangelegenheiten beschränke⁶⁰⁷.

Weder die Verordnung Nr. 2157/2001, noch die Richtlinie Nr. 2001/86/EG oder das SEBG befassen sich nicht mit der inhaltlichen Beschränkung der Mitbestimmungsrechte. Die Richtlinie definiert nur allgemein den Begriff der Mitbestimmung als die Einflußnahme des Organs zur Vertretung der Arbeitnehmer und/oder der Arbeitnehmervertreter auf die Angelegenheiten der Gesellschaft durch Empfehlung, Wahl oder Bestellung von Mitgliedern des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft (Art. 2 lit. k der Richtlinie). Das SEBG übernimmt dies in § 2 Abs. 12. Der *Davignon*-Bericht geht von einer ganz grundsätzlichen Freiheit beim Abschluß der Mitbestimmungsvereinbarung aus⁶⁰⁸, postuliert aber gleichzeitig, daß die Arbeitnehmervertreter „auf der Basis eines gleichberechtigten Status“ mitbestimmen sollen und mehr als nur eine beratende Stimme haben sollen⁶⁰⁹.

Letzten Endes überwiegt aber die Verhandlungsfreiheit der Parteien bei Abschluß der Mitbestimmungsvereinbarung. Wie schon dargestellt, ist sowohl der generelle Ausschluß der Mitbestimmung als auch der Ausschluß einzelner Arbeitnehmer möglich. Es liegt im Beurteilungsspielraum der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums auf eine Mitbestimmungsvereinbarung einzugehen, die die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertreter inhaltlich einschränkt.

Dies gilt sowohl für den Verwaltungsrat der monistischen SE als auch den Aufsichtsrat der dualistischen SE. Es obliegt den Vertretern des besonderen Verhandlungsgremiums die Mitbestimmung in der Gesellschaft auszugestalten. Wegen des größeren Zuständigkeitsbereiches des Verwaltungsrates mögen in der Praxis gerade bei monistischen SE mehr Mitbestimmungsbeschränkungen vereinbart werden, solche Regeln sind *de lege lata* bei dualistischen SE aber nicht weniger zulässig.

⁶⁰⁷ *Kallmeyer*, a.a.O. (Fn. 606).

⁶⁰⁸ *Davignon*-Bericht, Rz. 56, abgedruckt in BR-Drucks. 572/97, S. 13.

⁶⁰⁹ *Davignon*-Bericht, Rz. 81 und 88, abgedruckt in BR-Drucks. 572/97, S. 17 f.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

Auch ist eine Beschränkung der Verhandlungsfreiheit des besonderen Verhandlungsgremiums auf den Ausschluß der Arbeitnehmervertreter nur von der Abstimmung, nicht aber der Beratung, opportun. Wie gezeigt, liegt es zwar in der Regelungsabsicht von Verordnung und Richtlinie, den Arbeitnehmern die Gelegenheit zur möglichst weiten Mitbestimmung zu geben. Dennoch ist ihnen nicht das Recht genommen, sich dieser Gelegenheit zu begeben. Entsprechend kann sowohl die Abstimmung als auch die Teilnahme der Arbeitnehmervertreter abbedungen werden.

Es bleibt damit festzuhalten, daß die Mitbestimmungsvereinbarung vorsehen kann, daß die Arbeitnehmervertreter von der Beratung oder Abstimmung bestimmter Angelegenheiten ausgeschlossen sind.

5. Mitbestimmungsfreie Ausschüsse

Es stellt sich die Frage, ob die Mitbestimmung in der SE auch so ausgestaltet werden kann, daß es zu mitbestimmungsfreien Ausschüssen kommt. Hier wäre die Stimmrechtsbeschränkung institutionalisiert. In der Literatur wird zum Beispiel für die monistische SE ein arbeitnehmerfreier Planungsausschuß vorgeschlagen, der Planungsaufgaben wahrnimmt, die in der dualistischen SE dem Exekutivorgan obliegen⁶¹⁰.

Für die Zulässigkeit mitbestimmungsfreier Ausschüsse spricht, daß, wenn die Mitbestimmung gänzlich oder bei bestimmten Regelungsgegenständen ausgeschlossen werden kann, auch der Ausschluß in einzelnen Struktureinheiten des mitbestimmten Organes, wie Ausschüssen, möglich sein muß. Im wesentlichen gilt die selbe Argumentation wie zur Stimmrechtsbeschränkung. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat den Verhandlungspartnern der Mitbestimmungsvereinbarung eine weitgehende Autonomie zur angepaßten Gestaltung der Mitbestimmung in der jeweiligen Gesellschaft überlassen. Im deutschen Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht entspricht dem, daß das zwingende System der Mitbestimmung im deutschen Aufsichtsrat nach herrschender Meinung gemäß § 107 Abs. 3 AktG nicht auf die Bildung von Ausschüssen zu übertragen ist⁶¹¹. Es darf im deutschen Aufsichtsratsausschuß

⁶¹⁰ Gruber/Weller, NZG 2003, 297 (300 f.).

⁶¹¹ BGH 17.05.1993 - II ZR 89/92 - NJW 1993, 2307 (2310 f.); Hüffer, § 108 Rn. 21 m.w.N. aus der Literatur. Vgl. auch OLG Hamburg 23.07.1982 - 11 U 179/90 - WM 1982, 1090 (1092 ff.) und die Übersicht bei Henssler, FS für BGH, 387 (393 ff.).

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

allein nicht zur unsachlichen Diskriminierung der Arbeitnehmersvertreter bei der Auswahl der Ausschußmitglieder kommen. Die Auswahl hat anhand von sachlichen Kriterien zu erfolgen⁶¹². Auch haben Aufsichtsrats- beziehungsweise Verwaltungsratsmitglieder, die nicht Mitglieder des jeweiligen Ausschusses sind grundsätzlich die Möglichkeit zur Teilnahme an den Ausschußsitzungen (§§ 109 Abs. 2 AktG, 36 Abs. 2 SEAG).

Folglich können mitbestimmungsfreie Ausschüsse in der Mitbestimmungsvereinbarung vorgesehen werden.

III. Auffangregeln

Die Richtlinie und das SEBG sehen für den Fall gescheiterter Verhandlungen über eine Mitbestimmungsvereinbarung die schon genannten Auffangregeln über die Mitbestimmung vor. Gemäß § 35 Abs. 1 SEBG (Teil 3 lit. a des Anhangs der Richtlinie Nr. 2001/86/EG) bleibt im Falle gescheiterter Mitbestimmungsverhandlungen die Mitbestimmung in den Gründergesellschaften erhalten. Diese ist ohnehin nicht Gegenstand der Mitbestimmungsvereinbarung. Darüber hinaus wird durch § 34 Abs. 2 SEBG (Teil 3 lit. a des Anhangs der Richtlinie Nr. 2001/86/EG) die Mitbestimmung aber auch auf die SE erstreckt, die Arbeitnehmer dürfen Vertreter in das Verwaltungs- beziehungsweise Aufsichtsorgan der SE wählen. Die Zahl bestimmt sich nach dem höchsten Arbeitnehmersvertreteranteil in den Gründergesellschaften.

Diese Auffangregeln können zu bemerkenswerten Folgen führen. Gründen zum Beispiel eine ausländische, nicht mitbestimmte Gesellschaft mit 100 Arbeitnehmern und eine deutsche, mitbestimmte Gesellschaft mit 600 Arbeitnehmern eine gemeinsame Tochter-SE mit Sitz in Deutschland und weniger als 500 Arbeitnehmern, könnte nach den Auffangregeln bei der Tochter-SE eine unternehmerische Mitbestimmung in der Tochter-SE einzurichten sein, obwohl die Tochter-SE, unterfiele sie dem allgemeinen deutschen Mitbestimmungsrecht, nicht mitbestimmt wäre.

Die Mitbestimmung bei der deutschen Tochter-SE folgt aus dem Wortlaut der §§ 34 Abs. 1 lit. c.aa), 35 Abs. 2 SEBG. Danach finden die Auffangregeln auf die Gründung der Tochter-

⁶¹² Wie vor.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

SE Anwendung, wenn vor der Eintragung der SE in einer der beteiligten Gesellschaften eine Form der Mitbestimmung bestand und sich auf mindestens 50% der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstreckte. Beteiligte Gesellschaften sind gemäß § 2 Abs. 2 SEBG die Gesellschaften, die unmittelbar an der Gründung der SE beteiligt sind. Dies ist für beide Gesellschaften im Beispielsfall zu bejahen. Weiter haben im Beispielsfall mehr als 50% der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften Mitbestimmungsrechte.

Damit ist im Beispielsfall der Tatbestand der §§ 34 Abs. 1 lit. c.aa), 35 Abs. 2 SEBG erfüllt, die Auffangregeln über die Mitbestimmung finden Anwendung. Gemäß § 35 Abs. 2 SEBG ist im Beispiel die Drittelbeteiligung in der deutschen Gesellschaft auf die Tochter-SE zu übertragen, obwohl diese weniger als 500 Arbeitnehmer, im Extremfall vielleicht sogar nur einen oder keinen Arbeitnehmer hat.

Dieses „Erbe der Mitbestimmung“ in der kleinen SE wirkt überschießend und könnte wegen gemäß dem Sinn und Zweck der Auffangregeln als Bestandsschutz einzuschränken sein.

Ein möglicher Ansatzpunkt für eine solche Einschränkung könnte § 325 Abs. 1 Satz 2 UmwG sein. Gemäß § 325 Abs. 1 Satz 1 UmwG wird die Mitbestimmung grundsätzlich für fünf Jahre fortgeführt, wenn eine Abspaltung oder Ausgliederung dazu führt, daß der übertragende Rechtsträger aus den Anwendungstatbeständen der Mitbestimmungsgesetze herausfällt. Ausnahmsweise gilt dies gemäß Satz 2 nicht, wenn der übertragende Rechtsträger nach der Abspaltung oder Ausgliederung weniger als ein Viertel der zur Mitbestimmung an sich notwendigen Zahl an Arbeitnehmern hat.

Diese Modifikation des Bestandsschutzes könnte auf die Auffangregeln in dem Sinne zu übertragen sein, daß die Auffangregeln nur dann gelten, wenn die gegründete SE wenigstens ein Viertel der an sich nach den materiell fortgeltenden Mitbestimmungsgesetzen erforderlichen Arbeitnehmerzahl hat⁶¹³.

Die gesetzliche Grundlage einer solchen Einschränkung des Bestandsschutzes in der Tochter-SE ist allerdings zweifelhaft. § 325 Abs. 1 Satz 2 UmwG ist als allgemeines natio-

⁶¹³ In dieser Richtung *Herfs-Röttgen*, NZA 2002, 358 (365) für den Fall nachträglicher Strukturänderungen in der SE. Vgl. auch *Kleinsorge*, RdA 2002, 343 (351 a.E.)

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

nales Recht wegen der Normenhierarchie des Art. 9 Abs. 1 lit. c.ii. der Verordnung Nr. 2157/2001 gegenüber dem speziellen § 35 Abs. 2 SEBG nachrangig.

Desweiteren ist der Tatbestand des § 325 Abs. 1 UmwG nicht dem Bestandsschutz bei der SE-Gründung vergleichbar. § 325 Abs. 1 UmwG regelt die eingeschränkte Fortgeltung der Mitbestimmung in der übertragenden Gesellschaft, analog bei der SE-Gründung also in einer der an der Gründung beteiligten Gesellschaften. § 325 Abs. 1 UmwG regelt nicht die Mitbestimmung in der aufnehmenden Gesellschaft, analog der Tochter-SE. Dies ist auch nicht erforderlich, weil für diese als deutsche Gesellschaft das allgemeine deutsche Mitbestimmungsrecht gilt. Die Mitbestimmungsrechte der übergehenden Arbeitnehmer genießen keinen Bestandsschutz gemäß § 325 Abs. 1 UmwG.

Eine analoge Anwendung der Viertelquote im Rahmen des Bestandsschutzes des § 325 Abs. 1 UmwG kommt damit nicht in Betracht.

Damit kommt nur eine teleologische Reduktion der §§ 34 Abs. 1 lit. c.aa), 35 Abs. 2 SEBG zur Einschränkung einer überschießenden Fortgeltung der Mitbestimmung in Betracht. Jede mögliche Einschränkung hat konform zur Richtlinie Nr. 2001/86/EG zu erfolgen. Die Richtlinie sieht keine Einschränkungen der Fortgeltung der Mitbestimmung in der kleinen SE vor (Art. 7, Anhang Auffangregeln). Dies mag noch nicht jede Reduktion auf der Ebene des die Richtlinie umsetzenden nationalen Rechtes ausschließen. Dennoch ergeben sich erhebliche Unsicherheiten, wenn die teleologische Reduktion in jedem Mitgliedsstaat unterschiedlich vorgenommen würde. Auch ist die Ausgestaltung der Reduktion unbestimmt. So könnte man an der Viertelquote des § 325 Abs. 1 Satz 2 UmwG oder sogar an den vollen Quoten der Anwendungstatbestände der Mitbestimmungsgesetze anknüpfen.

Damit ist nicht klar abgrenzbar, in welchen Fällen eine teleologische Reduktion des der Auffangregeln erfolgen muß. Dies gebietet es, jede Einschränkung dem Gesetzgeber zu überlassen. Eine teleologische Reduktion kommt nicht in Betracht.

Demzufolge ist der Bestandsschutz der Auffangregeln nicht beschränkt. Hat die Tochter-SE nur wenige Arbeitnehmer, gilt für sie dennoch der selbe Mitbestimmungsstandard fort, wie er in den Gründungsgesellschaften galt.

IV. Nachverhandlungen

Gemäß den Erwägungen zur Richtlinie soll eine einmal abgeschlossene Mitbestimmungsvereinbarung nicht statisch im Raum stehen, sondern im Falle struktureller Veränderung einer bereits gegründeten SE im Sinne einer Sicherung erworbener Rechte angepaßt werden können. Entsprechend öffnet § 18 Abs. 1 SEBG (Art. 3 Abs. 6 Unterabs. 4 der Richtlinie) den Weg zu Nachverhandlungen auf Antrag von einem Zehntel der Arbeitnehmer der SE, jedoch nicht vor Ablauf von zwei Jahren nach Abschluß der Mitbestimmungsvereinbarung. Daneben soll die Mitbestimmungsvereinbarung frühere Nachverhandlungen bei Strukturänderungen in der SE vorsehen (§ 21 Abs. 4 SEBG).

Der Verhandlungsparität entsprechend sollte die SE beziehungsweise ihre Geschäftsleitung ebenfalls nach zwei Jahren ein Nachverhandlungsrecht gemäß § 18 SEBG (Art. 3 Abs. 6 der Richtlinie) zustehen.

Darüber hinaus bedarf die Gesellschaft einen Anspruch auf Nachverhandlungen aus wichtigem Grund auch vor Ablauf von zwei Jahren. Es kann etwa dazu kommen, daß die Mitbestimmungsvereinbarung von ihrer Grundanlage her oder aufgrund von Strukturänderungen in der SE für diese belastend bis hin zu existenzgefährdend werden kann. Spätestens wenn die Mitbestimmungsvereinbarung objektiv für die SE existenzgefährdend ist, muß die Gesellschaft die Gelegenheit zur Anpassung haben. Ob dieses Recht in Form eines außerordentlichen Kündigungsrechtes, gegebenenfalls mit einer Nachwirkung der Mitbestimmungsvereinbarung, oder eines Anspruches auf Nachverhandlungen ausgestaltet wird, ist in den praktischen Folgen gleich und obliegt so der Freiheit der nationalen Gesetzgeber.

Die Sollvorschrift des § 21 Abs. 4 SEBG genügt insoweit nicht, um die Interessen der SE zu schützen, weil weder sichergestellt ist, daß die Parteien eine Abrede über Nachverhandlungen überhaupt in die Mitbestimmungsvereinbarung aufnehmen, noch daß eine mögliche Abrede alle Sachverhalte erfaßt, in denen die Gesellschaft ein besonderes Interesse an Nachverhandlungen an.

Demgegenüber sind wichtige Gründe für Nachverhandlungen seitens der Arbeitnehmer kaum ersichtlich. Aus Art. 3 Abs. 6 Unterabs. 4 der Richtlinie folgt, daß die Arbeitnehmer

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

nicht vor zwei Jahren Nachverhandlungen verlangen können, falls die Mitbestimmungsvereinbarung nicht ein früheres Nachverhandeln vorsieht.

V. Zusammenfassung

Hinsichtlich der Besonderheiten der supranationalen Struktur der SE für die Mitbestimmung ist zusammenfassend festzuhalten, daß das anwendbare nationale Mitbestimmungsrecht sich nach dem Sitz der SE bestimmt.

Das nationale Mitbestimmungsrecht muß gemäß der Richtlinie Nr. 2001/86/EG ein aktives und passives Wahlrecht der betroffenen Arbeitnehmer zur Bestellung des besonderen Verhandlungsgremiums vorsehen. Betroffen sind alle Arbeitnehmer, die von der SE direkt oder mittelbar durch nationale Tochtergesellschaften beherrscht sind. Arbeitnehmer in außereuropäischen Gesellschaften sind zwar nicht auf Grundlage der Richtlinie, wohl aber aufgrund des SEBG von der Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums ausgeschlossen.

Das besondere Verhandlungsgremium hat beim Abschluß der Mitbestimmungsvereinbarung eine mitbestimmungsrechtlich weitreichende Verhandlungsautonomie. Außerhalb mitbestimmungsbezogener Fragen fehlt dem Verhandlungsgremium jedoch das Mandat, Abreden zu treffen.

Die Mitbestimmungsvereinbarung kann einen vollständigen Ausschluß der Mitbestimmung in der SE vorsehen. Weiter können einzelne Arbeitnehmergruppen aus sachlichem Grund von der Mitbestimmung ausgeschlossen werden. Auch kann das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmervertreter inhaltlich auf bestimmte Themen beschränkt werden. Auch können mitbestimmungsfreie Ausschüsse im mitbestimmten Organ der Gesellschaft in der Mitbestimmungsvereinbarung vereinbart werden.

Nach Ablauf von zwei Jahren können sowohl Arbeitnehmer als auch die Gesellschaft, beziehungsweise die Geschäftsleitung, so nicht anders vereinbart, Nachverhandlungen zur Mitbestimmungsvereinbarung verlangen. Zeitunabhängig hat die SE darüber hinaus einen Anspruch auf Nachverhandlungen aus wichtigem Grund.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

B. Mitbestimmung im SE-Konzern

Es ist absehbar, daß die mit der Verordnung Nr. 2157/2001 geschaffene SE sich mit deutschen Gesellschaften zu Konzernen verbinden wird. In Folgenden soll diskutiert werden, wie sich die Beteiligung einer SE an einem deutschen Konzern als herrschende oder beherrschte Gesellschaft auf die Konzernmitbestimmung der Arbeitnehmer außerhalb der Mitbestimmungsvereinbarung in der SE nach allgemeinen deutschen Recht auswirkt.

Vorfrage dazu ist die Untersuchung, wie sich eine SE mit anderen deutschen Gesellschaften verbinden kann. Auf dieser Grundlage kann dann die Auswirkung der Konzernverbindung auf das Mitbestimmungsrecht ermittelt werden. Dies gilt insbesondere für die Konzernmitbestimmung. Ist die SE beherrschte Gesellschaft, ist zu prüfen, wie deren Arbeitnehmer in der dann deutschen Konzernspitze mitbestimmen (Konzernerstatbestände der Mitbestimmungsgesetze, Reichweite der Mitbestimmungsvereinbarung). Ist die SE selbst herrschende Gesellschaft, ist die Konzernmitbestimmung der Arbeitnehmer in deutschen Tochtergesellschaften zu prüfen (Teilkonzernmitbestimmung, § 308 Abs. 3 AktG).

Das Gemeinschaftsrecht zur SE selbst behandelt das Konzernrecht der SE angesichts der nationalen Verschiedenheiten nur äußerst zurückhaltend⁶¹⁴. Dennoch sind einige Ableitungen für das Recht der Konzernverbindungen der SE möglich.

I. Konzernrecht der SE

1. Die Europäische Aktiengesellschaft im Faktischen Konzern

In aller Regel beruht eine faktische konzernmäßige Verbindung zweier Gesellschaften in einem Über- und Unterordnungsverhältnis auf dem (Mehrheits-) Anteilseigentum einer Gesellschaft an der anderen. Die SE ist eine Aktiengesellschaft (Art. 1 Abs. 1 Verordnung Nr. 2157/2001). Ihre Aktien können von anderen gehalten werden, so daß sie Tochtergesellschaft in einem Konzern sein kann. Weiter hat die SE selbst eine Rechtspersönlichkeit (Art. 1

⁶¹⁴ Vgl. *Habersack*, ZGR 2003, 724 (726); *Hirte*, NZG 2002, 1 (10); *Hommelhoff*, AG 2001, 279 (282); *Schwarz*, S. 696.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

Abs. 3 der Verordnung). Dies ermöglicht ihr, Anteilseigentum an anderen Gesellschaften, sowohl anderen SE als auch nationalen Gesellschaften, zu halten. Die SE kann damit auch herrschende Gesellschaft in einem auf Abhängigkeiten basierenden, das heißt faktischen Konzern sein.

Es stellt sich die Frage, ob auf das Herrschaftsverhältnis zwischen einer deutschen Obergesellschaft und einer faktisch abhängigen SE die Vorschriften zum deutschen faktischen Aktienkonzern Anwendung finden⁶¹⁵. Im wesentlichen sehen die §§ 311 ff. AktG dazu vor, daß nachteilige Weisungen zulässig sind, soweit der Nachteil bis zum Geschäftsjahresende ausgeglichen wird. Weiter treffen die Vorschriften Regelungen zum Schutz von Gläubigern und Minderheitsaktionären. Die Verordnung zur SE enthält zur Bindung der Gesellschaft an gegebenenfalls nachteilige Weisungen Dritter keine Vorschriften. In Betracht käme damit eine Anwendung der deutschen Vorschriften als subsidiäres Recht gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c und 10 der Verordnung⁶¹⁶.

Gegen die Unterwerfung einer SE unter die Leitungsmacht einer anderen Gesellschaft spricht in der dualistischen SE die von Art. 39 Abs. 1 der Verordnung gewährleistete Eigenverantwortlichkeit des SE-Vorstandes⁶¹⁷. Anders als im deutschen Aktienrecht, in dem der Art. 39 Abs. 1 der Verordnung vergleichbare § 76 Abs. 1 AktG in der Normenhierarchie auf der gleichen Ebene wie die §§ 291, 311 ff. AktG steht und so als *lex generali* verdrängt wird, fehlt auf der Ebene des Art. 39 Abs. 1 der Verordnung eine durch den Gemeinschaftsgesetzgeber vorgegebene Möglichkeit, die Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes über das Maß des Art. 48 der Verordnung hinaus zu beschränken. Die §§ 291, 311 ff. AktG sind gegenüber Art. 39 Abs. 1 der Verordnung nachrangiges Recht und werden so von diesem verdrängt. In der monistischen SE fehlt eine Art. 39 Abs. 1 der Verordnung vergleichbare Regelung. Dennoch dürfte die Verordnung eher dahin zu verstehen sein, daß der Ver-

⁶¹⁵ Vgl. zu einem früheren Entwurf des SE-Statutes *Maul*, Die faktisch abhängige SE (Societas Europaea) im Schnittpunkt zwischen deutschem und europäischem Recht, 1998.

⁶¹⁶ Zu Frage, ob es sich bei Art. 9 und 10 der Verordnung um eine General- oder Sachnormverweisung handelt instruktiv *Jaecks/Schönborn*, RIW 2003, 254 (256 f.); *Teichmann*, ZGR 2002, 382 (395 ff.). Zur praktischen Durchführung der §§ 311 ff. AktG bei der SE *Maul*, ZGR 2003, 743 (751 ff.).

⁶¹⁷ So auch *Hommelhoff*, AG 2003, 179 (182 f.); *Maul*, a.a.O. (Fn. 615) Seite 35 ff. (94 ff.), 126 ff. (142 f.); *ders.* in *Theisen/Wenz*, S. 399 ff.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

waltungsrat an den Willen der Hauptversammlung, nicht aber an den eines Dritten, wie einem herrschenden Unternehmen, gebunden werden kann⁶¹⁸.

Der faktisch abhängigen SE dürfen damit keine nachteiligen Weisungen gegeben werden. Gibt der Gesellschafter dennoch nachteilige Weisungen, handelt der Vorstand pflichtwidrig, wenn er sie befolgt. Darüber hinaus kommt eine Haftung des Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis auf Schadensersatz in Betracht.

Zu prüfen bleibt, ob im Falle einer faktisch abhängigen SE die §§ 312 ff. AktG zum Schutz der übrigen Beteiligten, insbesondere der Gläubiger und der Minderheitsaktionäre, anzuwenden sind. Dafür spricht die diesbezügliche Offenheit der Verordnung, die sich dieses Themas nicht annimmt⁶¹⁹. Gleichzeitig ist aber auch die Belastung des Mehrheitsanteiles durch Informations-, (Abhängigkeits-) Berichts- und Prüfverpflichtungen gemäß §§ 312 ff. AktG und der damit verbundene Eingriff in das Anteilseigentum zu sehen. Ist die SE kraft Gesetzes unabhängig von Weisungen, muß der mehrheitlich beherrschten SE beziehungsweise ihrem Mehrheitsaktionär auch das Recht zustehen, die übrigen Aktionäre und die Gläubiger im normalen Geschäftslauf auf diese Unabhängigkeit zu verweisen. Erst im Falle von Anzeichen von Unregelmäßigkeiten ergeben sich die üblichen gesellschaftsrechtlichen Handlungsmöglichkeiten⁶²⁰.

2. Die Europäische Aktiengesellschaft im Vertragskonzern

Neben einem faktischen Konzern kommt auch die Verbindung einer SE mit einer deutschen Gesellschaft durch einen Beherrschungsvertrag in Betracht.

a. Europäische Aktiengesellschaft als abhängige Gesellschaft im Vertragskonzern

Die Frage, ob eine Europäische Aktiengesellschaft sich mittels eines Beherrschungsvertrages einer anderen Gesellschaft, gleich welcher Rechtsform, unterwerfen kann, ist gemeinschaftsrechtlich nicht geregelt. Gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c und 10 der Verordnung

⁶¹⁸ Hommelhoff, AG 2003, 179 (182 f.).

⁶¹⁹ Vgl. Habersack, ZGR 2003, 724 (734 f.); Hommelhoff, AG 2003, 179 (183).

⁶²⁰ Insbesondere problematisch § 147 AktG. Vgl. Wiedemann, S. 463 f.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

Nr. 2157/2001 wäre damit nationales Aktienrecht subsidiär anwendbar. Dazu gilt im Ausgangspunkt allerdings eben Gesagtes entsprechend - die Verordnung hat die SE für den deutschen Gesetzgeber bindend weisungsfrei ausgestaltet. Damit sind grundsätzlich die §§ 291 ff. AktG verdrängt⁶²¹.

Damit scheint die Frage nach dem Beherrschungsvertrag beantwortet - ohne gesetzliche Regelung kein Beherrschungsvertrag. Man könnte dem aber entgegenhalten, daß es eine Betätigung der Privatautonomie der SE bedeute, wenn sich diese einer anderen Gesellschaft mittels eines Beherrschungsvertrages unterwerfe. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber der SE diese Fähigkeit nehmen wollen, hätte er der Gesellschaft eine vertragliche Unterwerfung unter eine fremde Leitungsmacht in der Verordnung verbieten müssen. So ist etwa für die GmbH allgemein anerkannt, daß sich diese mittels eines Beherrschungsvertrages einer anderen Gesellschaft unterwerfen kann, ohne daß dies gesetzlich geregelt wäre⁶²².

Entscheidend ist damit, ob die unabhängige Leitungsmacht des SE-Vorstandes gemäß Art. 39 Abs. 1 der Verordnung zu dessen Disposition steht. Eine Bindung der Leitungsmacht an eine dritte Partei, wie etwa den Mehrheitsgesellschafter bedeutet zugleich die Belastung der übrigen an der SE Beteiligten, mithin ihrer Gläubiger und der übrigen Aktionäre, in ihrem Einfluß auf die SE. Diese Beteiligten sind auf die Weisungsfreiheit der SE-Leitung zum Schutz ihrer Interessen angewiesen. Bedeutet aber eine Disposition über die Leitungsmacht der SE durch deren eigenen Akt einen Eingriff in die Rechte beteiligter Dritter, so bedarf die SE dazu einer Ermächtigung, die dem Schutz der Dritten Rechnung trägt. Dies ist bei einem Hauptversammlungsbeschluß nicht der Fall, da hier der Mehrheitsaktionär ein ihm günstiges Abstimmungsergebnis herbeiführen kann. Weiter sind nicht notwendig alle Betroffenen in der Hauptversammlung vertreten, wie etwa die Gläubiger und die Arbeitnehmer. Gleiches gilt für satzungsmäßige Ermächtigungen. Daraus folgt, daß eine Ermächtigung zur Disposition über die Leitungsmacht aus dem Gesetz folgen muß. Nur dieses hat den Rang, einen Eingriff in die Rechte aller Beteiligten zu legitimieren. Eine gesetzliche Regelung besteht für die SE aber gerade nicht und ist wegen der Verordnung auf der Ebene nationalen Rechts auch nicht

⁶²¹ *Hommelhoff*, AG 2003, 179 (182).

⁶²² Vgl. statt aller *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 13 Rn. 47 ff.; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, Anhang GmbH-Konzernrecht, Rn. 36 ff.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

möglich. Entsprechend kann sich die SE nicht in einem Beherrschungsvertrag ihrer Weisungsfreiheit begeben.

Der in der Literatur zum Teil vertretene Einwand, der Erwägungsgrund Nr. 15 der Verordnung Nr. 2157/2001⁶²³ sowie die früheren Entwürfe zur SE und deren Praktikabilität sprächen für deren Fähigkeit, sich mittels einer Beherrschungsvertrages einer fremden Leitungsmacht zu unterwerfen⁶²⁴, überzeugen nicht. Der Erwägungsgrund Nr. 15 enthält eine kollisionsrechtliche Regelung für den SE-Konzern, die der deutschen kollisionsrechtlichen Behandlung der grenzüberschreitenden Konzernverbindung entspricht. Die Rechte und Pflichten zum Schutz der Gläubiger und der Minderheitsaktionäre sind nach dem Recht des beherrschten Unternehmens zu bestimmen. Dies steht in keinem Zusammenhang mit der Fähigkeit, sich einer fremden Leitungsmacht zu unterwerfen. Die §§ 291 ff. AktG sind nicht durch Erwägungsgrund Nr. 15 anwendbar. Auch können die früheren Entwürfe zur Verordnung Nr. 2157/2001 nicht zur Auslegung herangezogen werden. Die SE wird seit annähernd 40 Jahren diskutiert. Soweit Vorschläge aus dieser langjährigen Diskussion nicht in das Statut der SE aufgenommen, sondern (bewußt) fortgelassen worden sind, können diese nicht zur ergänzenden Auslegung herangezogen werden. Die vorgebrachte Zweckmäßigkeit bedeutet eine Auslegung vom Ergebnis her und kann nicht überzeugen.

Es ist damit für eine SE nicht zulässig, sich mittels eines Beherrschungsvertrages einer anderen Gesellschaft zu unterwerfen.

b. Europäische Aktiengesellschaft als herrschende Gesellschaft im Vertragskonzern

Entsprechend vorgesagtem könnte ein Beherrschungsvertrag mit einer SE als herrschender Gesellschaft in einem Vertragskonzern ebenfalls unzulässig sein. Wieder finden gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c und 10 der Verordnung Nr. 2157/2001 nationales Aktienrecht, und damit

⁶²³ Erwägungsgrund Nr. 15 lautet „Die Rechte und Pflichten hinsichtlich des Schutzes von Minderheitsaktionären und von Dritten, die sich für ein Unternehmen aus der Kontrolle durch ein anderes Unternehmen, das einer anderen Rechtsordnung unterliegt, ergeben, bestimmen sich gemäß den Vorschriften und allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privatrechts nach dem für das kontrollierte Unternehmen geltenden Recht, unbeschadet der sich für das herrschende Unternehmen aus den geltenden Rechtsvorschriften ergebenden Pflichten, beispielsweise bei der Aufstellung der konsolidierten Abschlüsse.“

⁶²⁴ *Habersack*, ZGR 2003, 724 ff. (740 f.).

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

speziell die §§ 291 ff. AktG subsidiär Anwendung. Dies fügt sich in die ohnehin bezüglich der Obergesellschaft in den §§ 291 ff. AktG angelegten Rechtsformneutralität⁶²⁵. Anders als im Falle der SE als Untergesellschaft, ergeben sich für die SE als Obergesellschaft im Beherrschungsvertrag auch keine Eingriffe in die durch Art. 39 der Verordnung gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Unabhängigkeit der SE. Entsprechend sind die §§ 291 ff. AktG für die SE als herrschende Gesellschaft nicht verdrängt. Für die SE als Obergesellschaft stellt sich der Beherrschungsvertrag als alltägliches Austauschgeschäft dar. Gegen Übernahme einer Haftung gemäß §§ 309 f. AktG erlangt die SE als Obergesellschaft die Leitungsmacht über die beherrschte Gesellschaft, bleibt selbst aber organisationsrechtlich unberührt.

Es bleibt festzuhalten, daß die SE andere nationale Gesellschaften mittels Beherrschungsverträgen ihrer Leitungsmacht unterwerfen kann⁶²⁶.

3. Zusammenfassung

Die SE kann sich in einen faktischen Konzern eingliedern. Ist die SE herrschende Gesellschaft, gelten keine Besonderheiten. Ist die SE hingegen abhängige Gesellschaften, können ihrem Vorstand keine für die Gesellschaft nachteiligen Weisungen gegeben werden. In einem Vertragskonzern kann die SE nur herrschende Gesellschaft sein.

II. Mitbestimmung im Konzern mit von einer Europäischen Aktiengesellschaft abhängigen nationalen Gesellschaften

Im nächsten Schritt ist zu untersuchen, welche Folgen die Eingliederung einer deutschen Gesellschaft als beherrschte Gesellschaft in einen Konzern, dessen Spitze als Europäischen Aktiengesellschaft verfaßt ist, für die deutsche Mitbestimmung hat.

Im Ausgangspunkt bleibt es, wie auch die Richtlinie Nr. 2001/86/EG in ihrem Erwägungsgrund 15 voraussetzt, bei der Anwendbarkeit des für die Gesellschaft einschlägigen nationalen Mitbestimmungsrechtes. Es kommt mithin zu einer Mitbestimmung der Arbeitnehmer

⁶²⁵ Grundlegend BGH 13.10.1977 - II ZR 123/76 - BGHZ 69, 334 (338) (VEBA/Gelsenberg) aus der Literatur vgl. die Nachweise bei Hüffer, § 291 Rn. 8.

⁶²⁶ So auch im Ergebnis Hommelhoff, AG 2003, 179 (183).

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

im Aufsichtsrat der Gesellschaft, soweit die Gesellschaft mehr als 500 beziehungsweise 2000 Arbeitnehmer hat. Es ergeben sich allerdings einige Spezialfragen.

1. Teilkonzernmitbestimmung in Deutschland?

Im Rahmen der Mitbestimmung bei den deutschen beherrschten Gesellschaft fällt der Blick zunächst auf die Konzernmitbestimmung gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG für den aus deutschen Gesellschaften gebildeten Konzernzweig.

Gegen eine Mitbestimmung in der deutschen Obergesellschaft im Konzernzweig gemäß § 5 Abs. 3 MitbestG könnte sprechen, daß die Arbeitnehmer im deutschen Konzernteil bei der SE mitbestimmen. Entweder waren sie im Rahmen der Gründung der SE beim Aushandeln deren Mitbestimmungsvereinbarung beteiligt oder könnten im Falle einer erst später erfolgten Eingliederung der deutschen Konzerngesellschaften Nachverhandlung wegen struktureller Veränderungen unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 6 letzter Unterabs. der Richtlinie Nr. 2001/86/EG herbeiführen. Diese Mitbestimmung schließt Arbeitnehmer in Enkelgesellschaften ein⁶²⁷.

§ 5 Abs. 3 MitbestG könnte wegen seiner Natur als Auffangregel dann nicht greifen, wenn eine Mitbestimmungsvereinbarung das Regelungsziel der § 5 Abs. 1 und 2 MitbestG erfüllt.

Umgekehrt könnte man aber auch davon ausgehen, daß § 5 Abs. 3 MitbestG im Falle einer gesetzlich angeordneten Mitbestimmungsvereinbarung subsidiär fortgilt, um etwaige durch die Mitbestimmungsvereinbarung entstandene Einschnitte in die Mitbestimmung oder Lücken zu schließen. Der Fall der SE als nicht im Sinne des MitbestG mitbestimmten Obergesellschaft über eine im Sinne des Gesetzes mitbestimmten Gesellschaft läßt sich ohne weiteres unter § 5 Abs. 3 MitbestG subsumieren.

Die Auflösung dieser konträren Auslegungen der Natur des § 5 Abs. 3 MitbestG kann nur im Sinne der hinter der Richtlinie Nr. 2001/86/EG und dem MitbestG stehenden Prinzipien gefunden werden. Richtlinie und MitbestG sollen eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer soweit wie möglich in die Unternehmen tragen. Dabei nehmen sie aber zugleich die Struktur der Unternehmungen grundsätzlich als gegeben hin und passen die Mitbestimmung an diese

⁶²⁷ Vgl. oben Seite 167.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

an, im deutschen Recht durch Ergänzung des gesetzlichen Aufsichtsorganes durch Arbeitnehmervertreter, im europäischen Recht durch eine Mitbestimmungsvereinbarung, deren Ductus ebenfalls die teilweise Besetzung der Aufsichtsorgane durch Arbeitnehmervertreter sein sollte.

Damit ist die Ausrichtung der Richtlinie Nr. 2001/86/EG, des SEBG und des MitbestG als mitbestimmungsoffen zu sehen. Ein Verständnis des § 5 Abs. 3 MitbestG als stets subsidiäre fortgeltende Auffangregel paßt sich in diese Grundanlage der Mitbestimmungsvorschriften ein. Hinzu kommt, daß die Richtlinie beziehungsweise die Gründung der SE keine Auswirkungen auf bestehende nationale Mitbestimmungsrechte haben soll⁶²⁸. Die Ergänzung der europäischen Konzernmitbestimmung in Deutschland durch eine nationale Teilkonzernmitbestimmung fügt sich auch in das Mitbestimmungssystem der SE ein, da sie in der Mitbestimmungsvereinbarung berücksichtigt werden kann. Gerade für rein deutschlandspezifische Konzernentscheidungen, die im Rahmen von diversifizierten Konzernstrukturen nicht notwendig bei einer SE-Holding getroffen werden, bietet sich eine deutsche Teilkonzernmitbestimmung an, um rein deutsche Arbeitnehmerinteressen auf der Ebene der nationalen Gesellschaft einzubringen.

Es bleibt damit festzuhalten, daß eine Mitbestimmungsvereinbarung in der SE § 5 Abs. 3 MitbestG für einen deutschen Konzernzweig nicht leerlaufen läßt. Es bleibt bei der Bildung einer Konzernmitbestimmung bei der deutschen Teilkonzernspitze.

2. Anwendbarkeit des § 308 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz AktG?

Schließt eine SE als herrschende Gesellschaft mit einer deutschen Aktiengesellschaft einen Beherrschungsvertrag ab, stellt sich die Frage, ob auf das Beherrschungsverhältnis § 308 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz AktG Anwendung findet. Dies hätte die Folge, daß ein Veto eines mitbestimmten Aufsichtsrates einer deutschen Tochtergesellschaft nur mit Zustimmung des Aufsichtsorganes der SE überstimmt werden dürfte⁶²⁹.

Voraussetzung dafür wäre, daß § 308 Abs. 3 AktG auf eine Weisung einer SE an eine deutsche Gesellschaft, speziell eine Aktiengesellschaft, Anwendung fände. Kollisionsrecht-

⁶²⁸ Erwägungsgrund 15, Richtlinie Nr. 2001/86/EG.

⁶²⁹ Zur praktischen Durchführung bei der SE *Maul*, ZGR 2003, 743 (749 f.).

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

lich wäre das deutsche Sachrecht berufen, wenn der die Leitungsmacht der SE vermittelnde Beherrschungsvertrag deutschem Recht unterliegt. Ist die SE in Deutschland niedergelassen, folgt aus dem gemeinsam deutschen Personalstatut der Gesellschaften die Anwendbarkeit deutschen Konzernrechtes auf den Beherrschungsvertrag. Im Falle eines grenzüberschreitenden Beherrschungsvertrages mit einer ausländischen SE gilt die Anknüpfung gemäß den allgemeinen Regeln zum internationalen Beherrschungsvertrag. Danach ist entsprechend dem Schutzcharakter der fraglichen Regelung anzuknüpfen. § 308 Abs. 3 AktG beschränkt die Beherrschung der abhängigen Gesellschaft zu deren Schutz⁶³⁰. Damit folgt seine Anwendbarkeit aus dem deutschen Personalstatut der abhängigen Gesellschaft⁶³¹.

Auf sachrechtlicher Ebene stellt sich die Frage, ob § 308 Abs. 3 AktG auf Weisungen der SE Anwendung finden kann, oder durch deren Spezialrecht gemäß Art. 9 Abs. 1 Verordnung Nr. 2157/2001 verdrängt wird. Auf den ersten Blick scheint die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis des SE-Vorstandes durch Bindung an die Zustimmung des dortigen Aufsichtsrates beziehungsweise an einen Beschluß des Verwaltungsrats durch § 308 Abs. 3 letzter Halbsatz AktG als ein Eingriff in das Personalstatut der SE.

Wie schon erörtert, ist andererseits zu bedenken, daß der Beherrschungsvertrag zwischen SE und der deutschen Gesellschaft erst durch § 308 AktG gegenüber der deutschen Gesellschaft seine organisationsrechtliche Wirkung⁶³² des Überganges der Leitungsmacht hat. Dies nimmt die SE mit Abschluß des Beherrschungsvertrages in Kauf⁶³³. Ohne den Beherrschungsvertrag hätte sie nur die auf Anteilseigentum beruhende faktische Leitungsmacht. § 308 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz AktG bleibt damit als Ausgestaltung der durch den Beherrschungsvertrag vermittelten Leitungsmacht anwendbar.

Denkbar ist noch, daß § 308 Abs. 3 AktG im Rahmen der Mitbestimmungsvereinbarung in der SE abbedungen werden kann. Dafür spricht, daß das die Arbeitnehmer repräsentierende

⁶³⁰ Vgl. oben Seite 103 und dort die Nachweise in Fn. 359.

⁶³¹ Oben Seite 99 ff.

⁶³² *Bayer*, ZGR 1993, 599 (612); *Kindler, Kindler*, a.a.O. (Fn. 330) Rn. 566; *Lange*, a.a.O. (Fn. 330) S. 442; *Von Zitzewitz*, a.a.O. (Fn. 347) S. 129 zum deutschen GmbH-Bherrschungsvertrag BGH 24.10.1988 - II ZB 7/88 - BGHZ 105, 324 (331) „Supermarkt“.

⁶³³ Oben Seite 104 f.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

besondere Verhandlungsgremium auch die Arbeitnehmer in der beherrschten deutschen Gesellschaft vertritt⁶³⁴. § 308 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz AktG dient dem Schutz der Mitbestimmung⁶³⁵. Gemäß Art. 3 Abs. 4 AktG kann die Mitbestimmungsvereinbarung auch zu einem Weniger an Mitbestimmung führen. Dies spricht für den Fall einer herrschenden SE für die Dispositivität des § 308 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz AktG.

Demgegenüber ist aber zu bedenken, daß § 308 Abs. 3 AktG auf der Ebene der dem deutschen Recht unterliegenden Tochtergesellschaft zwingendes Recht ist. Würde die Vorschrift alleine auf Ebene der SE die Geschäftsführungsbefugnis des SE-Vorstandes regeln, ließe sich annehmen, daß sie durch das speziellere SE-Recht, insbesondere die Verordnung Nr. 2157/2001 gemäß deren Art. 9 verdrängt wäre. § 308 Abs. 3 AktG regelt aber auch die Geschäftsführungsbefugnisse in der deutschen Tochtergesellschaft. Die zweite, vom Aufsichtsrat in der herrschenden Gesellschaft bestätigte Weisung, vermittelt dem Tochtervorstand die Geschäftsführungsbefugnis zur Vornahme des fraglichen Geschäftes, die ihm wegen des Vetos seines Aufsichtsrates § 111 Abs. 4 AktG an sich fehlen würde. Diese organisationsrechtliche Regelung auf Ebene der Tochtergesellschaft liegt außerhalb des Verhandlungsmandates des besonderen Verhandlungsgremiums in der SE. Deren Mitbestimmungsvereinbarung bedürfte der normativen Außenwirkung auf die nationalen Konzernuntergesellschaften, sollte sie die dort geltenden Regeln über die Geschäftsführungsbefugnis ändern können. Eine solche Ermächtigungsgrundlage vermittelt die konzernrechtlich sehr enthaltsame Verordnung Nr. 2157/2001⁶³⁶ nicht.

Es bleibt festzuhalten, daß § 308 Abs. 3 AktG im Falle einer von einer SE beherrschten deutschen Aktiengesellschaft anwendbar bleibt. Der von § 308 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz vermittelte Schutz der Mitbestimmung ist nicht im Rahmen der Mitbestimmungsvereinbarung in der SE dispositiv.

⁶³⁴ Oben Seite 167 ff.

⁶³⁵ Oben Seite 103 und dort die Nachweise in Fn. 359.

⁶³⁶ Einzige direkt konzernbezogene Vorschriften sind Art. 31 und 67, vgl. *Hirte*, NZG 2002, 1 (10); *Hommelhoff*, AG 2001, 279 (282).

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

3. Zusammenfassung

Wird eine deutsche Gesellschaft von einer SE beherrscht, kann die deutsche Gesellschaft weiter Teilkonzernspitze im Sinne des § 5 Abs. 3 MitbestG sein. Ist die deutsche Gesellschaft eine Aktiengesellschaft und schließt diese mit der SE einen Beherrschungsvertrag, gilt § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG fort - ein Veto des deutschen Aufsichtsrates kann nur mit Zustimmung des Aufsichtsorgans der SE durch eine zweite Weisung der SE suspendiert werden. Dieser Schutz der Mitbestimmung in der Aktiengesellschaft kann nicht in der Mitbestimmungsvereinbarung der SE abbedungen werden.

III. Mitbestimmung im Konzern mit einer faktisch abhängigen Europäischen Aktiengesellschaft

1. Europäische Aktiengesellschaft als Tochter einer Europäischen Aktiengesellschaft

Eine SE kann selbst über eine weitere SE herrschend sein. Da die SE nicht durch einem Beherrschungsvertrag beherrscht werden kann, kommt dazu nur eine faktische Beherrschung in Betracht⁶³⁷. Diese kann etwa durch Aktienerwerb oder durch Gründung einer Tochter-SE gemäß Art. 3 Abs. 2 Verordnung Nr. 2157/2001 erlangt worden sein. Es stellt sich die Frage nach der Konzernmitbestimmung.

Die faktische Beherrschung der Tochter-SE durch die Mutter-SE hat organisationsrechtlich keine direkten Auswirkungen auf die Tochtergesellschaft. Die Mitbestimmungsvereinbarung in dieser wird zwischen dem in der Tochter gewählten und bestellten besonderen Verhandlungsgremium und dem Vorstand der Mutter-SE als (Gründer-) Gesellschaft verhandelt (§§ 21, 2 Abs. 5 SEBG, Art. 4 Abs. 1 Richtlinie Nr. 2001/86/EG).

Offen ist in diesem Zusammenhang, welche Arbeitnehmer das besondere Verhandlungsgremium gemäß § 5 SEBG (Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie) wählen beziehungsweise bestellen. Schlicht nach dem Wortlaut verstanden, wären dies neben den betroffenen Arbeitnehmern auch alle Arbeitnehmer der Mutter-SE, da diese eine „beteiligte Gesellschaft“ ist. Daraus

⁶³⁷ Oben Seite 184 f.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

folgt eine Bildung der Mitbestimmung durch die Konzernebenen von „oben nach unten“ und damit konträr zur Leitungsmacht. Es ist nicht nachvollziehbar, warum alle Arbeitnehmer der Mutter-SE durch das für die Tochter-SE einberufene besondere Verhandlungsgremium repräsentiert sein sollten. Zweckmäßig ist allein eine Wahl und Bestellung des Gremiums durch diejenigen Arbeitnehmer, die durch Gründung der Tochter-SE tatsächlich betroffen sind, zum Beispiel bei der Abspaltung von Teilen der Mutter-SE zur Bildung der Tochter-SE.

Wie oben dargelegt, ist die Betroffenheit eines Arbeitnehmers grundsätzlich durch den Übergang der Leitungsmacht über die Gesellschaft, in der er beschäftigt ist, gekennzeichnet⁶³⁸. Der Fall der Tochtergründung ist dabei allerdings ein Spezialfall, da die oberste Leitungsmacht bei der Mutter-SE verbleibt und lediglich konzernhierarchisch die Ebene der beherrschten Tochter-SE zwischengeschaltet wird. Dennoch ist auch hier von einer Betroffenheit der Arbeitnehmer auszugehen, da die Tochter-SE wegen der faktischen Beherrschung grundsätzlich noch selbständig handeln kann. Eine effektive Mitbestimmung ist nur gesichert, wenn die Arbeitnehmer sowohl auf der Ebene der herrschenden als auch der Ebene der beherrschten SE mitbestimmen. Nur so ist gewährleistet, daß die Arbeitnehmer in alle wesentlichen Vorgänge einbezogen werden.

Entsprechend ist § 5 Abs. 1 SEBG (Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie) für den Fall einer Gründung einer SE durch eine andere SE teleologisch dahingehend zu reduzieren, daß nur diejenigen Arbeitnehmer der Mutter-SE an der Bildung der Mitbestimmung zur Tochter-SE teilnehmen, die später unter der Leitungsmacht der Tochter stehen sollen.

Inhaltlich ergeben sich für die Mitbestimmungsvereinbarung der Tochter-SE keine Besonderheiten.

2. Europäische Aktiengesellschaft als Tochter einer deutschen Gesellschaft

Die konzernmäßige Einbindung einer SE als Tochtergesellschaft nationaler Gesellschaften ist bereits in der Verordnung Nr. 2157/2001 mit dem Gründungstatbestand der Tochtergründung im Sinne des Art. 2 Abs. 3 angelegt. Weiter kann eine nationale Gesellschaft durch Anteilserwerb Obergesellschaft über eine SE werden. Da eine SE sich nicht in einem Be-

⁶³⁸ Vgl. oben Seite 169.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

herrschaftsvertrag einer anderen Gesellschaft unterwerfen kann⁶³⁹, kommt allerdings nur eine faktische Konzernverbindung zwischen nationaler Obergesellschaft und der SE in Betracht. Im Folgenden soll kurz geprüft werden, ob die Einbindung der SE besondere Auswirkungen auf die Mitbestimmung in den einzelnen Gesellschaft und dem Konzern hat. Es soll davon ausgegangen werden, daß die Obergesellschaft eine Gesellschaft deutschen Rechts ist.

a. Mitbestimmung in der abhängigen Europäischen Aktiengesellschaft

Auf der Ebene der SE kommt es zur Mitbestimmung gemäß der zwischen den Sozialpartnern ausgehandelten Mitbestimmungsvereinbarung. Möglich ist, daß die Sozialpartner in dieser auch konzernmitbestimmungsspezifische Abreden treffen können. Dabei sind wenigstens zwei Grundtypen von Abreden denkbar. Zunächst kommen Abreden in Betracht, die alleine auf der Ebene der SE Rechtsfolgen haben. Daneben kommen Abreden in Betracht, die über den Rechtskreis der SE hinaus gehen und die Konzernmitbestimmung in der Obergesellschaft betreffen.

Eine Abrede im erstgenannten Sinn wäre etwa die Bindung des Vorstandes der nationalen Obergesellschaft an die Zustimmung seines Aufsichtsrates zu Weisungen im faktischen Konzernverhältnis an die SE, wenn deren Aufsichtsrat beziehungsweise das Verwaltungsorgan der Weisung widersprochen hat (§ 308 Abs. 3 Satz 2 AktG). Eine Abrede im zweitgenannten Sinn wäre die Zusicherung einer bestimmten Anzahl von Sitzen für die Arbeitnehmervertreter der SE im Aufsichtsrat der Obergesellschaft.

Ausgangspunkt der Prüfung der Zulässigkeit solcher Abreden ist die Frage, wer durch die Mitbestimmungsvereinbarung berechtigt, verpflichtet und belastet werden darf. Da eine Abrede zu Lasten Dritter in der Mitbestimmungsvereinbarung nicht in Betracht kommt, können dies nur die Sozialpartner in der SE sein.

Abreden in der Mitbestimmungsvereinbarung über die Mitbestimmung in der SE selbst belasten nur die Sozialpartner der SE. Hier ist von einem weiten Feld zulässiger Abreden auszugehen, zu denen auch die oben angedachte Übertragung des § 308 Abs. 3 AktG auf das Verhältnis Obergesellschaft-SE zählt. Führt die Abrede jedoch zu Eingriffen in die Mitbe-

⁶³⁹ Oben Seite 184 ff.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

stimmungsrechte Dritter, das heißt insbesondere der Arbeitnehmer in anderen Konzerngesellschaften, haben die Sozialpartner in der SE keine Legitimation zu einer solchen Vereinbarung. Hinzu kommt, daß es zu einem Eingriff in die im Konzern geltenden nichtdispositiven Regeln des deutschen Mitbestimmungsrechtes käme. Beispiel dafür wäre eine Abrede, die eine bestimmte, höhere als dem Proporz entsprechende Zahl von SE-Arbeitnehmersvertretern auf der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat der Obergesellschaft vorschreibt. Hier käme es zu einer Benachteiligung der übrigen Konzernarbeitnehmer. Anders zu beurteilen sind allein Abreden, gemäß derer die Anteilseigner der Obergesellschaft im Rahmen ihrer Satzungscompetenz zusagen, einen Teil ihrer Bank mit Vertretern der SE-Arbeitnehmer zu besetzen⁶⁴⁰.

Festzuhalten bleibt, daß die Mitbestimmungsvereinbarung in der von einer deutschen Gesellschaft abhängigen SE nur konzernbezogene Regelungen mit Wirkung auf Ebene der SE enthalten kann.

b. Mitbestimmung in der deutschen Obergesellschaft

Ist die deutsche Obergesellschaft eine gemäß den Grundtatbeständen der Mitbestimmungsgesetze mitbestimmte Gesellschaft, kommt eine Konzernmitbestimmung der SE-Arbeitnehmer in Betracht. Wie oben bereits zur deutschen Obergesellschaft mit einer ausländischen Tochtergesellschaft dargestellt, genügt für die Anwendung der Konzerntatbestände, daß die fraglichen Beschäftigten in einem von der Obergesellschaft beherrschten Unternehmen beschäftigt sind⁶⁴¹. Es kommt weder auf die Rechtsnatur der beherrschten Gesellschaft noch deren Sitz an⁶⁴². Auch Arbeitnehmer im Ausland nehmen an der deutschen Konzernmitbestimmung teil.

Folglich sind die Beschäftigten der SE der deutschen Obergesellschaft als Arbeitnehmer im Sinne von § 5 Abs. 1 MitbestG zuzurechnen.

Zu prüfen bleibt, ob die Mitbestimmungsvereinbarung der SE im Bereich dieser Konzernmitbestimmung Regelungen treffen kann. Wie schon zuvor zur Konzernmitbestimmung in der

⁶⁴⁰ Vgl. dazu oben Seite 118 und dort die Nachweise in Fn. 417 f.

⁶⁴¹ Oben Seite 40 ff. (52 ff.).

⁶⁴² Oben Seite 51 ff.

§ 8. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

abhängigen SE festgestellt, kommt dabei eine Änderung der zwingenden Regelungen nicht in Betracht. Denkbar sind allerdings Abreden zur Substitution der in den deutschen Mitbestimmungsgesetzen in den Konzerngesellschaften vorausgesetzten Institutionen des Betriebsverfassungsrechtes. Insbesondere in SE ohne deutsche Betriebsverfassung mag eine Abrede zur praktischen Durchführung der Konzernmitbestimmung in der deutschen Obergesellschaft den zum Teil diskutierten Problemen der Einbeziehung von Arbeitnehmer von nicht deutschem Statut unterliegenden Gesellschaften vorbeugen⁶⁴³.

3. Zusammenfassung

Beherrscht eine SE eine weitere SE, haben nur die direkt von der Konzernverbindung betroffenen Arbeitnehmer ein aktives und passives Wahlrecht zum besonderen Verhandlungsgremium in der Tochter-SE. Die Arbeitnehmer der darüber hinaus im Sinne von Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie beteiligten Mutter-SE sind nicht wahlberechtigt.

Wird eine SE von einer deutschen Gesellschaft beherrscht, nehmen deren Arbeitnehmer an der Konzernmitbestimmung bei der deutschen Obergesellschaft teil (§ 5 Abs. 1 MitbestG). Die Mitbestimmungsvereinbarung der Tochter-SE kann konzernspezifische Regelungen auf der Ebene der SE enthalten. Gesellschaftsübergreifende Regeln, die auch die Obergesellschaft binden, sind in der Mitbestimmungsvereinbarung allenfalls im Sinne eines Vergleiches über streitige Rechtsfragen zulässig. Dazu kommen Abreden zur Substitution der in den Mitbestimmungsgesetzen vorausgesetzten betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen in Betracht.

⁶⁴³ Dazu oben Seite 71 ff. Allgemein zu Abreden über die Durchführung der Mitbestimmung *Hanau/Ulmer*, Einl. Rn. 44; *Raiser*, BB 1977, 1461 ff.; *ders.* § 1 Rn. 49 a.E.; *Oetker* in GK-AktG, Mitbest, Vorbem. Rn. 107; kritisch *Mertens*, AG 1982, 141 (149).

§ 9. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

A. Mitbestimmung im grenzüberschreitenden Konzern mit deutscher Muttergesellschaft

- (1) Beschäftigte in ausländischen Tochtergesellschaften einer deutschen Kapitalgesellschaft sind dieser im Sinne der Konzerntatbestände der Mitbestimmungsgesetze als Arbeitnehmer zuzurechnen.
- (2) Kollisionsrechtlich ist das Mitbestimmungsrecht als Gesellschaftsrecht zu betrachten. Damit entscheidet sich die Frage der Einbeziehung der Beschäftigten ausländischer Konzerngesellschaften in die Mitbestimmung bei der deutschen Obergesellschaft entsprechend deren deutschem Personalstatut nach deutschem Recht. Dies berührt nicht die Souveränität des betroffenen ausländischen Staates im Sinne des Territorialitätsprinzips, da die wesentlichen Rechtsfolgen der Mitbestimmungsgesetze in Deutschland eintreten.
- (3) Die Beschäftigten in ausländischen Konzerngesellschaften sind vom Wortlaut der Anwendungs- und Konzerntatbestände der Mitbestimmungsgesetze als Arbeitnehmer erfaßt. Auch sprechen das grenzüberschreitende Mitbestimmungsmodell der Europäischen Aktiengesellschaft sowie Sinn und Zweck der deutschen Mitbestimmungsgesetze für eine Einbeziehung der ausländisch Beschäftigten in die Mitbestimmung bei der deutschen Obergesellschaft.

Die gegen eine Einbeziehung sprechenden Gesetzesmaterialien zum Mitbestimmungsgesetz von 1976 können das Auslegungsergebnis nicht umkehren.

- (4) Die Arbeitnehmer in den ausländischen Gesellschaften zählen, gleich ihren deutschen Kollegen, bezüglich der Arbeitnehmerquoten der Mitbestimmungsgesetze mit. Weiter haben sie die gleichen Wahlrechte. Die teilweise diskutierten praktischen Probleme sind im Wege der Substitution und Improvisation zu lösen, können aber nicht das Ergebnis der Gesetzesauslegung negieren.

§ 9. Zusammenfassung

- (5) Arbeitnehmer in ausländischen Niederlassungen deutscher Kapitalgesellschaft nehmen an der unternehmerischen Mitbestimmung bei der deutschen Gesellschaft teil. Kollisionsrechtlich ist gemäß dem Personalstatut der deutschen Gesellschaft deutsches Mitbestimmungsrecht anwendbar. Sachrechtlich sind die Arbeitnehmer unter die Mitbestimmungsgesetze subsumierbar.

B. Mitbestimmung im grenzüberschreitenden Konzern mit ausländischer Muttergesellschaft

- (6) Die grenzüberschreitende Konzernverbindung berührt nicht die Mitbestimmung in der ausländischen Muttergesellschaft oder der deutschen Tochtergesellschaft. Es gilt gemäß dem jeweiligen Personalstatut das jeweilige nationale Mitbestimmungsrecht.
- (7) Im internationalen faktischen Konzern bestimmen sich die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Konzernverbindung auf das Mitbestimmungsrecht in der deutschen Tochtergesellschaft nach deutschem Recht. Sachrechtlich bestehen keine Unterschiede zwischen einem nationalen faktischen Konzern und einem internationalen faktischen Konzern. Die ausländische Obergesellschaft ist wie ein deutscher Mehrheitsgesellschafter zu behandeln. Die Mitbestimmung in der Tochtergesellschaft bleibt von der internationalen Beherrschung unberührt.
- (8) Der internationale Beherrschungsvertrag ist zulässig. Kollisionsrechtlich sind die mitbestimmungsrechtlichen Folgen des Beherrschungsvertrages nach dem deutschen Sachrecht zu beurteilen.
- (9) Der Mitbestimmungsschutz des § 308 Abs. 3 Satz 2 AktG läuft im internationalen Vertragskonzern in der Regel mangels Mitbestimmung bei der ausländischen Obergesellschaft leer. Dennoch ist ein internationaler Beherrschungsvertrag aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht ohne Einschränkungen zulässig.
- (10) Niederlassungen ausländischer Unternehmen in Deutschland unterliegen nicht der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung. Diese bestimmt sich gemäß dem Personalstatut der ausländischen Obergesellschaft nach deren Recht. Einschränkungen

§ 9. Zusammenfassung

gen der Niederlassungsfreiheit zum Schutz der deutschen Mitbestimmung im Sinne eines Rechtsformzwanges oder anderem verstoßen gegen die europarechtliche Niederlassungsfreiheit.

- (11) Ausländische Kapitalgesellschaften können aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht ohne weitere Anforderungen Komplementär einer deutschen Kommanditgesellschaft sein. Die Kommanditgesellschaft ist als Personengesellschaft nicht mitbestimmt. Die Mitbestimmung bei der ausländischen Komplementärgesellschaft bestimmt sich allein nach deren Recht. Die Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft haben keine Gelegenheit zur unternehmerischen Mitbestimmung nach deutschem Recht.

C. Mitbestimmung in Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren

- (12) Das Personalstatut von Gesellschaften, die nicht in ihrem Gründungsstaat residieren, richtet sich nach deren Gründungsort. Entsprechend ist nur auf in Deutschland gegründete, umziehende Gesellschaften deutsches Mitbestimmungsrecht anwendbar. Eine ausländische Gesellschaft, die in Deutschland ihren Sitz nimmt, ist nicht nach deutschem Recht mitbestimmt. Eine Sonderanknüpfung abweichend vom Personalstatut zugunsten deutschen Rechtes kommt nicht in Betracht.
- (13) Ist eine ausländische Gesellschaft mit Sitz in Deutschland abhängige Gesellschaft in einem deutschen Konzern, haben die Arbeitnehmer der ausländischen Gesellschaft bei der Mitbestimmung zur deutschen Obergesellschaft die gleichen Mitbestimmungsrechte wie Arbeitnehmer deutscher Konzerngesellschaften. Sie werden der Obergesellschaft als Arbeitnehmer gemäß den Konzerntatbeständen der Mitbestimmungsgesetze zugerechnet.
- (14) Ist eine ausländische Gesellschaft mit Sitz in Deutschland herrschende Gesellschaft in einem deutschen Konzern, findet keine deutsche Konzernmitbestimmung bei der ausländischen Gesellschaft statt. Die Mitbestimmung in den deutschen Tochtergesellschaften bleibt unberührt. Soweit die notwendigen Arbeitnehmerzahlen erreicht sind, kommt eine Mitbestimmung bei einer deutschen Gesellschaft als Teilkonzernspitze in Betracht.

§ 9. Zusammenfassung

- (15) Eine in Deutschland residierende ausländische Gesellschaft kann aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht Komplementärgesellschaft einer deutschen Kommanditgesellschaft sein. In diesem Fall kommt es zu keiner unternehmerischen Mitbestimmung nach deutschem Recht. Die ausländische Gesellschaft unterliegt allein ihrem Personalstatut.
- (16) Residiert eine deutsche Gesellschaft im Ausland bleibt das deutsche Mitbestimmungsrecht als Teil deren Personalstatutes auf sie anwendbar.

D. Konzern mit Beteiligung einer Europäischen Aktiengesellschaft

- (17) Zur Vorbereitung der Verhandlungen zur Mitbestimmungsvereinbarung in der Europäischen Aktiengesellschaft sind über den Wortlaut des § 5 Abs. 1 SEBG (Art. 2 lit. d der Richtlinie Nr. 2001/86/EG) hinausgehend auch Arbeitnehmer von zukünftigen Enkelgesellschaften von der Gründung der SE betroffene Arbeitnehmer. Entsprechend sind sie zur Wahl des besonderen Verhandlungsgremiums wahlberechtigt.
- (18) Arbeitnehmer in außereuropäischen Gesellschaften, die durch die SE Gründung betroffen sind, sind gemäß dem SEBG nicht zum besonderen Verhandlungsgremium wahlberechtigt. Insofern ist das SEBG gegenüber der Richtlinie Nr. 2001/86/EG einschränkend.
- (19) Die Verhandlungsautonomie des gebildeten besonderen Verhandlungsgremiums beschränkt sich auf mitbestimmungsbezogene Sachverhalte. Das Gremium hat keine Kompetenz, nicht mitbestimmungsrechtliche Aspekte wie etwa Beschäftigungsschutzzusagen im Gegenzug für mitbestimmungsrechtliche Zusagen, zu verhandeln.
- (20) Das besondere Verhandlungsgremium hat die Kompetenz, die Mitbestimmung in der SE auszuschließen. Weiter kann das Gremium einzelne Gruppen von Arbeitnehmern mit sachlichem Grund von der Mitbestimmung ausschließen. Auch kann das Gremium die Arbeitnehmervertreter im mitbestimmten Organ der SE von der Verhandlung und/oder Beschlußfassung über bestimmte Angelegenheiten ausschließen. Letztlich kann das Gremium die Bildung mitbestimmungsfreier Ausschüsse vereinbaren.

§ 9. Zusammenfassung

- (21) Die Richtlinie Nr. 2001/86/EG und das SEBG sind ergänzend dahin auszulegen, daß auch die Gesellschaft beziehungsweise ihre Geschäftsleitung nach zwei Jahren Nachverhandlungen zur Mitbestimmungsvereinbarung verlangen können. Weiter kann die Gesellschaft frühere Nachverhandeln aus wichtigem Grund verlangen.
- (22) Die SE kann faktisch herrschende und abhängige Gesellschaft einer anderen SE oder anderen nationalen Gesellschaft sein. In einem Vertragskonzern kann die SE wegen der gemäß der Verordnung Nr. 2157/2001 unbeschränkbaren Leitungsmacht des SE-Vorstandes nur herrschende Gesellschaft sein.
- (23) Ist die SE herrschende Gesellschaft in einem Vertragskonzern, richtet sich die Mitbestimmung bei der SE nach dem Inhalt der jeweiligen Mitbestimmungsvereinbarung. Daneben bildet die deutsche Kapitalgesellschaft mit dem höchsten Rang eine Teilkonzernspitze im Sinne des § 5 Abs. 3 MitbestG. Dies gilt auch dann, wenn die Mitbestimmungsvereinbarung der SE eine Konzernmitbestimmung vorsieht.
- (24) Das Zustimmungserfordernis des § 308 Abs. 3 Satz 2 MitbestG bei einer deutschen Tochtergesellschaft einer SE kann nicht Regelungsgegenstand der Mitbestimmungsvereinbarung der herrschenden SE sein.
- (25) Ist die SE Gesellschaft eines faktischen Konzernes gelten die allgemeinen Regeln zum internationalen faktischen Konzern entsprechend vorgesagtem - die Mitbestimmung in jeder beteiligten Gesellschaft bleibt von der faktischen Konzernverbindung unberührt.
- (26) An der Wahl des besonderen Verhandlungsgremiums der SE nehmen diejenigen Arbeitnehmer teil, die später unter der Leitungsmacht der SE stehen.
- (27) Ist die SE von einer deutschen Gesellschaft faktisch beherrscht, kann die Mitbestimmungsvereinbarung eine etwaige Konzernmitbestimmung bei der deutschen Obergesellschaft nicht regeln. Etwas anderes gilt insoweit, als die Anteilseigner der Obergesellschaft im Rahmen ihrer Satzungscompetenz einen Teil ihrer Bank mit Vertretern der SE-Arbeitnehmer besetzen.
- (28) Die Mitbestimmungsvereinbarung kann die Substitution der vom deutschen Mitbestimmungsrecht für die Konzernmitbestimmung in der abhängigen Gesellschaft vorausgesetzte betriebsverfassungsrechtliche Strukturen regeln.

§ 10. Schluß

Die Untersuchung hat gezeigt, daß das deutsche Mitbestimmungsrecht in seiner jetzigen Form geeignet ist, die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in grenzüberschreitenden Unternehmen mit einer deutschen Konzernspitze zu sichern. Im umgekehrten Fall einer vom Ausland aus beherrschten deutschen Gesellschaft endet dagegen die deutsche Mitbestimmung in den deutschen Tochtergesellschaften und damit an der deutschen Grenze.

In den Fällen der seit der EuGH-Rechtsprechung in Sachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* erleichterten grenzüberschreitenden Sitzverlegungen ist die Reichweite der Mitbestimmung ähnlich einseitig. Soweit man davon ausgeht, daß deutsche Gesellschaften ihren Sitz in andere Staaten identitätswahrend verlegen können, bleiben diese mitbestimmt. Ausländische Gesellschaften, die ihren Sitz in Deutschland nehmen, unterliegen dagegen nicht der deutschen Unternehmensmitbestimmung.

Dieses Ergebnis mag zunächst als rechtspolitisch unbefriedigend wirken. Letztlich handelt es sich aber um die Folge der Souveränität der jeweiligen beteiligten ausländischen Rechtsordnungen, die Mitbestimmung in den ihrem Recht unterliegenden Gesellschaften zu regeln beziehungsweise nicht zu regeln. Dies ist rechtspolitisch hinzunehmen. Das deutsche Recht kann nicht als Vehikel dienen, die sozialideologisch motivierte deutsche Unternehmensmitbestimmung über die deutschen Grenzen hinweg zu transportieren. Als Ausnahme gilt insoweit die aus Deutschland wegziehende deutsche Gesellschaft. Diese unterliegt in Anerkennung ihres Gründungsstatutes durch die ausländische Rechtsordnung weiter deutschem Mitbestimmungsrecht.

Im Rahmen der so gezogenen Grenzen ist jedoch das Mitbestimmungsrecht in seiner jetzigen Form geeignet, die den Gesetzen zugrunde gelegten Wertentscheidungen auch im grenzüberschreitenden Sachverhalt umzusetzen.

In Bezug auf die Europäische Aktiengesellschaft hat die Untersuchung gezeigt, daß der vom *Davignon*-Bericht entwickelte flexible Rahmen der Unternehmensmitbestimmung in das Gemeinschaftsrecht übernommen worden ist. Die Sozialpartner sind beim Abschluß der Mit-

§ 10. Schluß

bestimmungsvereinbarung weitgehend frei, sich auf ein der einzelnen Gesellschaft angepaßtes Mitbestimmungsmodell zu einigen. Ist die Europäische Aktiengesellschaft Teil eines Konzernes, erlaubt das Gemeinschaftsrecht auch Regelungen zur Konzernmitbestimmung, soweit diese grundsätzlich nicht über die Sphäre der Europäische Aktiengesellschaft hinaus gehen.

Damit ist für die Europäische Aktiengesellschaft, noch über das Maß des deutschen Mitbestimmungsrechtes hinausgehend, sichergestellt, daß die unternehmerische Mitbestimmung im grenzüberschreitenden Konzern in einer Form durchgeführt werden kann, die die Interessen aller Parteien und der Öffentlichkeit angemessen berücksichtigt.

Die Arbeit wurde zum 21. Februar 2005 abgeschlossen. In den Fußnoten sind, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, einige erst nach Abschluß der Arbeit veröffentlichte Fundstellen nachgetragen.

Lebenslauf

Ich wurde am 22.12.1974 als erstes Kind der Bankkaufleute Hans-Bernt und Sabine Nienerza in Köln geboren. Ich habe eine Schwester, die an der Universität zu Köln Rechtswissenschaft studiert hat. Sie hat im Sommer 2004 die erste juristische Staatsprüfung abgelegt und ist derzeit Referendarin in Köln.

Ich begann 1981 meine schulische Ausbildung, die ich ab 1985 an dem Städtischen Hölderlin Gymnasium in Köln Mülheim fortsetze. Am 01.06.1994 beendete ich meine Ausbildung dort mit der allgemeinen Hochschulreife.

Nach Abschluß meiner Schulausbildung nahm ich am 01.10.1994 mein Studium der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln auf. Während meines Studiums interessierte ich mich besonders für das Arbeits- und Wirtschaftsrecht. Im Sommer 1996 leistete ich meine erste praktische Studienzeit bei der Kanzlei Görg Rechtsanwälte in Köln ab (heute GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten). Nach Ende des Praktikums nahm ich dort eine Tätigkeit als studentischer Mitarbeiter auf. Am 18.03.1999 legte ich die erste juristische Staatsprüfung bei dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Köln ab. Im Anschluß bewarb ich mich für einen Referendarplatz bei dem Oberlandesgericht Köln. Während der Wartezeit bereitete ich meine Promotion vor. Gleichzeitig arbeitete ich weiter bei der Kanzlei Görg.

Im Juli 2000 begann ich mein Referendariat bei dem Oberlandesgericht Köln. Von den Stationen sind die Pflichtwahlstation beim Oberlandesgericht Köln, 13. Zivilsenat (Bankrecht), die Anwaltsstation bei der Kanzlei Görg und die Wahlstation bei der Kanzlei DLA, London, hervorzuheben. Während des gesamten Referendariates war ich parallel bei der Kanzlei Görg beschäftigt.

Am 05.07.2002 legte ich mit der mündlichen Prüfung die zweite juristische Staatsprüfung ab. Im Anschluß daran nahm ich meine durch das Referendariat unterbrochene Arbeiten an meiner Dissertation wieder auf. Im Februar 2003 trat ich in die Kanzlei Görg als Rechtsanwalt ein. Dort bin ich bis heute mit einem Schwerpunkt in den Bereichen Insolvenzrecht, Restrukturierungs-/Sanierungsberatung und Gesellschaftsrecht tätig.