

**Niederlassungsfreiheit**

**contra**

**Unternehmensmitbestimmung**

**- Zur Möglichkeit der Anwendung nationaler Regeln der  
Unternehmensmitbestimmung auf Auslandsgesellschaften mit  
Verwaltungssitz in Deutschland -**

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der  
Juristischen Fakultät  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Holger Kierstein  
aus Ludwigsburg

2006

## **Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 3-89963-413-6

Dekan:	Prof. Dr. Joachim Vogel
1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Hermann Reichold
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Heinz-Dieter Assmann

Tag der mündlichen Prüfung: 1. August 2006

D 21

© Verlag Dr. Hut, München 2006  
Sternstr. 18, 80538 München  
Tel.: 089/66060798  
[www.dr.hut-verlag.de](http://www.dr.hut-verlag.de)

**Die Informationen in diesem Buch wurden mit großer Sorgfalt erarbeitet. Dennoch können Fehler, insbesondere bei der Beschreibung des Gefahrenpotentials von Versuchen, nicht vollständig ausgeschlossen werden. Verlag, Autoren und ggf. Übersetzer übernehmen keine juristische Verantwortung oder irgendeine Haftung für eventuell verbliebene fehlerhafte Angaben und deren Folgen.**

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der Vervielfältigung und Verarbeitung in besonderen Verfahren wie fotomechanischer Nachdruck, Fotokopie, Mikrokopie, elektronische Datenaufzeichnung einschließlich Speicherung und Übertragung auf weitere Datenträger sowie Übersetzung in andere Sprachen, behält sich der Autor vor.

1. Auflage 2006

Druck und Bindung: printy, München ([www.printy.de](http://www.printy.de))

*MEINEN ELTERN*



<b>ABKÜRZUNGEN .....</b>	<b>VII</b>
<b>A. EINLEITUNG UND THEMENEINGRENZUNG.....</b>	<b>1</b>
I. THEMENEINGRENZUNG .....	2
II. FORTGANG DER UNTERSUCHUNG.....	2
<b>B. AUSGANGSLAGE .....</b>	<b>4</b>
I. RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND FÜR ZUZIEHENDE GESELLSCHAFTEN VOR DEN ENTSCHEIDUNGEN <i>ÜBERSEERING</i> UND <i>INSPIRE ART</i> DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS .....	4
1. Sitztheorie .....	6
2. Gründungstheorie .....	9
3. Sitztheorie und Unternehmensmitbestimmung .....	11
II. DIE <i>ÜBERSEERING</i> -ENTSCHEIDUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS .....	12
1. Sachverhalt .....	12
2. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und Kernaussagen des Urteils .....	14
III. DIE <i>INSPIRE ART</i> -ENTSCHEIDUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS .....	16
1. Sachverhalt .....	16
2. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und Kernaussagen des Urteils .....	17
IV. WÜRDIGUNG DER ENTSCHEIDUNGEN UND KONSEQUENZEN FÜR DIE BISHERIGE PRAXIS IN DEUTSCHLAND .....	19
1. Wettbewerb der Rechtsordnungen .....	21
2. Keine Änderung für Wegzugsfälle.....	24
<b>C. BEDEUTUNG UND FOLGEN DER ENTSCHEIDUNGEN DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR DIE DEUTSCHE UNTERNEHMENSMITBESTIMMUNG .....</b>	<b>25</b>
I. DIREKTE ODER ANALOGE ANWENDUNG DES MITBESTIMMUNGSGESETZES .....	26
1. Direkte Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes.....	27
2. Analoge Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes .....	27
a. Grundsätzliche Analogiemöglichkeit für das Mitbestimmungs- gesetzes .....	27
b. Ausschluss einer Analogie .....	31
aa. Grundsätzlich keine Analogiefähigkeit? .....	31
bb. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes .....	32
cc. Rechtstechnische Schwierigkeiten .....	33

## II

dd.	Rechtsunsicherheit .....	34
ee.	Europarecht .....	35
ff.	Die herrschende Meinung .....	36
c.	Ergebnis.....	37
II.	<b>BISHERIGE ANSÄTZE DER LITERATUR, NATIONALE VORSCHRIFTEN GEGENÜBER DEM GRÜNDUNGSSTATUT DURCHZUSETZEN.....</b>	<b>38</b>
1.	Überlagerungstheorie .....	38
2.	Kombinationslehre.....	41
3.	Ergebnis zu Ansätzen der Literatur .....	42
III.	<b>ZWISCHENERGEBNIS .....</b>	<b>43</b>
IV.	<b>KONSEQUENZEN FÜR DIE UNTERNEHMENSMITBESTIMMUNG - DREI ANSÄTZE ..</b>	<b>43</b>
1.	Ansatz 1: Aufgabe der Unternehmensmitbestimmung .....	43
2.	Ansatz 2: Keine Veränderung .....	45
a.	Inländerdiskriminierung.....	46
b.	Legitimitätsverlust .....	47
c.	„Entschärfung“ der Lage durch die Regelungen der Societas Europaea?.....	47
d.	Ergebnis.....	49
3.	Ansatz 3: Anpassung .....	50
<b>D.</b>	<b>ORDRE PUBLIC, ART 6 EGBGB, ALS ANKNÜPFUNGSPUNKT FÜR ANGEPASSTE REGELN DER UNTERNEHMENSMITBESTIMMUNG .....</b>	<b>53</b>
I.	<b>DER ORDRE PUBLIC ALS TEIL DES INTERNATIONALEN PRIVATRECHTS .....</b>	<b>54</b>
1.	Regelungsgrund.....	55
2.	Begrifflichkeit.....	56
3.	Der ordre public als Ausnahmeregelung .....	57
II.	<b>TATBESTAND / PRÜFUNG VON ART. 6 EGBGB.....</b>	<b>57</b>
1.	Anwendbares Recht.....	57
2.	Prüfungsgegenstand: Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts .....	58
a.	Missbilligung einer vorhandenen Regelung .....	58
b.	Missbilligung des Fehlens einer Regelung .....	59
III.	<b>PRÜFUNGSMAßSTAB: GRUNDRECHTE UND DIE DEUTSCHE ÖFFENTLICHE ORDNUNG .....</b>	<b>60</b>
1.	Festlegung des Prüfungsmaßstabs.....	60
a.	Grundrechte.....	60
b.	Wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts .....	61

### III

2. Einordnung der Unternehmensmitbestimmung im Anwendungsbereich des ordre public .....	63
a. Anforderungen .....	63
b. Ausgangslage .....	63
c. Die Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung in der deutschen Rechtsordnung.....	64
aa. Entstehungsgeschichte .....	64
bb. Grundgedanken und Zielsetzung der Mitbestimmung und der Unternehmensmitbestimmung .....	66
cc. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	67
dd. Rechtsprechung .....	68
ee. Literatur .....	69
ff. Aktuelle Kritik.....	70
aaa. Kritik aus dem Bereich der corporate governance .....	71
bbb. Weitere allgemeine Kritik.....	74
ccc. Stellungnahme .....	74
ddd. Abgrenzung der Unternehmensmitbestimmung von der betrieblichen Mitbestimmung.....	76
d. Ergebnis.....	79
3. Voraussetzungen für ein Eingreifen des ordre public .....	79
a. Offensichtlichkeit des Verstoßes gegen die deutsche Öffentliche Ordnung.....	80
b. Inlandsbezug .....	84
c. Verhältnis zwischen Offensichtlichkeit und Inlandsbezug.....	85
d. Relevanter Zeitpunkt.....	85
IV. RECHTSFOLGEN EINES VERSTOßES GEGEN DEN ORDRE PUBLIC.....	86
1. Negative Funktion .....	86
2. Positive Funktion? .....	87
3. Ausfüllung der Lücke .....	88
V. EXKURS: ANWENDUNGSZURÜCKHALTUNG IM VERHÄLTNIS ZU ANDEREN MITGLIEDSTAATEN?.....	89
VI. ERGEBNIS / ZWECKMÄßIGKEIT .....	92
<b>E. EINGRIFFSNORMEN UND SONDERANKNÜPFUNGEN IM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT .....</b>	<b>95</b>
I. VORAUSSETZUNGEN FÜR EINGRIFFSNORMEN.....	96
1. Wirtschafts-, staats- und sozialpolitischer Zweck der Norm .....	96
2. Internationaler Geltungswille .....	97
3. Inlandsbezug .....	98
4. Abgrenzung vom ordre public.....	98

5. Zusammenfassung .....	100
II. UNTERNEHMENSMITBESTIMMUNG ALS EINGRIFFSNORM.....	100
1. Status quo .....	100
2. Unternehmensmitbestimmung als Eingriffsnorm - Handlungsmöglichkeiten de lege ferenda .....	101
a. Wirtschafts-, staats- und sozialpolitischer Zweck der Unternehmensmitbestimmung .....	101
b. Internationaler Geltungswille.....	103
c. Inlandsbezug .....	103
III. SCHLUSSFOLGERUNG UND FORMULIERUNGSVORSCHLAG .....	103
<b>F. ANFORDERUNGEN DER EUROPÄISCHEN NIEDERLASSUNGSFREIHEIT, ART. 43 EG, FÜR MODELLE DER UNTERNEHMENSMITBESTIMMUNG ALS EINGRIFFSNORM.....</b>	<b>106</b>
I. INHALT DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT .....	107
1. Schutzbereich.....	107
2. Gewährleistungsinhalt .....	110
a. Diskriminierung .....	110
b. Behinderung .....	112
II. BESCHRÄNKUNG DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT DURCH ANWENDUNG VON VORSCHRIFTEN ZUR UNTERNEHMENSMITBESTIMMUNG .....	113
1. Grundsätzliches Vorliegen einer Beschränkung .....	114
2. Abgrenzung zwischen direkter Diskriminierung, indirekter Diskriminierung und Behinderung.....	114
a. Konstellation a .....	115
b. Konstellation b .....	116
c. Auffassung <i>Randelzhofer/Forsthoff</i> .....	118
d. Anwendung der Grundsätze der <i>Keck</i> -Rechtsprechung?.....	119
e. Zwischenergebnis.....	124
3. Rechtfertigungsmöglichkeiten für Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit .....	125
III. RECHTFERTIGUNG VON BESCHRÄNKUNGEN DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT NACH ART. 46 EG .....	125
1. Inhalt des Art. 46 EG.....	126
2. Anwendung auf Gesellschaften.....	127
3. Art. 46 EG und Anwendung nationaler Regeln zur Unternehmens- mitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften .....	129

IV. ZWINGENDE GRÜNDE DES ALLGEMEININTERESSES ALS RECHT- FERTIGUNGSGRUND FÜR BESCHRÄNKUNGEN DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT	130
1. Bedeutung für ein Umsetzungsmodell für die Unternehmens- mitbestimmung .....	132
2. Unterschiedslose und nichtdiskriminierende Anwendung .....	133
3. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses .....	135
a. Bestimmung von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses .....	135
b. Unternehmensmitbestimmung als europarechtlich zwingendes Allgemeininteresse .....	138
aa. Primärrechtliche Verankerung .....	139
bb. Sekundärrechtliche Verankerung .....	141
cc. Anerkennung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs .....	143
dd. Anerkanntes Institut in verschiedenen Mitgliedstaaten .....	145
ee. Zwischenergebnis .....	149
c. Geeignetheit .....	150
d. Erforderlichkeit .....	151
e. Angemessenheit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn .....	152
4. Ergebnis .....	154
<b>G. ÄNDERUNGSMODELLE .....</b>	<b>155</b>
I. AUFHEBUNG DER RECHTSFORMBINDUNG IN § 1 MITBESTIMMUNGSGESETZ ...	156
1. Rechtfertigungsvoraussetzungen des Europäischen Gerichtshofs .....	157
a. Unterschiedslose und nichtdiskriminierende Anwendung .....	157
b. Geeignetheit .....	157
c. Erforderlichkeit .....	159
d. Angemessenheit .....	162
2. Ergebnis .....	162
II. TERRITORIALE ANKNÜPFUNG WIE BEI DER BETRIEBLICHEN MITBESTIMMUNG .....	162
1. Rechtfertigungsvoraussetzungen des Europäischen Gerichtshofs .....	163
a. Unterschiedslose und nichtdiskriminierende Anwendung .....	163
b. Geeignetheit .....	163
c. Erforderlichkeit .....	164
d. Angemessenheit .....	165
2. Ergebnis .....	165
III. ZWANG ZUR GRÜNDUNG EINER TOCHTERGESELLSCHAFT IN DEUTSCHER RECHTSFORM .....	165
IV. ÜBERTRAGUNG DES MODELLS DER SOCIETAS EUROPAEA .....	166

## VI

1. Das Mitbestimmungsmodell der Societas Europaea .....	168
a. Vorrang einer Verhandlungslösung .....	168
b. Auffangregelung .....	169
2. Übertragbarkeit des Mitbestimmungsmodells der Societas Europaea.....	171
a. Analoge Anwendung des Modells der Societas Europaea .....	172
b. Vorschlag <i>Kersting</i> .....	172
c. Ergebnis.....	173
V. VORSCHLAG DER DAVIGNON-SACHVERSTÄNDIGENGRUPPE.....	174
1. Rechtfertigungsvoraussetzungen des Europäischen Gerichtshofs .....	176
a. Unterschiedslose und nichtdiskriminierende Anwendung .....	176
b. Geeignetheit .....	178
c. Erforderlichkeit .....	178
d. Angemessenheit .....	179
2. Ergebnis .....	180
VI. ZWISCHENERGEBNIS .....	180
VII. ABSCHLIEßENDER VORSCHLAG – VORRANG VON VERHANDLUNGEN MIT SUBSIDIÄRER AUFFANGREGELUNG.....	181
1. Das Modell .....	182
a. Verhandlungen .....	183
b. Auffangregelung .....	184
2. Rechtfertigungsvoraussetzungen des EuGH .....	187
a. Unterschiedslose und nichtdiskriminierende Anwendung .....	187
b. Geeignetheit .....	188
c. Erforderlichkeit .....	188
aa. Kein erheblicher Eingriff in Organisationsstruktur .....	188
bb. Kein erheblicher Eingriff durch Kompetenzen des Konsul- tationsrats .....	188
cc. Keine unzulässige Kumulation von Mitbestimmungsrechten .....	189
d. Angemessenheit .....	190
3. Ergebnis .....	190
4. Konsequenzen einer Umsetzung des Vorschlags.....	190
<b>H. ZUSAMMENFASSUNG.....</b>	<b>193</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>196</b>

**Abkürzungen**

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft (und auch Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
a.F.	alte Fassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
a.A.	anderer Auffassung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayOLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BDA	Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
BerGesVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BT-Drcks.	Bundestags-Drucksachen
BuW	Betrieb und Wirtschaft (Zeitschrift)
BV	Besloten Vennootschap
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EG	EG-Vertrag und auch Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung

## VIII

etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
EVÜ	Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (Zeitschrift)
ff	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
grds.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne der/des
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
ltd	private company limited by shares
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz 1976
MontanMitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz
MüKo	Münchener Kommentar
mwNw	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NV	Naamloze Vennootschap

Nw.	Nachweise
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.ä.	oder ähnlich
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
sog.	so genannte
Syst. Darst.	Systematische Darstellungen
u.	und
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
v.	von
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft



## A. Einleitung und Themeneingrenzung<sup>1</sup>

Die Vorgaben des Europarechts beeinflussen immer stärker auch das deutsche Gesellschaftsrecht. Insbesondere die *Überseering*-Entscheidung des EuGH vom 5.11.2002 hat gravierende Auswirkungen auf das europäische – und damit auch auf das deutsche – Gesellschaftsrecht. Infolge der Entscheidung sind Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten innerhalb der EU nun voll verkehrsfähig. Für Deutschland bedeutet dies, dass Gesellschaften aus allen Mitgliedstaaten der EU durch Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland zuziehen können und im Inland als Gesellschaft ausländischen Rechts nach Maßgabe ihres jeweiligen Gründungsrechts anzuerkennen und zu beurteilen sind.

Bisher galt in Deutschland für die Fälle des Zuzugs von ausländischen Gesellschaften die Sitztheorie. Danach waren solche Gesellschaften in Deutschland weder rechts- noch parteifähig, da bei einer Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland auf sie das deutsche Gesellschaftsrecht anzuwenden war und damit die erforderlichen deutschen Gründungsvoraussetzungen nicht eingehalten waren. Die Gesellschaften waren somit rechtlich in Deutschland nicht existent (bzw. sollten als Personengesellschaften behandelt werden). Eine solche Vorgehensweise ist nach der *Überseering*-Entscheidung des EuGH nun nicht mehr möglich. Für den Fall des Zuzugs von EU-Gesellschaften ist jetzt von der Geltung der Gründungstheorie auszugehen.

Diese veränderten Bedingungen sind auch für den Anwendungsbereich der deutschen Unternehmensmitbestimmung von großer Bedeutung:

Nach § 1 MitbestG in seiner aktuellen Fassung gelten die Mitbestimmungsregeln derzeit nur für bestimmte Gesellschaftsformen in deutscher Rechtsform. Auslandsgesellschaften sind von der deutschen Unternehmensmitbestimmung nicht erfasst.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit werden die Auswirkungen der aktuellen Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit, insbesondere die Urteile *Überseering* und *Inspire Art*, auf die deutsche Unternehmensmitbestimmung

---

<sup>1</sup> Literatur und Rechtsprechung sind bis Januar 2005 berücksichtigt.

untersucht. Ein besonderer Schwerpunkt liegt dabei auf der Untersuchung der Möglichkeiten, deutsche Regeln zur Unternehmensmitbestimmung *de lege lata* und *de lege ferenda* auch auf Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland anzuwenden.

## I. Themeneingrenzung

Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf die Darstellung der Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung für die Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 (MitbestG). Andere Mitbestimmungsformen, wie bspw. nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz, dem Drittelbeteiligungsgesetz oder die betriebliche Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz, bleiben außer Betracht. Gegenstand der Untersuchung sind zum einen Auslandsgesellschaften, die aufgrund einer Tätigkeit in Deutschland ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt haben, aber weiterhin auch in anderen Staaten geschäftlich tätig sind (und dort auch Arbeitnehmer beschäftigen). Zum anderen aber auch Auslandsgesellschaften, die zwar im Ausland gegründet worden sind, aber bereits bei Gründung eine Geschäftsaufnahme ausschließlich bzw. überwiegend in Deutschland geplant war (sog. Scheinauslandsgesellschaften)<sup>2</sup>. Dargestellt werden die Besonderheiten für den Zuzug von EU-Kapitalgesellschaften nach Deutschland. Unter Zuzug einer Gesellschaft ist dabei die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland unter Beibehaltung des Satzungssitzes im Gründungsstaat zu verstehen. Andere Gesellschaftsformen, wie bspw. Personengesellschaften, sowie der Zuzug von Nicht-EU-Gesellschaften, bleiben außer Betracht. Ebenso wird in der Arbeit die Problematik des Wegzugs deutscher Gesellschaften aus Deutschland nicht behandelt.

## II. Fortgang der Untersuchung

Dargestellt und untersucht werden in der Arbeit die Ausgangslage vor den neueren maßgeblichen Entscheidungen des EuGH sowie die Entscheidungen selbst

---

<sup>2</sup> Der EuGH hat entschieden, dass eine solche Gründung, nur um in den Genuss vorteilhafter Rechtsvorschriften zu gelangen, keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit darstellt: EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*) Slg. 1999, I-1459, 1495, Rz. 18 = NJW 1999, 2027 f; EuGH Rs. C-167/01 (*Inspire Art*) GmbHR 2003, 1260, 1268, Rz. 96.

(B.). Sodann wird auf die Bedeutung und die Folgen der Entscheidungen für die deutsche Unternehmensmitbestimmung eingegangen (C.). Im Folgenden wird die deutsche Unternehmensmitbestimmung und ihre Bedeutung im Rahmen des ordre public (D.) und den Eingriffsnormen (E.) untersucht. Im Weiteren werden die Anforderungen des Europarechts für die Anwendung von nationalen Mitbestimmungsregeln auf zuziehende Auslandsgesellschaften untersucht (F.). Im Anschluss daran werden Änderungsmodelle für die deutsche Unternehmensmitbestimmung dargestellt und untersucht, die eine Anwendung von Mitbestimmungsregeln auf zuziehende Auslandsgesellschaften ermöglichen sollen (G.). Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse (H.).

## B. Ausgangslage

### I. Rechtslage in Deutschland für zuziehende Gesellschaften vor den Entscheidungen *Überseering* und *Inspire Art* des Europäischen Gerichtshofs

Für Sachverhalte mit Auslandsbezug bestimmt das Internationale Privatrecht (IPR) welche Rechtsordnung anwendbar ist (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Im Rahmen des IPR bestimmen die Regelungen des Internationalen Gesellschaftsrechts, welches Recht auf die *gesellschaftsrechtlichen* Verhältnisse (Rechtsfähigkeit, Prozessfähigkeit, Organisationsverfassung, Vertretung, Gesellschafterhaftung etc.) einer Gesellschaft bei Sachverhalten mit Auslandsbezug anzuwenden ist.<sup>3</sup> Dabei wirken die Normen des nationalen Gesellschaftsrechts auf das zur Anwendung kommende Internationale Gesellschaftsrecht ein, indem dort die Wertungen des nationalen Gesellschaftsrechts fortgeführt werden.<sup>4</sup> Die Regelungen des Internationalen Gesellschaftsrechts erfassen alle rechtsfähigen Gebilde, d.h. alle „organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten“, unabhängig von deren Organisationsform.<sup>5</sup> Das danach auf eine Gesellschaft anzuwendende Recht wird als Personalstatut bzw. als Gesellschaftsstatut der Gesellschaft bezeichnet.<sup>6</sup> Das Gesellschaftsstatut erfasst grundsätzlich alle oben genannten gesellschaftsrechtlichen Fragen vom „Beginn bis zum Ende der Gesellschaft“.<sup>7</sup> Auch die Unternehmensmitbestimmung unterliegt dem Gesellschaftsstatut.<sup>8</sup>

Bei der Bestimmung des für eine Gesellschaft geltenden Rechts ist traditionell von der Einheitstheorie auszugehen, d.h. für jede Gesellschaft gilt nach der h.M.

---

<sup>3</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 1; *Eidenmüller* ZIP 2002, 2233, 2234; *Heider* in MüKo AktG Band 1 Einl. Rn. 119.

<sup>4</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 11.

<sup>5</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 13.

<sup>6</sup> *Heider* in MüKo AktG Band 1 Einl. Rn. 117; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 17.

<sup>7</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 17.

<sup>8</sup> H.M., vgl. bspw. *Mankowski* ZIP 1995, 1006 Urteilsanmerkung; *Däubler* RabelsZ 39 (1975), 444, 453; *Großfeld/Erlinghagen* JZ 1993, 217; *Franzen* RdA 2004, 257, 258; *Bernstein/Koch* ZHR 143 (1979), 522, 528; *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 451 mwNw zur h.M. dort in Fn. 1078 u. 1079; *Junker* NJW 2004, 728, 729; BGH NJW 1982, 933, 934; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 510; *Schmidt-Leithoff* in Rowedder GmbHG Einl. Rn. 331.

ein einheitliches Gesellschaftsstatut, alle gesellschaftsrechtlichen Beziehungen werden also nur nach einem einheitlichen Recht beurteilt,<sup>9</sup> demzufolge alle gesellschaftsrechtlichen Fragen nach diesem einheitlichen Statut zu beantworten sind.<sup>10</sup>

Ausgangspunkt für die Betrachtung der Rechtsfolgen des Zuzugs einer Auslandsgesellschaft nach Deutschland ist, dass das deutsche IPR keine Regelungen zum Internationalen Gesellschaftsrecht enthält, es lässt also offen, wie das Gesellschaftsstatut zu bestimmen ist.<sup>11</sup> Vom Gesetzgeber wurde in Art. 37 Nr. 2 EGBGB lediglich bestimmt, dass die schuldrechtlichen Vorschriften des IPR nicht auf das Gesellschaftsrecht anwendbar sind.<sup>12</sup>

Welcher Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts zu wählen ist, ist mangels gesetzlicher Regelung umstritten.<sup>13</sup> Zur Ermittlung des jeweiligen Gesellschaftsstatuts werden im Internationalen Gesellschaftsrecht überwiegend zwei grundlegende Theorien vertreten:<sup>14</sup> die Sitztheorie und die Gründungstheorie.

---

<sup>9</sup> *Schmidt-Leithoff* in Rowedder GmbHG Einl. Rn. 301; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 16; Theorien, die zu einer Vermischung oder Überlagerung des auf eine Gesellschaft anwendbaren Rechts führen, werden von der h.M. abgelehnt, vgl. dazu ebenda. (zur von *Sandrock* begründeten Überlagerungstheorie vgl. aktuell *Sandrock* ZVglRWiss 102 (2003), 447 ff mit Nw. zu Entstehung der Theorie dort auf S. 449 in Fn. 1 sowie in dieser Arbeit unten unter C. II. 1. ).

<sup>10</sup> *Weller* IPRax 2003, 207, 208.

<sup>11</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 4, 18.

<sup>12</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 4.

<sup>13</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 18.

<sup>14</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 26-33; *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 258; Daneben wurde in der Vergangenheit auch die sog. Kontrolltheorie vertreten. Diese stellt zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts auf die Staatsangehörigkeit der Gesellschafter, die die Gesellschaft kontrollieren, ab. Sie spielt vorwiegend eine Rolle im Völkerrecht, ihre Anwendung im Internationalen Gesellschaftsrecht wird von der h.M. aber abgelehnt, vgl. dazu *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 259-263; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 19.

## 1. Sitztheorie

Die h.M. in Rechtsprechung und Literatur in Deutschland folgte bislang der Sitztheorie.<sup>15</sup> Grundlage der Sitztheorie ist die Annahme, dass für eine Gesellschaft nur ein einheitliches Gesellschaftsstatut bestehen kann (Einheitstheorie),<sup>16</sup> d.h. auf eine Gesellschaft können nicht gleichzeitig mehrere Rechte angewandt werden. Wie bereits die Bezeichnung als „Sitztheorie“ zum Ausdruck bringt, wird nach ihren Regeln das Gesellschaftsstatut einer Gesellschaft nach ihrem Sitz bestimmt.<sup>17</sup> Dabei kommt es nicht auf den Satzungssitz an, sondern entscheidendes Kriterium ist die Lage des tatsächlichen Verwaltungssitzes, d.h. der Ort der tatsächlichen Willensbildung, an dem die Verwaltung tatsächlich geführt wird.<sup>18</sup> Von der h.M. wird der tatsächliche Verwaltungssitz als der Ort definiert, „wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“<sup>19</sup>. Unter „Unternehmensleitung“ sind dabei die natürlichen Personen zu verstehen, die die täglichen Verwaltungsentscheidungen tatsächlich treffen.<sup>20</sup> Um zu bestimmen, an welchem Ort dies der Fall ist, wird im Rahmen der Sitztheorie auf den Ort abgestellt, an dem die Geschäftsleitung tätig ist.<sup>21</sup> Wo dies letztlich der Fall ist, wird anhand der Regelungen der lex fori bestimmt, es ist also nicht entscheidend, was das Gründungsrecht einer Gesellschaft als Verwaltungssitz beschreibt.<sup>22</sup>

Alle gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse einer Gesellschaft bestimmen sich damit einheitlich nach der durch die Anwendung der Sitztheorie ermittelten Rechtsordnung.<sup>23</sup> Folge ist, dass das Recht des Sitzstaates insbesondere auch

---

<sup>15</sup> *Schmidt-Leithoff* in Rowedder GmbHG Einl. Rn. 303; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 28 mwNw zur Rspr.; *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 264 mwNw in Fn. 342, 343, 344; *Heider* in MüKo AktG Band 1 Einl. Rn. 123; *Grothe* S. 45.

<sup>16</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 312.

<sup>17</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 312; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 20.

<sup>18</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 316.

<sup>19</sup> BGHZ 97, 269, 272; *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 316; *Triebel/von Hase* BB 2003, 2409; *Paefgen* WM 2003, 561, 564 in Fn. 43; *Kersting* NZG 2003, 9, 12.

<sup>20</sup> *Grothe* S. 54.

<sup>21</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 316; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 227.

<sup>22</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 226; *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 318.

<sup>23</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 312; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 16.

darüber entscheidet, ob überhaupt eine wirksame Gründung vorliegt, die Gesellschaft also rechtlich überhaupt existent ist.<sup>24</sup>

Anliegen der Sitztheorie ist die Gewährleistung von Schutzinteressen des Staates, der von dem Handeln der Gesellschaft am meisten betroffen ist.<sup>25</sup>

Entstanden ist die Sitztheorie in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Frankreich.<sup>26</sup> Historisch liegt der Sitztheorie der Ansatz zugrunde, dass eine Gesellschaft unter der Kontrolle desjenigen Staates stehen soll, der von der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft am meisten berührt wird.<sup>27</sup>

### **Konsequenzen der Sitztheorie:**

Alle Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft werden aufgrund der Sitztheorie dem einheitlichen Rechtskreis des Staates unterstellt, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat.<sup>28</sup>

Ausländische Gesellschaften wurden somit dann nach deutschem Gesellschaftsrecht behandelt, wenn sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hatten.<sup>29</sup> Dies traf grundsätzlich für die sog. Scheinauslandsgesellschaften (pseudo foreign corporations) zu, d.h. für Gesellschaften, die nach ausländischem Recht wirksam gegründet waren, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz aber in Deutschland hatten.<sup>30</sup> Für diese Gesellschaften hatte dies zur Folge, dass sie in Deutschland grundsätzlich nicht rechts- und parteifähig waren, da sie die nach der Sitztheorie erforderlichen deutschen Gründungsvoraussetzungen (z.B. Eintragung in das Handelsregister usw.) nicht eingehalten hatten, sie wurde somit als rechtlich nicht existent angesehen.<sup>31</sup>

---

<sup>24</sup> *Grothe* S. 41.

<sup>25</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 313; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 21.

<sup>26</sup> *Grothe* S. 43.

<sup>27</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 313; *Grothe* S. 43.

<sup>28</sup> *Schmidt-Leithoff* in Rowedder GmbHG Einl. Rn. 317.

<sup>29</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 344, 401.

<sup>30</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 344.

<sup>31</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 427; *Leible* in Michalski GmbHG Band 1 Syst. Darst. 2 Rn. 59.

Von der Literatur wurde zu dieser Rechtsfolge der Sitztheorie teilweise auch vertreten, dass eine entsprechende Auslandsgesellschaft zwar nicht als ausländische Kapitalgesellschaft in Deutschland anzuerkennen sei, diese aber bspw. als Personengesellschaft angesehen werden sollte.<sup>32</sup> Dies hätte zur Folge gehabt, dass der Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit nicht gänzlich abgesprochen worden wäre. So entschied dann auch der BGH<sup>33</sup> noch kurz vor dem *Überseering*-Urteil<sup>34</sup> des EuGH, dass eine ausländische Gesellschaft, die einer GmbH vergleichbar ist, in Deutschland jedenfalls als Personengesellschaft rechts- und parteifähig sein sollte. Dieser Streit hat jedoch für die hier interessierende Unternehmensmitbestimmung keine Bedeutung, da bei der Qualifizierung einer zuziehenden Auslandsgesellschaft als rechtliches Nullum und auch bei der Einordnung als Personengesellschaft wegen der Rechtsformbindung in § 1 Abs. 1 MitbestG keine Mitbestimmung erfolgen würde<sup>35</sup>.

Nachteile der Sitztheorie sind zum einen die teilweise schwierige Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes, was zu Rechtsunsicherheit führt, und zum anderen die Beschränkung der Verkehrsfähigkeit von Gesellschaften.<sup>36</sup>

Die Sitztheorie verhinderte den Zuzug von Auslandsgesellschaften nach Deutschland. Ein Zuzug war nur möglich, wenn sich die Auslandsgesellschaft in Deutschland neu als Gesellschaft deutschen Rechts gründete,<sup>37</sup> ein identitätswahrender Zuzug nach Deutschland war ausgeschlossen.<sup>38</sup>

Die Sitztheorie gilt/galt überwiegend in Kontinentaleuropa, neben Deutschland insbesondere in Frankreich, Belgien, Luxemburg, Österreich, Portugal und Spanien.<sup>39</sup>

---

<sup>32</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 348 ff; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 435; *Leible* in Michalski GmbHG Band 1 Syst. Darst. 2 Rn. 136 mwNw in Fn. 366.

<sup>33</sup> BGH BB 2002, 2031 ff.

<sup>34</sup> dazu unten B. II.

<sup>35</sup> Siehe dazu C. I. 1.

<sup>36</sup> Zur Kritik an der Sitztheorie vgl. bspw. *Heider* in MüKo AktG Band 1 Einl. Rn. 124 ff; *Bayer* BB 2003, 2357, 2358.

<sup>37</sup> *Koenig/Haratsch* Europarecht Rn. 634.

<sup>38</sup> *Leible* in Michalski GmbHG Band 1 Syst. Darst. 2 Rn. 136.

<sup>39</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 153; *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2063.

## 2. Gründungstheorie

Entgegen der Sitztheorie bestimmt sich nach der Gründungstheorie das Gesellschaftsstatut ausschließlich nach dem Recht des Staates, in dem die jeweilige Gesellschaft gegründet worden ist.<sup>40</sup> An welchem Ort sich der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft befindet, ist unerheblich.<sup>41</sup> Ebenso ist nicht entscheidend, in welchen Ländern die Gesellschaft ihre Aktivitäten ausübt.<sup>42</sup> Folge der Gründungstheorie ist die uneingeschränkte Anerkennung einer einmal wirksam gegründeten Gesellschaft in allen Staaten, in denen ebenfalls die Gründungstheorie angewandt wird.<sup>43</sup> Eine Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ist nach der Gründungstheorie somit frei möglich, ohne dass ein Wechsel des Gesellschaftsstatuts droht.

Die Gründungstheorie entstand im 18. Jahrhundert in England.<sup>44</sup> Durch diese Theorie wurde gewährleistet, dass in Zeiten der Kolonialisierung die Möglichkeit bestand, eine Gesellschaft nach englischem Recht zu gründen und diesem Recht zu unterstellen, selbst wenn der tatsächliche Verwaltungssitz und der Tätigkeitsschwerpunkt der Gesellschaft in einem Kolonialstaat lag.<sup>45</sup> Dadurch wurden englische Wirtschaftsinteressen durchgesetzt und außerdem bestand größere Rechtssicherheit für die Gläubiger und Anteilseigner einer solchen Gesellschaft.<sup>46</sup>

Da nach der Gründungstheorie das Gesellschaftsstatut eindeutig bestimmt werden kann und damit eindeutig entschieden wird, welcher Rechtsordnung die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft unterstehen, ist der größte Vorteil der Gründungstheorie die erhöhte Rechtssicherheit.<sup>47</sup> Darüber hinaus ist eine stärkere Berücksichtigung der Vorstellungen der an der Gründung der Gesellschaft Beteiligten möglich, wobei eine Anwendung der Gründungstheorie in

---

<sup>40</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 7; *Heider* in MüKo AktG Band 1 Einl. Rn. 122.

<sup>41</sup> *Bayer* BB 2003, 2357, 2358.

<sup>42</sup> *Schmidt-Leithoff* in Rowedder GmbHG Einl. Rn. 317.

<sup>43</sup> *Bayer* BB 2003, 2357, 2358.

<sup>44</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 31.

<sup>45</sup> *Grothe* S. 30.

<sup>46</sup> *Grothe* S. 30.

<sup>47</sup> *Schmidt-Leithoff* in Rowedder GmbHG Einl. Rn. 317.

ihrer Reinform praktisch in keinem Land vorkommt.<sup>48</sup> Kritisiert wird die Gründungstheorie insbesondere weil sie den Gründern die freie Wahl der das Gesellschaftsstatut bestimmenden Rechtsordnung ermöglicht, auch wenn die Gesellschaft zu dieser Rechtsordnung möglicherweise keinerlei Verbindung hat (Problematik der Scheinauslandsgesellschaften).<sup>49</sup> Es wird eingewandt, dies ermögliche Missbrauch,<sup>50</sup> die Gründungstheorie biete so die Möglichkeit der Schädigung von Interessen insbesondere der Gesellschaftsgläubiger, besonders wenn das nach der Gründungstheorie anzuwendende Gesellschaftsrecht keine Regelungen über Kapitalaufbringung und –erhaltung, etc. enthält.<sup>51</sup> Außerdem würde durch den möglichen Wettbewerb der Rechtsordnungen insgesamt ein sog. race to the bottom hin zu der Rechtsform einsetzen, die den schwächsten Schutz von Drittinteressen beinhaltet.<sup>52</sup>

Die Gründungstheorie wird insbesondere im anglo-amerikanischen Bereich sowie grundsätzlich auch in den Niederlanden angewandt und, z.T. eingeschränkt, in der Schweiz, Dänemark und Italien.<sup>53</sup> Festzuhalten bleibt noch, dass entgegen der sonst in Deutschland vorherrschenden Sitztheorie, von der Bundesrepublik einzelne Staatsverträge – beispielsweise der Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika<sup>54</sup> – geschlossen wurden, denen die Gründungstheorie zugrunde liegt.

Obwohl die Gründungstheorie auch in Deutschland in der Vergangenheit bereits vermehrt Anhänger fand,<sup>55</sup> war die Sitztheorie in Deutschland (zumindest in der Zeit vor den EuGH-Urteilen) absolut herrschend in Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts (siehe bereits B. I. 1. ).

---

<sup>48</sup> *Schmidt-Leithoff* in Rowedder GmbHG Einl. Rn. 317; *Grothe* S. 33.

<sup>49</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 269.

<sup>50</sup> *Heider* in MüKo AktG Band 1 Einl. Rn. 122.

<sup>51</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 269.

<sup>52</sup> Vgl. bspw. *Behrens* IPRax 2003, 193, 195; Einzelheiten dazu unter B. IV. 1.

<sup>53</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 266; *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2063; *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 156 ff.

<sup>54</sup> BGBl. 1956 II S. 488 ff.

<sup>55</sup> Nachweise bei *Heider* in MüKo AktG Band 1 Einl. Rn. 122 in Fn. 152.

### 3. Sitztheorie und Unternehmensmitbestimmung

Unter der Geltung der Sitztheorie war der Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung konkret bestimmt und weitgehend unstrittig. Die Streitfrage, ob möglicherweise auch Auslandsgesellschaften von ihr erfasst werden, spielte in der rechtlichen Diskussion keine entscheidende Rolle. Dies lag an den Konsequenzen der Sitztheorie:

Der Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung ist § 1 Abs. 1 MitbestG zu entnehmen. Ihr unterliegen demnach nur bestimmte deutsche Gesellschaftsformen (AG, KGaA, GmbH oder Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft), ausschließlich diese sind von der Mitbestimmung erfasst.

Die Sitztheorie bestimmt, dass für alle Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland das deutsche Gesellschaftsrecht gilt. Ausländische Gesellschaften in ihrer ausländischen Rechtsform mit Verwaltungssitz in Deutschland gab es demnach nicht. Zuziehende Gesellschaften wurden durch die Sitztheorie als rechtlich nicht existent angesehen bzw. als Personengesellschaft qualifiziert (siehe B. I. 1. ). Dies bedeutete, dass sie aufgrund des *numerus clausus* der von der Unternehmensmitbestimmung erfassten Gesellschaften in § 1 Abs. 1 MitbestG nicht der Mitbestimmung unterlagen. Eine vom Wortlaut des § 1 Abs. 1 MitbestG abweichende Auslegung, die eine Erstreckung auf ausländische Gesellschaftsformen, die den deutschen Gesellschaftsformen entsprechen, ermöglichen würde, wird von der h.M. aufgrund des klaren Wortlauts abgelehnt<sup>56</sup>. Auslandsgesellschaften, die in Deutschland (unter Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes) als Kapitalgesellschaft handeln wollten, mussten sich nach der Sitztheorie als deutsche Kapitalgesellschaft neu gründen (siehe B. I. 1. ), in diesem Fall galt für sie bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen dann auch das MitbestG.

Durch die Sitztheorie war somit sichergestellt, dass Kapitalgesellschaften von mitbestimmungsrelevanter Größe in Deutschland nur als Gesellschaften nach

---

<sup>56</sup> *Thüsing* ZIP 2004, 381, 382; *Raiser* MitbestG § 1 Rn. 13 f; *Gach* in MüKo AktG Band 3 § 1 MitbestG Rn. 6; *Seibt* in Henssler/Willemsen/Kalb § 1 MitbestG Rn. 2; *Kindler* NJW 2003, 1073, 1079; *ders.* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 451 f; *Lutter* in FS Zweigert S. 251, 254, 256; *Junker* NJW 2004, 728, 729; siehe auch unter C. I. 1.

deutschem Recht existieren konnten und somit auch der Unternehmensmitbestimmung unterlagen.

In neuerer Zeit sind nun zwei grundlegende EuGH-Entscheidungen ergangen, die große Auswirkungen auf die bisher in Deutschland herrschende Sitztheorie und damit letztlich auch auf den Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung haben.

## **II. Die *Überseering*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs**

In der Rechtssache „*Überseering BV*“<sup>57</sup> (im Folgenden: *Überseering*), einer eingetragenen Gesellschaft niederländischen Rechts, gegen die „Nordic Construction Company Baumanagement GmbH“ (im Folgenden: NCC), einer Gesellschaft mit Sitz in Deutschland, hat der BGH dem EuGH zwei Fragen über die Auslegung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EG und Art. 48 EG gemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

### **1. Sachverhalt**

Dem Rechtsstreit lag folgender Sachverhalt zugrunde:

*Überseering* erwarb in Düsseldorf ein bebautes Grundstück und beauftragte NCC mit der Sanierung der Gebäude auf dem Grundstück. Nach Erbringung der Leistungen durch NCC machte *Überseering* Mängelansprüche geltend.

In der Zwischenzeit erwarben zwei in Düsseldorf wohnhafte deutsche Staatsangehörige alle Geschäftsanteile an *Überseering*.

Nach erfolgloser Aufforderung zur Mängelbeseitigung gegenüber NCC verklagte *Überseering* NCC aus dem zwischen beiden geschlossenen Vertrag auf Zahlung der Kosten für die Mängelbeseitigung und für Folgeschäden beim LG Düsseldorf. Die Klage wurde abgewiesen.

Die daraufhin eingelegte Berufung wurde vom OLG Düsseldorf mit folgender Begründung als unzulässig zurückgewiesen: Durch den Erwerb aller Geschäfts-

---

<sup>57</sup> EuGH Rs. C-208/00 5.11.2002 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943 ff = ZIP 2002, 2037 ff.

anteile von Überseering durch die beiden Deutschen habe Überseering ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt. Infolgedessen sei Überseering nach den Grundsätzen der Sitztheorie in Deutschland weder rechts- noch parteifähig.

Überseering legte gegen das Urteil des OLG Revision beim BGH ein. Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung durch den BGH war, wie bereits unter B. I. 1. dargelegt, die Geltung der Sitztheorie mit all ihren Folgen in Deutschland. Auf dieser Grundlage stellte sich für den BGH im Fall *Überseering* die Frage, „ob bei einer grenzüberschreitenden Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nicht die in den Artikeln 43 EG und 48 EG garantierte Niederlassungsfreiheit der Anknüpfung der Rechtsstellung der Gesellschaften an das Recht des Mitgliedstaates, in dem sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz befindet, entgegensteht“<sup>58</sup>.

Der BGH setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EG vor:

- „Sind die Artikel 43 EG und 48 EG dahin auszulegen, dass es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet worden ist, nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in den die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt hat, und wenn sich aus dessen Recht ergibt, dass sie vertraglich begründete Ansprüche dort nicht mehr gerichtlich geltend machen kann?“<sup>59</sup>
- „Sollte der Gerichtshof diese Frage bejahen: Gebietet es die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Artikel 43 EG und 48 EG), die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen?“<sup>60</sup>

In Frage stand damit eine der Kernaussagen der Sitztheorie, nämlich ob aufgrund der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland

<sup>58</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9950, Rz. 17.

<sup>59</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9951, Rz. 21 Nr. 1.

<sup>60</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9952, Rz. 21 Nr. 2.

durch den Anteilserwerb der beiden Düsseldorfer *Überseering* nach den Regeln der Sitztheorie in Deutschland weder rechts- noch parteifähig war. Folge der Sitztheorie wäre hier also gewesen, dass *Überseering* nicht als ausländische Gesellschaft in ihrer Rechtsform anerkannt worden wäre. Kernfrage war somit, ob die Divergenz zwischen Verwaltungs- und Satzungssitz von einem Gemeinschaftsstaat mit rechtlichen Nachteilen sanktioniert werden darf.<sup>61</sup>

## 2. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und Kernaussagen des Urteils

Der EuGH fällte eine bahnbrechende<sup>62</sup> Entscheidung und beantwortete die vorgelegten Fragen folgendermaßen:

- „Es verstößt gegen die Artikel 43 EG und 48 EG, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründet worden ist und von der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat, in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit vor seinen nationalen Gerichten für das Geltendmachen von Ansprüchen aus einem Vertrag mit einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.“<sup>63</sup>
- „Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so ist dieser andere Mitgliedstaat nach den Artikeln 43 EG und 48 EG verpflichtet, die Rechtsfähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.“<sup>64</sup>
- „Es lässt sich nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und

---

<sup>61</sup> *Behrens* IPRax 2003, 193, 201.

<sup>62</sup> *Roth* IPRax 2003, 117, 119: „*Überseering* stellt – ohne Übertreibung – einen Meilenstein in der Entwicklung nicht nur der Niederlassungsfreiheit, sondern auch und vor allem des Internationalen Gesellschaftsrechts in der Gemeinschaft dar.“

<sup>63</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9975, Urteilsausspruch Nr. 1.

<sup>64</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9976, Urteilsausspruch Nr. 2.

unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.“<sup>65</sup>

Damit sind folgende Punkte als Kernaussagen des Urteils festzuhalten:

Zur ersten Vorlagefrage:

„Überseering ... genießt aufgrund der Artikel 43 EG und 48 EG das Recht, als *Gesellschaft niederländischen Rechts* [Hervorhebung nicht im Original] von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen“.<sup>66</sup>

Zur zweiten Vorlagefrage:

Eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründet worden ist, ist aufgrund der Niederlassungsfreiheit bei Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes rechts- und parteifähig, wie sie es *nach dem Recht ihres Gründungsstaats* ist.<sup>67</sup>

Verallgemeinert man die Aussagen, bedeutet dies, dass Gesellschaften, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union wirksam gegründet worden sind, in jedem anderen Mitgliedstaat als Gesellschaft ausländischen Rechts in der Rechtsform nach ihrem Gründungsrecht anzuerkennen sind.<sup>68</sup> Das Gründungsstatut einer Gesellschaft ist damit grundsätzlich zu beachten.<sup>69</sup> Die Niederlassungsfreiheit verbietet es, solchen Gesellschaften im Zuzugsstaat die Rechts- und Parteifähigkeit abzuspochen. Ebenso ist es unzulässig, sie in eine andere Rechtsform, z.B. in eine Personengesellschaft, umzuqualifizieren.<sup>70</sup> Damit sind zumindest für diesen Fall die Regeln der Sitztheorie nicht mehr anwendbar und es ist von der Geltung der Gründungstheorie auszugehen.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9974, Rz. 92.

<sup>66</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9970, Rz. 80.

<sup>67</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9974, Rz. 95.

<sup>68</sup> *Schanze/Jüttner* AG 2003, 30, 31.

<sup>69</sup> *Schulz* NJW 2003, 2705, 2708.

<sup>70</sup> *Zimmer* NJW 2003, 3585, 3586.

<sup>71</sup> *Leible/Hoffmann* RIW 2002, 925, 929; *Seibt* in Henssler/Willemsen/Kalb § 1 MitbestG Rn. 9; *Bayer* BB 2003, 2357, 2363; *Behrens* IPRax 2003, 193, 203, 206; Auf die Problematik, ob die Sitztheorie nach den EuGH-Entscheidungen insgesamt aufzugeben ist, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen.

### III. Die *Inspire Art*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Die zweite grundlegende Entscheidung, die die Aussagen des *Überseering*-Urteils weiter konkretisierte, befasste sich mit einer niederländischen gesetzlichen Regelung für sog. Scheinauslandsgesellschaften.

Im Rechtsstreit<sup>72</sup> zwischen der niederländischen Handels- und Industriekammer Amsterdam (im Folgenden: Handelskammer) und der „Inspire Art Ltd“, einer Gesellschaft englischen Rechts, (im Folgenden: Inspire Art) hat das Kantongerecht Amsterdam dem EuGH zwei Fragen über die Auslegung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EG und Art. 48 EG sowie zu Art. 46 EG gemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

#### 1. Sachverhalt

Dem Rechtsstreit lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Inspire Art ist eine private company limited by shares nach englischem Recht mit Sitz im Vereinigten Königreich. Inspire Art hatte eine Zweigniederlassung in den Niederlanden und ihr einziger Geschäftsführer war ebenfalls in den Niederlanden wohnhaft.

Die Niederlanden hatten ein Gesetz über formal ausländische Gesellschaften (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, im Folgenden: WFBV) geschaffen. Danach wurden ausländische Gesellschaften zwar generell in der Rechtsform nach ihrem Gründungsrecht auch in den Niederlanden anerkannt, das Gesetz stellte aber besondere Anforderungen an solche ausländische Gesellschaften, die ihre ausschließliche bzw. überwiegende Geschäftstätigkeit in den Niederlanden ausübten und keine tatsächliche Bindung an ihren Gründungstaat hatten. Nach diesem Gesetz waren solche Gesellschaften verpflichtet, im Geschäftsverkehr den Zusatz „formal ausländische Gesellschaft“ (formeel buitenlandse vennootschap) zu führen. Mit diesem Zusatz mussten sie sich auch im niederländischen Handelsregister eintragen lassen. Darüber hinaus bestanden weitere Verpflichtungen hinsichtlich des Mindestkapitals, der Offenlegung der Jahresabschlüsse etc.

---

<sup>72</sup> EuGH Rs. C-167/01 30.09.2003 (*Inspire Art*) GmbHR 2003, 1260 ff.

Die Handelskammer ging nun davon aus, dass Inspire Art eine formal ausländische Gesellschaft im Sinne des WFBV war und verlangte von Inspire Art das Führen des oben genannten Zusatzes. Inspire Art war dagegen der Auffassung, sie erfülle zum einen nicht die Voraussetzungen des WFBV, zum anderen verstoße das WFBV gegen das Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen die Niederlassungsfreiheit.

Das Kantongerecht stellte zunächst fest, dass Inspire Art eine formal ausländische Gesellschaft im Sinne des WFBV war, setzte aber gleichzeitig das Verfahren aus und legte dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EG vor:

- „Sind Art. 43 EG und 48 EG so auszulegen, dass sie den Niederlanden untersagen, ... zusätzliche Vorschriften ... für die Errichtung einer niederländischen Zweigniederlassung einer Gesellschaft zu erlassen, die in der alleinigen Absicht im Vereinigten Königreich errichtet worden ist, bestimmte Vorteile zu erlangen, die sich im Verhältnis zu einer Unternehmung ergeben, die nach niederländischem Recht errichtet worden ist, ... wobei das Gesetz [WFBV] die genannte Absicht aus der Tatsache herleitet, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit vollständig oder nahezu vollständig in den Niederlanden ausübt und daneben keine tatsächliche Bindung an den Staat hat, in dem das Recht gilt, nach dem sie errichtet worden ist?“<sup>73</sup>
- „Muß, wenn die Auslegung der Artikel ergibt, daß die Regelungen ... mit ihnen unvereinbar ist, Art. 46 EG in der Weise ausgelegt werden, daß Art. 43 EG und 48 EG die Anwendbarkeit der niederländischen Regelung [WFBV]... nicht beeinträchtigen, weil diese Regelung Vorschriften enthält, die ... gerechtfertigt sind?“<sup>74</sup>

## **2. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und Kernaussagen des Urteils**

Der EuGH entschied in Fortführung der Aussagen der *Überseering*-Entscheidung folgendermaßen:

---

<sup>73</sup> EuGH Rs. C-167/01 (*Inspire Art*) GmbHR 2003, 1260, 1263, Rz. 39 Nr. 1.

<sup>74</sup> EuGH Rs. C-167/01 (*Inspire Art*) GmbHR 2003, 1260, 1263, Rz. 39 Nr. 2.

- „Art. 2 der Elften Richtlinie 89/666/EWG ... über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, steht einer Regelung eines Mitgliedstaats ... entgegen, die Zweigniederlassungen einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft Offenlegungspflichten auferlegt, die nicht in dieser Richtlinie vorgesehen sind.“<sup>75</sup>
- „Art. 43 EG und 48 EG stehen einer Regelung eines Mitgliedstaats ... entgegen, die die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweigniederlassung in diesem Staat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften ... vorgesehen sind. Die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, daß sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausübt, nehmen ihr nicht das Recht, sich auf die ... Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall wird ein Mißbrauch nachgewiesen.“<sup>76</sup>

Der EuGH hat die Frage der besonderen Offenlegungspflichten an der 11. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie<sup>77</sup> gemessen und festgestellt, dass Offenlegungspflichten, die über die Anforderungen der Richtlinie hinausgehen, rechtswidrig sind.<sup>78</sup> Die besonderen Offenlegungspflichten verstießen damit bereits gegen gemeinschaftliches Sekundärrecht. Die weiteren Anforderungen des WFBV musste der EuGH mangels diesbezüglich bestehenden Sekundärrechts am europäischen Primärrecht, d.h. hier an den Vorgaben der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EG und 48 EG, messen.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> EuGH Rs. C-167/01 (*Inspire Art*) GmbHR 2003, 1260, Urteilsausspruch Nr. 1.

<sup>76</sup> EuGH Rs. C-167/01 (*Inspire Art*) GmbHR 2003, 1260, Urteilsausspruch Nr. 2.

<sup>77</sup> Richtlinie über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsform errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen; ABIEG Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 36 ff.

<sup>78</sup> Zimmer NJW 2003, 3585, 3586.

<sup>79</sup> Zimmer NJW 2003, 3585, 3586.

Verallgemeinerungsfähige Kernaussage des Urteils ist, dass die Tätigkeit ausländischer Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten im Inland grundsätzlich nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft werden darf, die für sie nach ihrem Gründungsrecht nicht gelten. Besondere Regeln, die nur für (Schein-)Auslandsgesellschaften gelten, stellen damit grundsätzlich eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Ausnahmen diesbezüglich sind nur in engen Grenzen möglich.<sup>80</sup>

#### IV. Würdigung der Entscheidungen und Konsequenzen für die bisherige Praxis in Deutschland

Der EuGH setzt durch die Urteile *Überseering* und *Inspire Art* eine Kette grundlegender Entscheidungen zur Niederlassungsfreiheit fort. Beginnend mit den Entscheidungen *Daily Mail*<sup>81</sup> und *Centros*<sup>82</sup> hin zu *Überseering* und *Inspire Art* hat der EuGH die Reichweite der Niederlassungsfreiheit konkret ausgeformt.

So hat der EuGH bereits in der Entscheidung *Centros* entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit auch auf Gesellschaften anzuwenden ist, die in einem Mitgliedstaat gegründet wurden, nur um sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen und dort wesentlich oder sogar ausschließlich geschäftlich tätig zu sein.<sup>83</sup> Gegenstand des Verfahrens *Centros* war die Errichtung einer Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat und damit die sekundäre Niederlassungsfreiheit,<sup>84</sup> obwohl es sich bei der Zweigniederlassung faktisch um eine Hauptniederlassung handelte.<sup>85</sup> Die Gründe für die Errichtung einer Gesellschaft in einem Mitgliedstaat sind demnach für die Anwendung der Niederlassungsfreiheit, ausgenommen in Fällen des Betruges, unerheblich.<sup>86</sup> Auch stellte der EuGH bereits damals fest, dass es keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur gegründet wird, um in den Genuss besonders vorteilhafter Rechtsvorschriften zu gelangen.<sup>87</sup> Dies gilt selbst dann, wenn eine solche Gesellschaft in der Folge überwiegend oder

<sup>80</sup> Kleinert/Probst DB 2003, 2217, 2218; Veit/Wichert AG 2004, 14, 15 f.

<sup>81</sup> EuGH Rs. 81/87 (*Daily Mail*) Slg. 1988, 5505 ff.

<sup>82</sup> EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*) Slg. 1999, I-1459 ff = NJW 1999, 2027 ff.

<sup>83</sup> EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*) Slg. 1999, I-1459 ff, Rz. 17.

<sup>84</sup> Bayer BB 2003, 2357, 2360.

<sup>85</sup> Zimmer NJW 2003, 3585.

<sup>86</sup> EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*) Slg. 1999, I-1459 ff, Rz. 39.

<sup>87</sup> EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*) Slg. 1999, I-1459 ff, Rz. 18, 27.

ausschließlich in einem anderen Mitgliedstaat geschäftlich tätig ist.<sup>88</sup> Damit war klargestellt, dass Gesellschaften durch Zweigniederlassungen etc. in anderen Mitgliedstaaten ihre geschäftliche Tätigkeit ausüben können und ihr Satzungssitz, ihre Hauptniederlassung oder Hauptverwaltung der Zuordnung zu einer Rechtsordnung eines Mitgliedstaats dient.<sup>89</sup> In der *Daily Mail*-Entscheidung hatte der EuGH über Wegzugsbeschränkungen für Gesellschaften und deren Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit zu entscheiden.<sup>90</sup> Kernaussage des Urteils war, dass die Frage des Bestehenbleibens einer Gesellschaft beim Wegzug aus einem Mitgliedstaat ausschließlich nach dem Sach- und Kollisionsrecht des betreffenden Mitgliedstaats zu beurteilen ist, ein solcher Fall also nicht die Niederlassungsfreiheit berührt.<sup>91</sup>

Im Verfahren *Überseering* war dann die Verlegung des Hauptverwaltungssitzes Gegenstand der Entscheidung, entgegen *Daily Mail* also ein Fall des *Zuzugs* einer Gesellschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen durch Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes. Der EuGH stellte diesen Fall den Überlegungen zur sekundären Niederlassungsfreiheit für Zweigniederlassungen etc., wie sie Gegenstand des Verfahrens *Centros* waren, gleich.<sup>92</sup>

Die *Überseering*-Entscheidung wird in der Literatur durchweg als Meilenstein für einen Binnenmarkt für Gesellschaften angesehen.<sup>93</sup> Die Entscheidung *Inspire Art* hat die Linie der *Überseering*-Entscheidung fortgeführt.<sup>94</sup>

Aus diesen Entscheidungen ergibt sich für die Sitztheorie die Konsequenz, dass sie für die Fälle des Zuzugs von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft nun nicht mehr anwendbar ist.<sup>95</sup> Eine zuziehende Gesellschaft ist nun als Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats anzuerkennen, d.h., dass bspw. eine wirksam in den Niederlanden gegründete niederländische BV auch in Deutschland als niederländische BV anzuerkennen ist. Dies gilt nach der

---

<sup>88</sup> EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*) Slg. 1999, I-1459 ff, Rz. 27, 29.

<sup>89</sup> EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*) Slg. 1999, I-1459 ff, Rz. 20.

<sup>90</sup> Bayer BB 2003, 2357, 2359.

<sup>91</sup> Vgl. Paefgen WM 2003, 561, 568.

<sup>92</sup> Paefgen WM 2003, 561, 569.

<sup>93</sup> Roth IPRax 2003, 117, 119; Weller IPRax 2003, 207, 208; Behrens IPRax 2003, 193, 194 mwNw in Fn. 6.

<sup>94</sup> Veit/Wichert AG 2004, 14, 15.

<sup>95</sup> Paefgen WM 2003, 561, 567; Bayer BB 2004, 1, 4; Borges ZIP 2004, 733.

Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich für alle Gesellschaftsformen (jedenfalls Kapitalgesellschaften) aus allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft.<sup>96</sup>

Den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ist es damit insbesondere infolge der *Inspire Art*-Entscheidung grundsätzlich verwehrt, die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit durch Auslandsgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten von der Beachtung nationalen Rechts abhängig zu machen, der Zuzugsstaat muss die Gesellschaft grundsätzlich in toto nach ihrem Gründungsrecht anerkennen.<sup>97</sup> Aufgrund der Aussagen des EuGH im *Inspire Art*-Urteil sind nationale Regelungen, die die Niederlassungsfreiheit einschränken, in Zukunft nur noch sehr eingeschränkt zulässig.<sup>98</sup>

Durch die Urteile hat sich der EuGH für Pluralität des Gesellschaftsrechts in Europa entschieden.<sup>99</sup> Die Entscheidungen werden die europäische Gesellschaftsrechtslandschaft nachhaltig verändern.<sup>100</sup>

Folge der Urteile für die Rechtslage in Deutschland ist, dass die bisherige Praxis bzgl. zuziehender Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten nicht mehr aufrechterhalten werden kann. D.h. weder die Negierung der Existenz der zuziehenden Gesellschaft, noch die Umqualifizierung in eine Personengesellschaft nach deutschem Recht sind noch zulässig. Die nationale Rechtsprechung hat sich bereits schnell auf die neue Lage nach dem Urteil in der Sache *Überseering* eingestellt und verweigert zuziehenden Gesellschaften nicht mehr die Anerkennung.<sup>101</sup>

## 1. Wettbewerb der Rechtsordnungen

Konsequenz der Rechtsprechung des EuGH und der damit verbundenen Hinwendung zur Gründungstheorie ist, dass in Europa nun ein Wettbewerb der

<sup>96</sup> Zimmer NJW 2003, 3585, 359.

<sup>97</sup> Zimmer NJW 2003, 3585, 3591; Weller DStR 2003, 1800, 1801 f; so auch Behrens IPRax 2003, 193, 206 bereits nach der *Überseering*-Entscheidung und noch vor der *Inspire Art*-Entscheidung.

<sup>98</sup> Veit/Wichert AG 2004, 14, 15 f.

<sup>99</sup> Schanze/Jüttner AG 2003, 661.

<sup>100</sup> Veit/Wichert AG 2004, 14, 20.

<sup>101</sup> Vgl. bspw. BGH ZIP 2003, 718 ff; BGH DStR 2003, 1451, 1452; OLG Zweibrücken DB 2003, 1264 f; OLG Naumburg GmbHR 2003, 533 (nur Leitsatz); OLG Celle GmbHR 2003, 532, 533; BayOLG GmbHR 2003, 299 f.

Rechtsordnungen im Gesellschaftsrecht entstehen könnte.<sup>102</sup> Gesellschaftsgründer können sich im Bereich der Gemeinschaft für ihre Gesellschaften nun das Recht aussuchen, was ihren Vorstellungen am weitesten entspricht (sog. *societas shopping*<sup>103</sup>). Allein die Tatsache des Einsetzens eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen gibt zunächst allerdings noch keinen Anlass zur Sorge, da bspw. der Wettbewerb auf Gütermärkten keine wohlfahrtsmindernden, sondern wohlfahrtssteigernde Effekte bewirkt hat.<sup>104</sup> So könnte ein Wettbewerb der Gesellschaftsrechte möglicherweise auch positive Effekte haben. Im Gegensatz zum Wettbewerb auf Gütermärkten ist im Fall des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte allerdings zu befürchten, dass die freie Rechtswahlmöglichkeit in ein sog. *race to the bottom*<sup>105</sup> mündet, hin zur liberalsten Gesellschaftsform. Mit einer derartigen Entwicklung würde somit voraussichtlich auch ein Verlust nationaler Schutzinstrumente wie bspw. der Regelungen zum Grundkapital, den Kapitalerhaltungsregeln etc. und natürlich auch der Unternehmensmitbestimmung einhergehen. Ein *race to the bottom* könnte somit eine Einschränkung des Schutzes von Interessen Dritter nach sich ziehen.<sup>106</sup> Es besteht folglich die Gefahr, dass ein „ruinöser Wettbewerb“ der Gesellschaftsrechte einsetzt.<sup>107</sup> Eine derartige Entwicklung kann jedoch nicht wünschenswert sein und verstieße auch gegen die Ziele des gemeinsamen Marktes.<sup>108</sup> Eines der Ziele der Gemeinschaft ist nämlich die Herstellung eines gemeinsamen Binnenmarktes, vgl. Art. 14 EG, was u.a. die Verwirklichung der Grundfreiheiten sowie die Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs beinhaltet.<sup>109</sup> Zentrale Aufgabe der Verwirklichung des Binnenmarktes ist dabei die Beseitigung der Hindernisse, die aus den

---

<sup>102</sup> *Baums/Ulmer* Vorwort in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 5; *Horn* NJW 2004, 893, 900 f; *Schiessl* ZHR 167 (2003) 235, 256: „Das „Überseering“-Urteil des Europäischen Gerichtshofs hat gezeigt, dass dieser Wettbewerb der Gesellschaftsrechte unaufhaltsam sein wird.“

<sup>103</sup> *Weller* IPRax 2003, 207, 208.

<sup>104</sup> *Eidenmüller* ZIP 2002, 2233, 2235.

<sup>105</sup> Dies wird teilweise auch mit dem sog. Delaware-Effekt in den USA verglichen. Eine große Zahl von Gesellschaften in den USA wird nach dem Recht des Staates Delaware gegründet, was damit zusammenhängen soll, dass dort die geringsten Gründungserfordernisse bestehen und auch andere Schutzinstrumente am schwächsten ausgestaltet sind. Vgl. dazu kurz *von Hase* BuW 944, 945 mwNw dort in Fn. 31.

<sup>106</sup> So auch der BGH in seinem Vorlagebeschluss im Verfahren *Überseering* ZIP 2000, 967, 968.

<sup>107</sup> *Bayer* BB 2004, 1, 2.

<sup>108</sup> *Bayer* BB 2004, 1, 2, 11.

<sup>109</sup> *Leible* in Streinz EUV/EGV Art. 14 EGV Rn. 16; *Hobe* Europarecht Rn. 225.

Unterschieden der nationalen Rechtsordnungen erwachsen.<sup>110</sup> In diesem Zusammenhang können die aktuellen Entscheidungen des EuGH zwar auch als weiterer Schritt zur Verwirklichung des Binnenmarktes angesehen werden, da nun auch Gesellschaften grundsätzlich verkehrsfähig sind und keine Hindernisse für einen Umzug von Gesellschaften mehr bestehen. Jedoch ist zu beachten, dass bei der Verwirklichung des gemeinsamen Binnenmarktes vorrangig die Rechtsangleichung der einzelnen Rechtsordnungen zu verfolgen ist, vgl. Art. 95 Abs. 1 EG.<sup>111</sup> Dies ist aber durch die Entscheidungen des EuGH gerade nicht der Fall. Sie führen nicht zu einer Rechtsangleichung der einzelnen Rechtsordnungen, sondern lediglich dazu, dass sich die Rechtsordnung durchsetzt, die die liberalste Gesellschaftsform bereithält. Dies widerspricht den Umsetzungsvorgaben für den gemeinsamen Binnenmarkt und somit den Zielen des gemeinsamen Marktes. Ob ein solcher Wettbewerb eintritt und in Zukunft in Europa geschäftliche Tätigkeiten ausschließlich bzw. überwiegend mittels der Gesellschaftsformen vorgenommen werden, die die liberalsten Regelungen und somit auch das geringste Schutzniveau für Drittinteressen beinhalten, hängt folglich auch davon ab, inwieweit die Mitgliedstaaten nationale Schutzinstrumente auch auf zuziehende Auslandsgesellschaften anwenden können.<sup>112</sup> Ist eine Durchsetzung elementarer nationaler Schutzinteressen gewährleistet, dann führt ein einsetzendes *race to the bottom* auch nicht zu einem ruinösen Wettbewerb der Rechtsordnungen. Der EuGH selbst hält im Urteil *Überseering* die Möglichkeit für gewisse Beschränkungen offen: „Es lässt sich nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.“<sup>113</sup> Dass aufgrund der neuen Freiheiten ein Wettbewerb der Rechtsordnungen einsetzen wird

---

<sup>110</sup> Herdegen Europarecht Rn. 275.

<sup>111</sup> Herdegen Europarecht Rn. 275; Hobe Europarecht Rn. 225; Koenig/Haratsch Europarecht Rn. 748.

<sup>112</sup> Ebke JZ 2003, 927, 930.

<sup>113</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9974, Rz. 92; zu den einzelnen Rechtfertigungsmöglichkeiten ausführlich unter F. III. und F. IV. bei der Erörterung der Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für ein Anwendungsmodell von Regeln zur Unternehmensmitbestimmung.

bzw. schon eingesetzt hat, dürfte außer Zweifel stehen. Fraglich bleibt letztlich nur, welche Intensität dieser haben wird.

## 2. Keine Änderung für Wegzugsfälle

Bei der Würdigung der Entscheidungen bleibt außerdem zu beachten, dass die Aussagen der Urteile *Überseering* und *Inspire Art* nur für den Zuzug, nicht aber für den Wegzug von Gesellschaften gelten. Die Feststellungen des *Daily Mail*-Urteils zu zulässigen Wegzugsbeschränkungen wurden im Rahmen der Entscheidungen *Überseering* und *Inspire Art* nicht widerlegt, zu diesen Fällen hat der EuGH keine neuen Aussagen getroffen.<sup>114</sup> Damit bleibt es bei der bisherigen Lage, dass ein Mitgliedstaat den Wegzug „seiner“ Gesellschaften verhindern kann, was für deutsche Gesellschaften bedeutet, dass eine Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland weiterhin deren Auflösung zur Folge hat.<sup>115</sup> Auf die Frage, ob sich den Entscheidungen, und damit der Niederlassungsfreiheit, – möglicherweise mittelbar – auch entnehmen lässt, dass die Niederlassungsfreiheit unabhängig vom nationalen Recht auch den Wegzug einer Gesellschaft gestattet, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen.<sup>116</sup> Dazu soll nur kurz folgendermaßen Stellung genommen werden, dass ein Aufrechterhalten der deutschen Wegzugsbeschränkungen und damit ein „Einmauern“ der deutschen Gesellschaften<sup>117</sup> sich letztlich als deutlicher Standortnachteil für Deutschland erweisen würde.<sup>118</sup> Um die deutschen Gesellschaftsformen international wettbewerbsfähig zu machen, wäre eine Aufgabe der Wegzugsbeschränkung insbesondere vor dem Hintergrund der neuen „Bewegungsfreiheit“ für Gesellschaften in Europa wünschenswert.

---

<sup>114</sup> von Hase BuW 2003, 944, 945; Ziemons ZIP 2003, 1913, 1918; Maul/Schmidt BB 2003, 2297, 2300.

<sup>115</sup> Triebel/von Hase BB 2003, 2409, 2411.

<sup>116</sup> Vgl. dazu bspw. Triebel/von Hase BB 2003, 2409 ff.

<sup>117</sup> Schwark AG 2004 175, 178 f.

<sup>118</sup> Bayer BB 2003, 2357, 2363; Forsthoff DB 2003, 979, 980.

### C. Bedeutung und Folgen der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für die deutsche Unternehmensmitbestimmung

Insbesondere die beiden neueren Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit (*Überseering* und *Inspire Art*) haben große Bedeutung für den Anwendungsbereich der deutschen Unternehmensmitbestimmung. Die Unternehmensmitbestimmung fällt unter das Gesellschaftsstatut<sup>119</sup> und dieses wurde in Deutschland bislang nach der Sitztheorie bestimmt. Nach der bis zu den Entscheidungen geltenden Rechtslage war es aufgrund der Sitztheorie praktisch ausgeschlossen, dass ausländische Unternehmen mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland in der Rechtsform einer ausländischen Kapitalgesellschaft in Deutschland agierten. Um überhaupt rechtlich anerkannt zu werden bzw. in den Genuss einer Haftungsbeschränkung zu gelangen, mussten die ausländischen Unternehmen eine Gesellschaft deutschen Rechts gründen (siehe dazu bereits B. I. 1. ). Damit gab es auch keine „Lücken“ im Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung, da ausländische Unternehmen automatisch durch die Sitztheorie gezwungen waren, in der Form einer deutschen Gesellschaft zu handeln, was für größere Unternehmen in der Regel auf die Form der Kapitalgesellschaften hinauslief. Diese Gesellschaften waren dann aber als Gesellschaften deutscher Rechtsform gemäß § 1 Abs. 1 MitbestG in seiner aktuellen Fassung von der deutschen Unternehmensmitbestimmung erfasst. Auslandsgesellschaften fallen derzeit aufgrund der Rechtsformbindung nicht unter die deutsche Unternehmensmitbestimmung (siehe dazu sogleich C. I. ). Eine „Flucht aus der Mitbestimmung“ durch (Schein-) Auslandsgesellschaften war durch die Sitztheorie ausgeschlossen.<sup>120</sup>

Der EuGH hat nun aber die Tore für den Zuzug ausländischer Gesellschaften geöffnet. Für die Zukunft ist es aufgrund der Entscheidungen zu erwarten, dass in Deutschland vermehrt ausländische Gesellschaften durch Verlegung ihres Verwaltungssitzes auftreten.<sup>121</sup> Darunter werden auch Unternehmen mit mitbestimmungsrelevanten Arbeitnehmerzahlen sein. Darüber hinaus besteht die

---

<sup>119</sup> Vgl. Fn. 8.

<sup>120</sup> *Bayer* BB 2004, 1, 4.

<sup>121</sup> *Schwark* AG 2004, 173, 178; *Bayer* BB 2003, 2357, 2363; *Borges* ZIP 2004, 733, 734; *von Hase* BuW 2003, 944, 945.

Möglichkeit, dass sich bisher in deutscher Rechtsform organisierte Unternehmen durch Umstrukturierung oder ähnliche Maßnahmen weniger beschränkter ausländischer Gesellschaftsformen bedienen und so künftig die deutsche Unternehmensmitbestimmung umgehen.<sup>122</sup> Die Möglichkeit des freien Zuzugs besteht dabei grundsätzlich für Gesellschaften aus allen Mitgliedstaaten der EU.

Dies kann dazu führen, dass in der Zukunft der Mitbestimmungsstandard in Deutschland ausgehöhlt wird und ein größerer mitbestimmungsfreier Bereich entsteht.<sup>123</sup> Auch vom Standpunkt der Unternehmensmitbestimmung ist somit ein race to the bottom (siehe dazu bereits B. IV. 1. ) zu erwarten.

In der Literatur ist in der Folge der EuGH-Entscheidungen eine umfangreiche Diskussion über die Zukunft der Unternehmensmitbestimmung entbrannt.<sup>124</sup> Vertreten wird dabei zum einen, dass durch die Urteile das Ende der Unternehmensmitbestimmung eingeläutet worden sei,<sup>125</sup> zum anderen werden Möglichkeiten erörtert, die Unternehmensmitbestimmung an die neuen Gegebenheiten anzupassen, um so auch Auslandsgesellschaften zu erfassen, sei es durch Analogie (dazu sogleich C. I. 2. ) oder Handlungen des Gesetzgebers (siehe dazu unten unter D. , E. und F. ).

## **I. Direkte oder analoge Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes**

In Anbetracht der veränderten Situation wird erörtert, ob zuziehende Auslandsgesellschaften möglicherweise bereits nach bestehender Gesetzeslage von der Unternehmensmitbestimmung erfasst werden.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> Kurzer Überblick bei *Schwark* AG 2004, 173, 175; *Bayer* BB 2003, 2357, 2363; *von Hase* BuW 2003, 944, 945.

<sup>123</sup> *Raiser* MitbestG § 1 Rn. 15; *Junker* NJW 2004, 728, 729; eine Zurückdrängung der deutschen Unternehmensmitbestimmung erwartet auch *Säcker* BB 2004, 1462.

<sup>124</sup> Vgl. bspw. nur: *Ebke* JZ 2003, 927 ff; *Thüsing* ZIP 2004, 381 ff; *Bayer* BB 2003, 2357 ff; *Schanze/Jüttner* AG 2003, 30 ff; *dieselben* AG 2003, 661 ff; *von Hase* BuW 2003, 944 ff; *Veit/Wichert* AG 2004, 14 ff; *Maul/Schmidt* BB 2003, 2297 ff; *Paefgen* DB 2003, 487 ff; *Ziemons* ZIP 2003, 1913ff; *Schmidt-Parzefall* ZESAR 2003, 113 ff.

<sup>125</sup> *Ebke* JZ 2003, 927,931 (insbes. Fn. 59 und 60) und *ders.* BB 2003 Heft 1 „Die erste Seite“.

<sup>126</sup> Vgl. *Thüsing* ZIP 2004, 381, 382; *Müller-Bonanni* GmbHR 2003, 1235, 1237; *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 16.

## 1. Direkte Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes

Eine direkte Anwendung des MitbestG scheidet dabei wegen der ausdrücklichen Aufzählung der deutschen Rechtsformen in § 1 Abs. 1 MitbestG aus. Es entspricht der ganz h.M., § 1 Abs. 1 MitbestG nach seinem klaren Wortlaut auszulegen, andere Deutungen kommen nicht in Betracht.<sup>127</sup> Ausländische Gesellschaftsformen, die den deutschen Rechtsformen der AG, GmbH usw. entsprechen, werden also nicht von § 1 Abs. 1 MitbestG erfasst.

## 2. Analoge Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes

Geht man nun mit der h.M. davon aus, dass eine direkte Anwendung des MitbestG aufgrund des klaren Wortlauts ausscheidet, dann bliebe nur eine analoge Anwendung von § 1 Abs. 1 MitbestG. D.h. Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland könnten möglicherweise der Unternehmensmitbestimmung in ihrer jetzigen Form bereits durch einen Analogieschluss unterstellt werden.

Als Analogie wird „die Übertragung einer für einen Tatbestand ... im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm „ähnlichen“ Tatbestand“<sup>128</sup> bezeichnet.

### a. Grundsätzliche Analogiemöglichkeit für das Mitbestimmungsgesetzes

Voraussetzung für einen Analogieschluss ist zunächst, dass im Recht eine Lücke besteht, da Rechtsfortbildung nur dann möglich ist, wenn das Recht lückenhaft ist.<sup>129</sup> Vom Bestehen einer Gesetzeslücke kann grundsätzlich nur dann ausgegangen werden, wenn die Anwendung bestehender Normen direkt nicht möglich ist; deshalb ist zunächst durch Auslegung der konkrete Anwendungsbereich einer Norm zu bestimmen und erst wenn die Auslegung ergibt, dass der betreffende Sachverhalt von der Norm weder direkt noch nach Auslegung erfasst ist, kommt eine Analogie in Betracht.<sup>130</sup> Vom Vorliegen einer Regelungslücke ist

---

<sup>127</sup> Vgl. bereits Fn. 56.

<sup>128</sup> *Larenz Methodenlehre* S. 381.

<sup>129</sup> *Larenz Methodenlehre* S. 370 f.

<sup>130</sup> *Treder Methoden* S. 91.

demnach auszugehen, wenn im Regelungszusammenhang des anzuwendenden Gesetzes Lücken bestehen, wobei dies aus der Sicht und unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden Regelungsabsicht des Gesetzes, sowie des mit dem Gesetz verfolgten Zwecks und des gesetzgeberischen Plans zu bestimmen ist.<sup>131</sup>

Für eine mögliche analoge Anwendung des MitbestG auf Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland bedeutet dies, dass mangels direkter Anwendbarkeit des MitbestG in seiner jetzigen Form (siehe soeben C. I. 1. ) grundsätzlich die Möglichkeit einer Analogie besteht. Weitere Voraussetzung ist nun, dass ausgehend von der Zielsetzung des MitbestG die Nichterfassung der Auslandsgesellschaften eine Regelungslücke darstellt. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum MitbestG war Ziel des Gesetzentwurfs „in Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, eine gleichberechtigte und gleichgewichtige Mitbestimmung der Arbeitnehmer einzuführen“<sup>132</sup>. Der Entwurf bezieht sich damit nicht ausschließlich auf bestimmte deutsche Gesellschaftsformen, sondern er stellt vorwiegend darauf ab, dass eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit vorliegt.<sup>133</sup> Eigene Rechtspersönlichkeiten sind aber grundsätzlich auch die ausländischen Kapitalgesellschaften, so dass auch solche Gesellschaften von der Grundkonzeption des Gesetzes in den Anwendungsbereich fallen könnten. Auch ist es Zweck des Gesetzes, Gesellschaften mit relativ hohen Arbeitnehmerzahlen zu erfassen, was überwiegend auf Kapitalgesellschaften zutrifft und damit eben auch bei Auslandsgesellschaften vorliegen kann. Demnach liegt grundsätzlich eine analogiefähige Regelungslücke vor.

Weiterhin ist durch Auslegung zu bestimmen, ob eine echte bzw. eine unechte Gesetzeslücke vorliegt. Eine unechte Gesetzeslücke liegt vor, wenn der Gesetzgeber die Lücke gesehen hat, diese aber bewusst nicht regeln wollte; in diesem Fall ist von einer gewollten Unvollständigkeit des Gesetzes durch eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers auszugehen, was eine Analogie ausschließt, da andernfalls gegen den erkennbaren Willen des Gesetzgebers verstoßen würde und somit ein Sachverhalt in den Anwendungsbereich einer Norm gelangen

---

<sup>131</sup> *Larenz Methodenlehre* S. 373.

<sup>132</sup> *BT-Drcks. 7/2172* S. 16.

<sup>133</sup> Ähnlich *Franzen RdA* 2004, 257, 260.

würde, der gerade nicht von der Norm erfasst sein sollte.<sup>134</sup> Voraussetzung für einen Analogieschluss ist somit das Vorliegen einer echten Lücke, d.h. der Gesetzgeber darf nicht gewollt haben, dass hier gerade ein unregelter Bereich besteht. Im Rahmen einer echten Regelungslücke kann wiederum zwischen planmäßigen und planwidrigen Lücken unterschieden werden.<sup>135</sup> Planmäßigkeit liegt vor, wenn der Gesetzgeber zwar das Vorliegen einer Lücke erkannt hat, aber bewusst entschieden hat, die Ausfüllung dieser Lücke der Rechtsprechung und Literatur zu überlassen.<sup>136</sup> Dagegen liegt Planwidrigkeit vor, wenn der Gesetzgeber entgegen seiner Absicht eine regelungsbedürftige Frage schlicht übersehen oder irrtümlich bereits für geregelt gehalten hat.<sup>137</sup>

Hinsichtlich des MitbestG wird teilweise vertreten, der Gesetzgeber habe ganz bewusst nur die deutschen Gesellschaftsformen erfasst,<sup>138</sup> was für eine unechte Lücke und damit gegen eine Analogie sprechen würde. Begründet wird dies auch mit den Aussagen des „Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung“<sup>139</sup> zum Entwurf des MitbestG. Dieser kommt unter der Überschrift „Die ausländischen Gesellschaften“ zu folgendem Schluss: „Im Ausschuß bestand Einmütigkeit darüber, daß der Gesetzentwurf nicht für Unternehmensorgane ausländischer Unternehmen Geltung beanspruchen kann, daß sich vielmehr der Geltungsbereich des Entwurfs auf Unternehmen und Konzernobergesellschaften beschränkt, die ihren Sitz im Geltungsbereich des Grundgesetzes haben ...“<sup>140</sup>. Der Bericht trifft demnach aber lediglich eine Aussage über Auslandsgesellschaften mit Sitz im Ausland, er sagt aber nichts über Auslandsgesellschaften mit Sitz in Deutschland. Aufgrund der Folgen der Sitztheorie (siehe B. I. 1. ) waren aber Auslandsgesellschaften mit Sitz in Deutschland damals grundsätzlich nicht vorstellbar,<sup>141</sup> so dass der Ausschuss (und auch die Gesetzesbegründung) dazu überhaupt keine Aussage treffen konnte. Demnach muss gefolgert werden, dass zwar ganz bewusst Auslandsgesellschaften mit Sitz im Ausland nicht erfasst

---

<sup>134</sup> *Treder Methoden* S. 92.

<sup>135</sup> *Treder Methoden* S. 92 f.

<sup>136</sup> *Treder Methoden* S. 93.

<sup>137</sup> *Larenz Methodenlehre* S. 379; *Treder Methoden* S. 92 f.

<sup>138</sup> *Veit/Wichert AG* 2004, 14, 16.

<sup>139</sup> *BT-Drcks.* 7/4845 S. 1 ff.

<sup>140</sup> *BT-Drcks.* 7/4845 S. 4.

<sup>141</sup> *Bayer BB* 2004, 1, 4; *ders. AG* 2004, 534, 535; *Franzen RdA* 2004, 257, 259; *Kamp BB* 2004, 1496, 1498.

sein sollten, bezüglich Auslandsgesellschaften mit Sitz in Deutschland aber eine echte Regelungslücke besteht, da solche damals gar nicht vorstellbar waren.

Aufgrund der Tatsache, dass wegen der Sitztheorie in Deutschland keine Auslandsgesellschaften mit Sitz in Deutschland denkbar waren, kann nicht von einer planmäßigen Lücke, die bereits nach dem Wille des Gesetzgebers durch Rechtsprechung und Literatur hätte ausgefüllt werden sollen, ausgegangen werden. Vielmehr war die aktuelle Entwicklung hin zur Gründungstheorie damals nicht absehbar, so dass von einer planwidrigen Lücke auszugehen ist, da aufgrund der Zielsetzung des Gesetzes – Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit zu erfassen (siehe oben) – davon ausgegangen werden kann, dass eine entsprechende Regel aufgenommen worden wäre, wenn dies absehbar gewesen wäre.

Sofern das Vorliegen einer echten planwidrigen, d.h. durch Analogie grundsätzlich ausfüllbaren, Gesetzeslücke bejaht werden kann, ist zwischen offenen und verdeckten, sowie anfänglichen und nachträglichen Gesetzeslücken zu unterscheiden.<sup>142</sup> Eine offene Lücke liegt vor, wenn für den betreffenden Sachverhalt keine Norm besteht, die auf ihn anwendbar ist, obwohl nach Sinn und Zweck des Gesetzes eigentlich eine Regelung bestehen müsste; eine verdeckte Lücke liegt dagegen vor, wenn zwar eine Norm besteht, die auch grundsätzlich solche Fälle erfassen soll, die für den speziellen Fall aber ihrem Sinn und Zweck nach nicht passt.<sup>143</sup> Entsprechend obiger Ausführungen ist hinsichtlich der Auslandsgesellschaften von einer offenen Gesetzeslücke auszugehen, da der Wortlaut des § 1 Abs. 1 MitbestG gerade solche Auslandsgesellschaften nicht erfasst.

Im Gegensatz zu anfänglichen Lücken, die bereits zur Zeit der Gesetzgebung vorlagen, liegen nachträgliche Lücken dann vor, wenn durch Weiterentwicklung von äußeren Faktoren Fragenkreise entstehen, die vom Grundkonzept des Gesetzes eigentlich geregelt sein sollten, die der ursprüngliche Gesetzgeber aber noch nicht hat kommen sehen.<sup>144</sup> Im Fall des MitbestG ist von einer nachträglichen Lücke auszugehen, da erst aufgrund der Ausfüllung der Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit in Europa – Art. 43 EG und 48 EG – durch den EuGH der Wandel hin zur Gründungstheorie eingetreten ist und erst dadurch ermög-

---

<sup>142</sup> Pawlowski Methodenlehre Rn. 470.

<sup>143</sup> Larenz Methodenlehre S. 377.

<sup>144</sup> Larenz Methodenlehre S. 379.

licht wurde, dass Auslandsgesellschaften ihren Sitz auch nach Deutschland verlegen können. Durch diese aktuelle Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH ist somit eine nachträgliche planwidrige Regelungslücke entstanden.<sup>145</sup>

Damit sind die Grundvoraussetzungen für eine analoge Anwendung des MitbestG auf Auslandsgesellschaften mit Sitz in Deutschland gegeben.

## **b. Ausschluss einer Analogie**

Dennoch bleibt zu prüfen, ob nicht andere grundsätzliche Erwägungen wie bspw. die Struktur der analog anzuwendenden Vorschriften und praktische bzw. rechtliche Umsetzungsschwierigkeiten gegen eine Analogie sprechen.

### **aa. Grundsätzlich keine Analogiefähigkeit?**

So wird in der Literatur gegen eine analoge Anwendung angeführt, das MitbestG sei generell nicht analogiefähig, da es auf einem politischen Kompromiss beruhe und aus einem höchst umstrittenen Gesetzgebungsverfahren hervorgegangen sei und deshalb höchste Zurückhaltung hinsichtlich einer analogen Anwendung geboten sei.<sup>146</sup> Dem ist entgegen zu halten, dass das MitbestG zur Zeit seiner Einführung zwar tatsächlich höchst umstritten war,<sup>147</sup> dieser Streit sich aber mit der grundsätzlichen Frage, ob eine Mitbestimmung festgeschrieben werden sollte, beschäftigte und nicht (oder zumindest nur untergeordnet<sup>148</sup>) die Frage zum Gegenstand hatte, welche Gesellschaftsformen von der Mitbestimmung erfasst sein sollten. Damit liegt im schwierigen Prozess um das MitbestG kein stichhaltiges Argument gegen eine Anwendung auf bestimmte Gesellschaftsformen. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Unternehmensmitbestimmung inzwischen in Gesellschaft und Wirtschaft als fester Bestandteil allgemein anerkannt ist und nicht mehr die grundlegenden Differenzen bestehen, wie dies der Fall zur Zeit der Einführung war.<sup>149</sup> Die Unternehmensmitbestim-

<sup>145</sup> Vorsichtig zu dieser Möglichkeit auch *Thüsing* ZIP 2004, 381 382.

<sup>146</sup> *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 16.

<sup>147</sup> Vgl. nur *Raiser* MitbestG Einl. Rn. 24 ff und in dieser Arbeit D. III. 2. c. aa.

<sup>148</sup> Vgl. *Raiser* MitbestG Einl. Rn. 63 f.

<sup>149</sup> Kommission Mitbest 1998 S. 21, 95 Nr. 1 u. 2, 96 Nr. 5; In der Kommission Mitbestimmung waren 35 Sachverständige aus der Unternehmenspraxis, Verbänden und Gewerkschaften, Politik und Wissenschaft vertreten, siehe zur Besetzung Kommission Mitbest 1998 S. 22 ff. Die Kommission gelangte zu ihren Ergebnissen durch eigenen Sachvers-

mung ist in Deutschland „zu einer *fest etablierten Institution* geworden“ und hat so zu einer sozialen Integration in den Unternehmen und der Gesellschaft insgesamt beigetragen.<sup>150</sup> Auch spiegelt sich der grundsätzliche Konsens über die Mitbestimmung darin wieder, dass gerichtliche Streitigkeiten um das MitbestG, nachdem das BVerfG<sup>151</sup> 1979 dessen Verfassungsmäßigkeit bestätigte, in der Vergangenheit kaum stattgefunden haben.<sup>152</sup> Grundsätzliche Einwände gegen eine Analogie bestehen somit nicht.

## **bb. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes**

Gegen eine analoge Anwendung wird weiterhin das Urteil des BGH vom 24.2.1997<sup>153</sup> angeführt: in diesem Verfahren war die Möglichkeit der Errichtung einer GmbH & Co. KGaA umstritten. Unter anderem wurde im Verfahren eingewandt, das MitbestG werde bei einer solchen Konstruktion umgangen. Der BGH nahm dazu folgendermaßen Stellung: „Es kann nicht Aufgabe der Gerichte sein, den auf politischem Weg gefundenen Mitbestimmungskompromiß durch eine – wie auch immer geartete – Rechtsfortbildung zu korrigieren. Es ist allein Sache des Gesetzgebers, das Mitbestimmungsgesetz den neuen Gegebenheiten anzupassen...“<sup>154</sup>. Diese Aussage soll nun gegen die Möglichkeit einer Analogie sprechen.<sup>155</sup> Die Feststellungen des BGH können jedoch nicht als grundsätzlicher Ausschluss einer Analogie für Auslandsgesellschaften angesehen werden. Diese Gesellschaften konnten vom BGH im Rahmen seiner Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden. Aufgrund der Sitztheorie war die Existenz von Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland damals nicht vorhersehbar.<sup>156</sup> Vielmehr kann das Urteil des BGH deshalb nur dahingehend als Ausschluss einer Analogie verstanden werden, als dass innerhalb der *deutschen* Gesellschaftsformen und sich daraus ergebender Konstruktionen keine über die

---

tand sowie durch die Anhörung zahlreicher Sachverständiger und weiterer Experten aus allen Bereichen, die mit der Mitbestimmung in Zusammenhang stehen, vgl. Kommission Mitbest 1998 S. 25 f.

<sup>150</sup> Kommission Mitbest 1998 S. 95 Nr. 1, 34 f.

<sup>151</sup> BVerfGE 50, 290 ff.

<sup>152</sup> Vgl. *Raiser* MitbestG Einl. Rn. 71 wonach bis 2001 nur neun Urteile zum MitbestG in der amtlichen Sammlung des BGH aufzufinden sind.

<sup>153</sup> BGHZ 134, 392 ff.

<sup>154</sup> BGHZ 134, 392, 400.

<sup>155</sup> *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 16.

<sup>156</sup> Vgl. bereits oben C. I. 2. a.

Aufzählung in § 1 Abs. 1 MitbestG hinausgehende Anwendung möglich ist, da der Gesetzgeber diesbezüglich eine abschließende Aufzählung vorgenommen hat. Wie bereits unter C. I. 2. a. dargelegt wurde, konnte der Gesetzgeber aber aufgrund der Sitztheorie Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland gar nicht bedenken, so dass er dahingehend auch keine abschließende Aussage getroffen haben kann. Ein Analogieausschluss lässt sich der Aussage des BGH bezüglich der Auslandsgesellschaften also nicht entnehmen.

### **cc. Rechtstechnische Schwierigkeiten**

Bei der Frage der analogen Anwendung bleiben aber trotz der grundsätzlichen Möglichkeit einer Analogie die rechtstechnischen Schwierigkeiten bei der konkreten Anwendung zu beachten.<sup>157</sup> Dazu wird an dieser Stelle nur ein knapper Überblick gegeben. Eine ausführlichere Auseinandersetzung mit einzelnen rechtstechnischen Umsetzungsschwierigkeiten bleibt dem Abschnitt der Arbeit vorbehalten, in welchem konkrete Umsetzungsmodelle und deren Umsetzbarkeit dargestellt werden (siehe insbesondere unten G. I. 1. c. und zu weiteren Fundstellen dazu dort in Fn. 676).

Umsetzungsschwierigkeiten ergeben sich bspw. bereits aus der Verortung der Unternehmensmitbestimmung in den Organen einer Gesellschaftsform. Nach § 7 MitbestG findet die Mitbestimmung im Aufsichtsrat durch dessen paritätische Besetzung mit Arbeitnehmervertretern statt. Jedoch entspricht die Organisationsform der meisten ausländischen Gesellschaften nicht dem in Deutschland vorherrschenden dualistischen Organisationsmodell mit der Unterscheidung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat.<sup>158</sup> Häufiger anzutreffen ist dort ein monistisches Organisationsmodell (sog. Board-System), das neben dem Leitungsorgan kein weiteres Kontrollorgan wie den Aufsichtsrat kennt.<sup>159</sup> Für diese Gesellschaftsformen ist eine Verwirklichung der Unternehmensmitbestimmung

---

<sup>157</sup> *Veit/Wichert AG 2004*, 14, 17 f; *Raiser MitbestG § 1 Rn. 15*; *Binz/Mayer GmbHHR 2003*, 249, 257; *Müller-Bonanni GmbHHR 2003*, 1235, 1237; *von Hase BuW 2003*, 944, 949; dazu auch *Zimmer IntGesR S. 172 ff.*

<sup>158</sup> *Veit/Wichert AG 2004*, 14, 18; *Grothe S. 319*; *von Hase BuW 2003*, 944, 949.

<sup>159</sup> *Grothe S. 319*; *von Hase BuW 2003*, 944, 949; *Veit/Wichert AG 2004*, 14, 18.

qua Analogie äußerst schwierig.<sup>160</sup> So müssten nach jetziger Gesetzeslage die Auslandsgesellschaften dann wohl zur Schaffung eines Aufsichtsrates nach deutschem Modell gezwungen werden, um die Arbeitnehmermitbestimmung zu verwirklichen.<sup>161</sup> Darüber hinaus müssten auch die komplizierten Wahlvorschriften der §§ 10 ff MitbestG für die Unternehmensmitbestimmung in diesen Gesellschaften durchgesetzt werden. Dies würde einen starken Eingriff in deren Organisationsstruktur bedeuten, der mit komplexen Rechtsanwendungsproblemen verbunden wäre<sup>162</sup> und u.U., je nach Umsetzung, auch zu einer starken Veränderung der Kompetenzen der Arbeitnehmervertreter führen könnte.<sup>163</sup>

Diese erheblichen Schwierigkeiten sprechen letztlich gegen eine Anwendung der Unternehmensmitbestimmung im Wege der Analogie.

#### **dd. Rechtsunsicherheit**

Würde eine Anwendung der Unternehmensmitbestimmung durch Analogie dennoch der Rechtsprechung überlassen, hätte dies eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge.<sup>164</sup> Bis zu einer endgültigen Klärung der tatsächlichen Anwendungsmodalitäten bzgl. zuziehender Auslandsgesellschaften durch die Obergerichte würde voraussichtlich sehr viel Zeit verstreichen, in der es für zuziehende Gesellschaften nicht absehbar wäre, wie sie die Unternehmensmitbestimmung rechtmäßig umsetzen sollen. Weiterhin ist dabei zu berücksichtigen, dass nach der *Überseering*-Entscheidung die Anwendung letztlich für alle in Betracht kommenden Gesellschaftsformen aus allen Staaten der EU durch die Obergerichte geklärt werden müsste. Dies dürfte aufgrund möglicher Organisationsunterschiede zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen wohl viele Jahre dauern.

---

<sup>160</sup> Ablehnend gegenüber einer analogen Anwendung aus diesem Grund auch *Raiser* MitbestG § 1 Rn. 15, der der Auffassung ist, dass eine dadurch möglicherweise entstehende Lücke in der Anwendung der Mitbestimmung hinzunehmen sei.

<sup>161</sup> *Binz/Mayer* GmbHR 2003, 249, 257.

<sup>162</sup> *Zimmer* NJW 2003, 3585, 3590 f; *Eidenmüller* ZIP 2002, 2233, 2242; *Forsthoff* DB 2002, 2471, 2477; *Schmidt-Parzefall* ZESAR 2003, 113, 114; *Müller-Bonanni* GmbHR 2003, 1235, 1237; *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 17; *Raiser* MitbestG § 1 Rn. 15.

<sup>163</sup> *Zimmer* NJW 2003, 3585, 3591.

<sup>164</sup> Ähnlich *Schwark* AG 2004, 173, 178.

Die erhebliche Rechtsunsicherheit spricht somit ebenfalls gegen eine Anwendung der Unternehmensmitbestimmung im Wege der Analogie.

### **ee. Europarecht**

Eine Anwendung der Unternehmensmitbestimmung nach jetziger Rechtslage würde voraussichtlich auch insbesondere wegen der starken Eingriffe in die Organisationsstruktur der Auslandsgesellschaften zu einer unzulässigen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen. Zuziehende Unternehmen wären durch die Anwendung der Unternehmensmitbestimmung gezwungen, ihre innere Organisation (durch Schaffung eines mitbestimmten Aufsichtsrats etc.) zu ändern. Fraglich ist deshalb, ob eine analoge Anwendung der Unternehmensmitbestimmung aufgrund der Stärke des Eingriffs den Anforderungen des EuGH für eine gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerecht werden würde. Die konkreten Anforderungen des Europarechts für die Zulässigkeit von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, und damit auch der Anwendung von nationalen Regeln zur Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften, werden ausführlich unten unter F. III. und F. IV. dargestellt. Diesen Ausführungen soll hier nicht vorgegriffen werden. Aufgrund der soeben unter C. I. 2. b. dd. angesprochenen Rechtsunsicherheit bei einer Analogie ohne konkrete gesetzliche Vorgaben für die Anwendung auf die vielfältigen Gesellschaftsformen in der EU erscheint es sehr zweifelhaft, ob eine Anwendung der Unternehmensmitbestimmung qua Analogie ein europarechtlich gangbarer Weg wäre.

Dass eine analoge Anwendung der Unternehmensmitbestimmung voraussichtlich keine rechtfertigbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen würde, kann auch aus einem Vergleich mit den Anforderungen an die Umsetzung von Gemeinschafts-Richtlinien in nationales Recht begründet werden (obwohl dies letztlich natürlich unterschiedliche Materien sind): in den Fällen der Umsetzung einer Richtlinie muss die vollständige und wirksame Rechtsanwendung der Inhalte der Richtlinie gewährleistet werden.<sup>165</sup> Für eine ausreichende Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist damit eine konkrete, klare und bestimm-

---

<sup>165</sup> Nicolaysen Europarecht I S. 332.

te Umsetzung der Regelungen der Richtlinie erforderlich.<sup>166</sup> Alleine der Verweis auf bestehende unvollständige oder zweideutige Gesetze sowie deren Auslegung oder eine gefestigte (Verwaltungs-)Praxis, die sich jederzeit ändern könnte, reichen nicht aus.<sup>167</sup> Diesen Anforderungen lässt sich für den hier untersuchten Fall – bei allen Unterschieden – jedenfalls entnehmen, dass unsichere Regelungen den Anforderungen des Europarechts hinsichtlich dessen Durchsetzung grundsätzlich nicht gerecht werden. Dies würde aber aufgrund der vielfältigen Schwierigkeiten (siehe C. I. 2. b. cc. ) auch für eine Analogie im vorliegenden Fall gelten (jedenfalls bis eine gefestigte obergerichtliche Praxis bestehen würde, was aber wohl lange dauern würde, vgl. dazu bereits C. I. 2. b. dd. ).

Eine Analogie ist folglich auch aus europarechtlichen Gesichtspunkten abzulehnen.

## ff. Die herrschende Meinung

Auch die h.M.<sup>168</sup> in der Literatur geht davon aus, dass eine Analogie nicht möglich ist. Begründet wird dies teilweise mit den bereits unter C. I. 2. b. cc. und C. I. 2. b. dd. erörterten Problemen bei der Umsetzung und weiteren Argumenten, die in obigen Abschnitten bereits dargestellt, teilweise aber auch entkräftet wurden.<sup>169</sup> Einige ältere Meinungen<sup>170</sup> verneinen dabei die Möglichkeit einer Ana-

---

<sup>166</sup> Nicolaysen Europarecht I S. 332.

<sup>167</sup> Koenig/Haratsch Europarecht Rn. 282; Nicolaysen Europarecht I S. 332.

<sup>168</sup> Raiser MitbestG § 1 Rn. 10; Gach in MüKo AktG Band 3 § 1 MitbestG Rn. 6; Seibt in Henssler/Willemsen/Kalb § 1 MitbestG Rn. 2; Oetker in Erfurter Kom ArbR § 1 MitbestG Rn. 2; Schwark AG 2004, 173, 178; Zimmer NJW 2003, 3585, 3590 f; Eidenmüller ZIP 2002, 2233, 2242; Forsthoff DB 2002, 2471, 2477; Schmidt-Parzefall ZESAR 2003, 113, 114; Müller-Bonanni GmbH 2003, 1235, 1237; Veit/Wichert AG 2004, 14, 17; grds. gegen eine Anwendung des MitbestG auf Auslandsgesellschaften auch Ebenroth/Sura ZHR 144 (1980), 610, 626: „Wegen der Eingebundenheit des Mitbestimmungsgesetzes in die gesellschaftsrechtliche Ordnung ist es ... aus rechtslogischen und rechtsdogmatischen Gründen unmöglich, ein Mitbestimmungsorgan „Aufsichtsrat“ auf ausländische Korporationsformen aufzupropfen.“

<sup>169</sup> Zu den einzelnen Meinungen siehe C. I. 2. im Rahmen der einzelnen Erörterungen zur Analogie.

<sup>170</sup> Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 1 Rn. 2, 3, 5, insbes. 8; Benz/Föhr MitbestG § 1 Rn. 4; Meilicke/Meilicke MitbestG Einl. Rn. 27, § 1 Rn. 3, § 4 Rn. 3; Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG § 1 Rn. 14; Haberland/ Seiler MitbestG § 1 Nr. 2; Rumpff in GK-MitbestG § 1 Rn. 26; Ulmer in Hanau/Ulmer MitbestG Einl. Rn. 40, § 1 Rn. 6a-8, insbes. 33, der allerdings entgegen der Rspr. und h.M. einer eingeschränkten

logie ohne weitere Begründung bzw. erwähnen nicht einmal die Möglichkeit einer analogen Anwendung. Teilweise<sup>171</sup> wird dabei auch lediglich stereotyp die Aussage des „Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung“ zum Entwurf des MitbestG<sup>172</sup> zitiert, der (wie bereits unter C. I. 2. a. dargelegt) zu folgendem Schluss kam: „Im Ausschuss bestand Einmütigkeit darüber, daß der Gesetzentwurf nicht für Unternehmensorgane ausländischer Unternehmen Geltung beanspruchen kann, daß sich vielmehr der Geltungsbereich des Entwurfs auf Unternehmen und Konzernobergesellschaften beschränkt, die ihren Sitz im Geltungsbereich des Grundgesetzes haben ...“<sup>173</sup>. Daraus folgern die Autoren, Auslandsgesellschaften seien grundsätzlich nicht vom MitbestG erfasst. Der Bericht trifft aber lediglich eine Aussage über Auslandsgesellschaften mit Sitz im Ausland, er sagt aber nichts über Auslandsgesellschaften mit Sitz in Deutschland. Dass die Schlussfolgerung eines Analogieausschlusses dem Bericht demnach so nicht ohne weiteres entnommen werden kann, wurde bereits unter C. I. 2. a. dargelegt. Dabei ist wiederum zu beachten, dass die älteren Literaturmeinungen aus der Zeit der Einführung des MitbestG bzw. kurz danach stammen und zu diesem Zeitpunkt die Existenz von Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland aufgrund der Geltung der Sitztheorie nicht vorstellbar war. Damit liegt die Annahme nahe, dass den Autoren, wie auch den Vertretern im „Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung“, zur damaligen Zeit das aktuelle Problem gar nicht bewusst war<sup>174</sup> und sich deshalb den Kommentierungen aus dieser Zeit auch keine abschließende Aussage für oder gegen eine Analogie nach heutiger Lage entnehmen lässt.

### c. Ergebnis

Als Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass trotz Vorliegens der grundsätzlichen Voraussetzungen ein Analogieschluss für die Unternehmensmitbestimmung in ihrer jetzigen Form aufgrund der unabsehbaren rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten, sowie der eintretenden Rechtsunsicherheit abzu-

---

Gründungstheorie folgt und so durch Analogie die Unternehmensmitbestimmung auch auf Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland anwenden will.

<sup>171</sup> Bspw. Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG § 1 Rn. 8; Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG § 1 Rn. 14; Meilicke/Meilicke MitbestG § 1 Rn. 3.

<sup>172</sup> BT-Drcks. 7/4845 S. 1 ff.

<sup>173</sup> BT-Drcks. 7/4845 S. 4.

<sup>174</sup> So auch *Ulmer* in Hanau/Ulmer MitbestG Rn. 33.

lehnen ist. Darüber hinaus bestehen gegen einen Analogieschluss auch europarechtliche Bedenken.

## II. Bisherige Ansätze der Literatur, nationale Vorschriften gegenüber dem Gründungsstatut durchzusetzen

Neben der Möglichkeit der Analogie wurden in der Literatur bereits in der Vergangenheit – vor den EuGH-Entscheidungen – Ansätze<sup>175</sup>, wie bspw. u.a. die Überlagerungstheorie von *Sandrock*, zur Durchsetzung nationaler Vorschriften gegenüber dem nach der Gründungstheorie bestimmten ausländischen Gesellschaftsstatut entwickelt. Die Ansätze der Literatur, die zu einer eingeschränkten Anwendung des Gründungsstatuts führen sollen, gingen entgegen der bisher h.M. grundsätzlich von der Gründungstheorie aus, modifizierten diese jedoch durch eine partielle Anwendung von Vorschriften des Sitzrechts.<sup>176</sup>

Nach der Hinwendung zur Gründungstheorie aufgrund der Entscheidungen des EuGH könnten nunmehr diese bereits entwickelten Ansätze eine Möglichkeit zur Durchsetzung nationaler Mitbestimmungsregeln auf zuziehende Auslandsgesellschaften bieten. Im Folgenden wird kurz aufgezeigt, dass auch diese Ansätze nach der aktuellen Rechtsprechung des EuGH keine Möglichkeit zur Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften bieten.

Um die Funktionsweise und Problematik der Ansätze aufzuzeigen, werden hier von den verschiedenen Theorien exemplarisch kurz die Überlagerungstheorie und die Kombinationslehre dargestellt.

### 1. Überlagerungstheorie

Die von *Sandrock*<sup>177</sup> entwickelte Überlagerungstheorie geht von der grundsätzlichen Geltung der Gründungstheorie aus.<sup>178</sup> D.h. das Gesellschaftsstatut einer Gesellschaft bestimmt sich entsprechend der Regel der Gründungstheorie nach

---

<sup>175</sup> Überblick über die verschiedenen Ansätze und Kritik an selbigen bei *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 288 ff.

<sup>176</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 288.

<sup>177</sup> *Sandrock* in BerGesVR 18 (1978), S. 169 ff; aktuell vgl. *Sandrock* in ZVglRWiss 102 (2003) S. 447 ff.

<sup>178</sup> *Sandrock* in ZVglRWiss 102 (2003) S. 449.

dem Recht des Staates, in welchem sie gegründet wurde, nach diesem Recht bestimmen sich grundsätzlich alle gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft.<sup>179</sup> Die Überlagerungstheorie weicht jedoch von den Grundsätzen der Gründungstheorie in den Fällen ab, in denen eine Gesellschaft in einem vom Gründungsstaat abweichenden Staat geschäftlich tätig wird und dort ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat. In diesen Fällen soll es dem Sitzstaat möglich sein, zwingende Normen seiner Rechtsordnung innerhalb seines Staatsgebietes gegen das ausländische Gesellschaftsstatut durchzusetzen, die Normen des ausländischen Gesellschaftsstatuts sind aufgrund der Überlagerung durch die zwingenden Normen des Sitzstaates nicht mehr anwendbar (sog. Verdrängungseffekt).<sup>180</sup> Konsequenz der Überlagerungstheorie ist damit, dass sich das Gesellschaftsstatut einer Gesellschaft grundsätzlich nach dem Ort der Gründung bestimmt. Sofern eine Auslandsgesellschaft allerdings ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt, soll das ausländische Gründungsrecht von den zwingenden Normen des deutschen Gesellschaftsrechts überlagert werden.<sup>181</sup> Diese Überlagerung soll immer dann eintreten, wenn sich schutzbedürftige Personen auf die zwingenden Normen des nationalen Gesellschaftsrechts berufen.<sup>182</sup> Dabei soll die Überlagerungstheorie nicht zu einer kumulativen, sondern zu einer alternativen Anwendung von Gründungsstatut und Sitzstatut führen, die Normen des Gründungsstatuts werden von den zwingenden Normen des Sitzstatuts verdrängt.<sup>183</sup> Dadurch soll sichergestellt werden, „daß berechnigte Belange von Personen, die im Sitzstaat mit der Gesellschaft in Berührung kommen, durch die Möglichkeit der Anrufung von [zwingenden] Vorschriften des Sitzstatuts gewahrt werden“<sup>184</sup>. Für die Regelungen der Unternehmensmitbestimmung bedeutete die Theorie, dass diese als zwingende Vorschriften des deutschen Sitzstatuts gegenüber dem Gründungsstatut durchsetzbar sein sollten.<sup>185</sup>

---

<sup>179</sup> Sandrock in ZVglRWiss 102 (2003) S. 449.

<sup>180</sup> Sandrock in Wahlfach IPR S. 62; Sandrock in ZVglRWiss 102 (2003) S. 449.

<sup>181</sup> Sandrock in ZVglRWiss 102 (2003) S. 450.

<sup>182</sup> Sandrock in Wahlfach IPR S. 62; Sandrock in ZVglRWiss 102 (2003) S. 450.

<sup>183</sup> Kindler in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 292.

<sup>184</sup> Sandrock in Wahlfach IPR S. 62.

<sup>185</sup> Sandrock in ZVglRWiss 102 (2003) S. 486.

Wie alle Ansätze der Literatur zur Anwendung einer Variante der Gründungstheorie war auch die Überlagerungstheorie bereits vor den aktuellen Entscheidungen des EuGH Kritik ausgesetzt.<sup>186</sup> So führt die Überlagerungstheorie zu einem „Normenmix“ aus den auf die Gesellschaft durch die Überlagerung anwendbaren Rechtsordnungen und entfernt sich so vom Grundmodell der des einheitlichen Gesellschaftsstatuts (Einheitstheorie).<sup>187</sup> Eben dieser „Normenmix“ führt insbesondere hinsichtlich der deutschen Mitbestimmung zu Problemen, besonders bei der Verortung der dann nach der Überlagerungstheorie zwingend vorgeschriebenen Arbeitnehmervertreter, wenn die Auslandsgesellschaft nur ein einziges Verwaltungsorgan hat.<sup>188</sup>

Nach den Entscheidungen des EuGH muss diese Theorie zur Durchsetzung nationaler Schutzinteressen weitgehend als hinfällig betrachtet werden. Der EuGH hat ausdrücklich entschieden, dass eine Auslandsgesellschaft grundsätzlich nur nach ihrem Gründungsrecht zu beurteilen ist, Abweichungen davon sind nur in sehr engen Grenzen zulässig. Dieser Entscheidung steht eine – auch partielle – Überlagerung des Gründungsrechts durch Normen des Sitzrechts grundsätzlich entgegen. Auch der Begründer der Theorie selbst geht aktuell nur noch von einem erheblich eingeschränkten Anwendungsbereich seiner Theorie aus. Die gegebenenfalls das Gründungsstatut überlagernden Normen des Sitzstaates müssen demnach erheblich „schrumpfen“.<sup>189</sup> Auch für die Möglichkeit der Überlagerung des ausländischen Gesellschaftsstatuts durch die Regelungen der deutschen Unternehmensmitbestimmung kommt der Verfasser der Theorie aufgrund inzwischen eingetretener rechtlicher und faktischer Veränderungen nun zu einem anderen Ergebnis: eine Überlagerung des Gründungsstatuts kommt durch sie nicht mehr in Betracht.<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> Vgl. bspw. *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 64; *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 293 ff.

<sup>187</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 64; *Paefgen* DB 2003, 487, 488.

<sup>188</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 293; *Paefgen* DB 2003, 487, 488.

<sup>189</sup> *Sandrock* in ZVglRWiss 102 (2003) S. 450, 447 ff.

<sup>190</sup> *Sandrock* in ZVglRWiss 102 (2003) S. 486 – 496; dabei stützt der Verfasser seine Ablehnung insbesondere auch darauf, dass nach seiner Auffassung die Unternehmensmitbestimmung nicht zum deutschen ordre public zu zählen sei, a.a.O. S. 488 ff, dazu auch *ders.* AG 2004, 57 ff, und weiterhin auch das Europarecht einer Überlagerung entgegenstehe a.a.O. S. 493 ff.

Aufgrund der Kritik, der dieser Ansatz bereits früher ausgesetzt war und der Tatsache, dass inzwischen der Verfasser selbst nicht mehr vertritt, dass eine Anwendung der Unternehmensmitbestimmung im Wege dieser Theorie in Betracht kommt, unterbleibt eine weitere Erörterung im Rahmen dieser Arbeit.

## 2. Kombinationslehre

Auch die von *Zimmer*<sup>191</sup> entwickelte Kombinationslehre ist wie die Überlagerungstheorie als Variante der Gründungstheorie anzusehen.<sup>192</sup> Zur Begründung seiner Lehre zieht *Zimmer* die Grundsätze aus Art. 27 Abs. 3 EGBGB heran, wonach auf Sachverhalte, die einen Bezug nur zu einem Staat aufweisen, die zwingenden Vorschriften des „betroffenen“ Staates anwendbar bleiben.<sup>193</sup> Grundlage der Kombinationslehre ist die Einheitstheorie, d.h. die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse einer Gesellschaft bestimmen sich grundsätzlich nur nach einer Rechtsordnung, es soll also kein „Normenmix“ wie beispielsweise bei der Überlagerungstheorie entstehen.<sup>194</sup> *Zimmer* wendet im Rahmen seiner Theorie auf eine Auslandsgesellschaft entweder das Recht des Sitzstaates oder das Recht des Gründungsstaates an. Entscheidend bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts ist, ob die Gesellschaft einen substantiellen Bezug zum Ausland aufweist oder nicht. Für den Fall des Bestehens eines solchen substantiellen Auslandsbezugs soll dann das Gründungsrecht zur Anwendung gelangen.<sup>195</sup> Für den gegensätzlichen Fall des Fehlens eines substantiellen Auslandsbezugs sollen die zwingenden Normen der Rechtsordnung des Sitzstaates zur Anwendung gelangen, es soll dann kein schützenswertes Interesse an der Geltung der Normen des Gründungsrechts bestehen.<sup>196</sup> Entscheidendes Kriterium ist damit der substantielle Auslandsbezug. Ein solcher soll sich nach der Kombinationslehre beispielsweise aus dem gewöhnlichen Aufenthaltsort der Gesellschafter<sup>197</sup> sowie aus rechtsgeschäftlichen Beziehungen zum Ausland von erheblichem Umfang<sup>198</sup> ergeben. Wenn demnach ein substantieller Auslandsbe-

---

<sup>191</sup> *Zimmer* IntGesR S. 220 ff.

<sup>192</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 306.

<sup>193</sup> *Zimmer* IntGesR S. 223 ff.

<sup>194</sup> *Zimmer* IntGesR S. 232 f.

<sup>195</sup> *Zimmer* IntGesR Zusammenfassung S. 239.

<sup>196</sup> *Zimmer* IntGesR Zusammenfassung S. 239.

<sup>197</sup> *Zimmer* IntGesR S. 227 f.

<sup>198</sup> *Zimmer* IntGesR S. 228 f.

zug bejaht werden kann, bestimmen sich die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht, es setzt sich also in diesem Fall die Gründungstheorie durch. Wenn allerdings im Laufe der Zeit der substantielle Auslandsbezug wegfällt, dann wird die Gesellschaft ab dem Zeitpunkt des Wegfalls nach den Normen des Sitzstaates behandelt.<sup>199</sup> Die Kombinationslehre geht damit von einem wandelbaren Gesellschaftsstatut aus.<sup>200</sup>

Ebenso wie bereits die Überlagerungstheorie war auch die Kombinationslehre der Kritik der Literatur ausgesetzt.<sup>201</sup> Hauptsächlich das Merkmal des substantiellen Auslandsbezugs wird als wenig tauglich und zu vage angesehen, da die konkreten Anforderungen im Dunkeln bleiben.<sup>202</sup> Insbesondere wenn ursprünglich substantielle Auslandsbeziehungen vorlagen, diese aber dann im Laufe der Zeit wegfallen und somit nach der Kombinationslehre ein Statutenwechsel hin zum Recht des Sitzstaates stattfindet, bleibt fraglich, wie dieser Vorgang bzw. der entscheidende Zeitpunkt für Dritte je eindeutig erkennbar sein soll.<sup>203</sup>

Aufgrund der bereits bestehenden Kritik an diesem Ansatz und der klaren Aussagen des EuGH, dass eine Auslandsgesellschaft nun grundsätzlich nur nach ihrem Gründungsrecht zu behandeln ist, unterbleibt in der Arbeit eine weitere Erörterung auch dieses Ansatzes.

### 3. Ergebnis zu Ansätzen der Literatur

Alle bisherigen Ansätze, die zu einer Beschränkung des Gründungsstatuts führen, sind nach den aktuellen Entscheidungen des EuGH in ihrer ursprünglichen Form nicht mehr aufrecht zu erhalten. Insbesondere bieten sie keine tauglichen Vorgaben, um die Regelungen der deutschen Unternehmensmitbestimmung auf Auslandsgesellschaften anzuwenden. Für eine Durchsetzung nationaler Interessen sind nach der Rechtsprechung des EuGH nun die konkreten Vorgaben der

---

<sup>199</sup> *Zimmer* IntGesR S. 225 f.

<sup>200</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 305.

<sup>201</sup> Vgl. bspw. *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 71; *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 307 ff.

<sup>202</sup> *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 71; *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 307 ff.

<sup>203</sup> *Kindler* in MüKo BGB Band 11 IntGesR Rn. 310.

Niederlassungsfreiheit (dazu unten unter F. ) zu beachten. Keine der Theorien wird den Entscheidungen des EuGH gerecht.

### III. Zwischenergebnis

De lege lata unterliegen Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nicht der deutschen Unternehmensmitbestimmung.

### IV. Konsequenzen für die Unternehmensmitbestimmung - drei Ansätze

Aufgrund der unter B. IV. dargestellten Folgen der EuGH-Entscheidungen und des Ausschlusses einer Analogie besteht demgemäß die Möglichkeit des Zuzugs von Auslandsgesellschaften nach Deutschland, die der deutschen Mitbestimmung nicht unterliegen. Weiterhin besteht auch die Möglichkeit, dass deutsche Unternehmer in Zukunft verstärkt auch für ihre Tätigkeiten in Deutschland ausländische Rechtsformen wählen und auch ganze Tätigkeitsbereiche auf solche Gesellschaften verlagern.<sup>204</sup> Konsequenz einer solchen Entwicklung könnte somit sein, dass die Quote der mitbestimmten Unternehmen in Deutschland in der Zukunft – zumindest langfristig gesehen – stark absinkt.<sup>205</sup>

Zu untersuchen ist deshalb, welche Konsequenzen aus diesen neuen Rahmenbedingungen für die Unternehmensmitbestimmung in Deutschland zu ziehen sind. In Betracht kommen diesbezüglich grundsätzlich drei Ansätze:

#### 1. Ansatz 1: Aufgabe der Unternehmensmitbestimmung

Als radikalster Ansatz ist zunächst in Erwägung zu ziehen, die Unternehmensmitbestimmung gänzlich aufzugeben. Dadurch könnten zum einen die deutschen Gesellschaftsformen im internationalen Vergleich attraktiver gemacht werden, da die von ausländischen Investoren verbreitet als zu beschränkend empfun-

---

<sup>204</sup> Kurzer Überblick bei *Schwark* AG 2004, 173, 175; *Bayer* BB 2003, 2357, 2363; *von Hase* BuW 2003, 944, 945; v. *Werder* DBW 2004, 229, 242 f.

<sup>205</sup> *Schwark* AG 2004, 173, 174; *Junker* NJW 2004, 728, 729; ebenso *Raiser* in FS Buxbaum S. 430, der bereits nach der *Centros*-Entscheidung des EuGH feststellte, dass eine Modifikation der Mitbestimmung erforderlich wird, wenn die Grenzen in Europa auch für Unternehmen durchlässiger werden.

ne<sup>206</sup> Unternehmensmitbestimmung nicht mehr vorhanden wäre. Zum anderen würde dadurch auch der zunehmenden Kritik<sup>207</sup> (insbesondere auch aus dem Blickwinkel der corporate governance<sup>208</sup>) an der Unternehmensmitbestimmung Rechnung getragen. Weiterhin bestünden dann hinsichtlich der Mitbestimmung auch keine bzw. weniger „Nachteile“ für diejenigen Unternehmen, die sich deutscher Gesellschaftsformen bedienen, gegenüber anderen Unternehmen, die ausländische Gesellschaftsformen für ihre Tätigkeit in Deutschland wählen.

Jedoch wird sich eine solche Komplett Aufgabe der Unternehmensmitbestimmung nicht durchsetzen lassen. Dabei kann zunächst dahinstehen, ob eine derartige Lösung überhaupt überwiegend positive Effekte hätte oder ob dadurch nicht auch negative Effekte eintreten würden. Vielmehr wird sich ein solches Vorhaben weder politisch, noch gesellschaftlich durchsetzen lassen.<sup>209</sup> Tatsache ist nämlich, dass sich die Unternehmensmitbestimmung seit ihrer Einführung zu einem festen Bestandteil in Gesellschaft und Wirtschaft entwickelt und so zur sozialen Integration in Unternehmen und in der Gesellschaft beigetragen hat<sup>210</sup> und demnach allgemeinwohlbezogen ist<sup>211</sup>. In der Literatur wird die Unternehmensmitbestimmung verbreitet auch dem *ordre public* zugeordnet.<sup>212</sup> Ebenso ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, dass die von der Unternehmensmitbestimmung angestrebte Kooperation und Integration von Anteilseigner- und Arbeitnehmerinteressen dem Wohl der Allgemeinheit dient<sup>213</sup> und dass die Unternehmensmitbestimmung ein besonderes gesellschaftspolitisches Gewicht hat.<sup>214</sup> Es ist deshalb nicht wahrscheinlich, dass sich – trotz aktueller Kritik (dazu ausführlich unter D. III. 2. c. ff. ) – entgegen dem bestehenden Grundkonsens über die Unternehmensmitbestimmung eine Abschaffung derselben durchsetzen ließe.

---

<sup>206</sup> *Ulmer* ZHR 166 (2002), 271, 274; *Sandrock* AG 2004, 57, 61.

<sup>207</sup> Vgl. bspw. *Ulmer* ZHR 166 (2002), 271 ff; *Sandrock* AG 2004, 57, 60 f; Ausführlicher zur Kritik unten D. III. 2. c. ff.

<sup>208</sup> Vgl. bspw. *Kirchner* AG 2004, 197 ff; *von Werder* AG 2004, 166 ff; ausführlich dazu unten D. III. 2. c. ff.

<sup>209</sup> *von Werder* DBW 2004, 229, 237 f; *Bernhardt* BB 2004, 2480, 2481 f.

<sup>210</sup> Kommission Mitbest 1998 S. 21, 34 f, 95 Nr. 1 u. 2, 96 Nr. 5.

<sup>211</sup> *Roth* IPRax 2003, 117, 125; *Großfeld/Erlinghagen* JZ 1999, 217, 222.

<sup>212</sup> Nachweise dazu in Fn. 315; insgesamt ausführlich zur Einordnung der Unternehmensmitbestimmung zum deutschen *ordre public* unter D. III. 2.

<sup>213</sup> BVerfGE 50, 290, 350 f.

<sup>214</sup> BGHZ 83, 106, 110.

Welch hohe Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland zukommt und wie hartnäckig sie gegen drohende Aufweichungen o.ä. verteidigt wird, zeigt auch das jahrzehntelange Ringen um die Schaffung der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, SE), deren Regelung immer wieder an den unterschiedlichen Auffassungen der Mitgliedstaaten (und dabei insbesondere auch an der Deutschlands) zur Unternehmensmitbestimmung scheiterte und erst nach ca. 30 Jahren durch einen Kompromiss bei der Mitbestimmung zustande kam.<sup>215</sup>

Insoweit bleibt dieser Ansatz bei der weiteren Untersuchung außer Betracht.

## 2. Ansatz 2: Keine Veränderung

Als zweiter Ansatz kommt in Betracht die bestehende Gesetzeslage unangetastet zu lassen. D.h. es bliebe beim status quo, dass von der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland nur die in § 1 Abs. 1 MitbestG genannten deutschen Gesellschaftsformen erfasst sind. Zuziehende Auslandsgesellschaften würden damit nicht der deutschen Unternehmensmitbestimmung unterliegen.

Dieser Ansatz könnte zur Folge haben, dass in der Zukunft für unternehmerisches Handeln in Deutschland keine deutschen Gesellschaftsformen mehr gewählt werden, sondern dass die Unternehmer im Ausland weniger beschränkte, mitbestimmungsfreie Gesellschaften gründen und diese, im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit, nach Deutschland verlegen.<sup>216</sup> Dies würde eine Umgehung der Unternehmensmitbestimmung bedeuten. Auch wäre zu erwarten, dass sich deutsche Unternehmen so umstrukturieren, dass sie durch Verlagerung von Tätigkeiten auf Auslandsgesellschaften nicht mehr bzw. nicht mehr im ursprünglichen Maße, der Unternehmensmitbestimmung unterliegen.<sup>217</sup> Es wäre demnach zu befürchten, dass in Folge der neuen Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit (zumindest auch) wegen der Unternehmensmitbestimmung ein race to the bottom hin zu den am wenigsten regulierten/beschränkten, möglichst

---

<sup>215</sup> Vgl. dazu bspw. *Blanquet* ZGR 2002, 20 ff; *Henssler* in FS Ulmer S. 193 ff; ausführlich zur SE und ihrer Mitbestimmungsregelung unter G. IV. im Rahmen der Untersuchung, ob das Mitbestimmungsmodell der SE einen möglichen Weg zur Erstreckung deutscher Mitbestimmungsregeln auf zuziehende Auslandsgesellschaften darstellt.

<sup>216</sup> *Schwark* AG 2004, 173, 177.

<sup>217</sup> *Schwark* AG 2004, 173, 177.

gänzlich mitbestimmungsfreien Gesellschaftsformen einsetzen würde (siehe dazu bereits B. IV. 1. ).

### **a. Inländerdiskriminierung**

Ein Beibehalten des MitbestG in seiner jetzigen Form würde dabei zu einer Diskriminierung der deutschen Gesellschaftsformen führen, da lediglich diese, nicht aber sämtliche zuziehende Auslandsgesellschaften, von der Unternehmensmitbestimmung betroffen wären. Insoweit gebietet die Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EG und Art. 48 EG die Gleichbehandlung von Unionsbürgern/-gesellschaften mit Inländern/Inlandsgesellschaften<sup>218</sup> bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.<sup>219</sup> D.h. eine betroffene Gesellschaft darf bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt nicht schlechter behandelt werden, als dies bei einem vergleichbaren rein inländischen Sachverhalt der Fall wäre.<sup>220</sup> Dagegen ist aber eine Schlechterbehandlung inländischer Gesellschaften gegenüber zuziehenden Gesellschaften, eine sog. Inländerdiskriminierung/umgekehrte Diskriminierung, nicht von der Niederlassungsfreiheit – und auch nicht vom allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EG – verboten.<sup>221</sup>

Ein Beibehalten der jetzigen Lage wäre also trotz Diskriminierung der deutschen Gesellschaften europarechtlich zulässig. Dies kann aber dennoch nicht befürwortet werden, da dies voraussichtlich ebenfalls weiterhin dazu beitragen würde, dass die deutschen Gesellschaftsformen zurück gedrängt würden. Folge wäre also möglicherweise – zumindest langfristig gesehen – ein „Aussterben“ der deutschen Gesellschaftsformen. Dies würde zu einer Schwächung des Wirtschaftsstandorts Deutschland führen und kann so nicht im Sinne deutscher Interessen sein.

---

<sup>218</sup> Unter den Begriffen „Inlandsgesellschaften“ bzw. „inländische Gesellschaften“ sind im Rahmen dieser Arbeit Gesellschaften in deutscher Rechtsform mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland zu verstehen.

<sup>219</sup> *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 55.

<sup>220</sup> *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 41 f.

<sup>221</sup> *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 55; *Streinz* in Streinz EUV/EGV Art. 12 Rn. 58.

## **b. Legitimitätsverlust**

Weiterhin wäre bei einer Beibehaltung der jetzigen Regelung zu berücksichtigen, dass der Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung bei Eintritt der soeben aufgezeigten möglichen Folgen immer geringer würde. Wenn aber der Anwendungsbereich einer Norm immer weiter schwindet, stellt sich die Frage nach der Legitimität einer Regelung,<sup>222</sup> die praktisch (in der Zukunft) fast keinen Anwendungsbereich mehr hat. Der Anspruch der Unternehmensmitbestimmung richtet sich auf die Teilhabe der Arbeitnehmer an Entscheidungen über die Geschicke des Unternehmens und eine Einschränkung der Fremdkontrolle der Arbeitnehmer, sowie eine gerechte Verteilung des Produktionsertrages.<sup>223</sup> Dieser Anspruch geht aber verloren, wenn die Teilhabe nicht mehr großflächig durchgesetzt wird. Besondere Gründe, die für den dann verbleibenden Restanwendungsbereich die Aufrechterhaltung der Regelungen zwingend erforderlich machen, sind nicht ersichtlich. Welche Gründe können dafür sprechen, die Regelungen aufrecht zu erhalten, wenn doch grundsätzlich die Möglichkeit der sanktionslosen „Umgehung“ über die Niederlassungsfreiheit möglich ist und auch überwiegend genutzt (werden) wird? Eine solche Regelung mit kleinem bzw. minimalem Restanwendungsbereich würde keine Legitimität besitzen und sollte auch nicht aufrechterhalten werden.

## **c. „Entschärfung“ der Lage durch die Regelungen der Societas Europaea?**

Ferner ist auch noch zu untersuchen, ob ein Beibehalten des status quo tatsächlich zu untragbaren Ergebnissen führen würde und somit tatsächlich ein starkes Bedürfnis für eine Anpassung der deutschen Unternehmensmitbestimmung besteht, oder ob die Konsequenzen für die Unternehmensmitbestimmung möglicherweise nicht aus anderen Gründen geringer sind, als dies auf den ersten Blick erscheint und möglicherweise gar kein „ruinöses race to the bottom“ droht.

Hierbei ist nämlich an die Regelungen zur Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE)<sup>224</sup> zu denken.<sup>225</sup> Dadurch, dass diese europäische

<sup>222</sup> Schwark AG 2004, 173, 174.

<sup>223</sup> Raiser MitbestG Einl. Rn. 25.

<sup>224</sup> Geregelt in der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001, ABIEG Nr. L 294, S. 1 ff. abgedruckt in Beilage zu Heft 1 NZG 2002, S. 3 ff.

Rechtsform gerade für transnationale Sachverhalte geschaffen wurde und für diese Fälle auch Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung<sup>226</sup> enthält, könnte sich die Lage hinsichtlich des Zuzugs von Auslandsgesellschaften möglicherweise weniger kritisch darstellen. Wenn sich nämlich die SE zu einer bevorzugten Rechtsform für europäische Sachverhalte entwickelt, wäre durch die enthaltenen Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung möglicherweise auch die „Gefahr“ eines sich vergrößernden mitbestimmungsfreien Bereichs gebannt. Unabhängig von der Frage, ob die Mitbestimmungsregelungen der SE (vgl. dazu ausführlich unten unter G. IV. 1. ) überhaupt ein gleichwertiges bzw. übertragbares Modell für nationale Mitbestimmungsregeln darstellen, ist für eine mögliche „Entschärfung“ der Lage bzgl. der zu erwartenden Zurückdrängung der Unternehmensmitbestimmung zunächst Voraussetzung, dass die SE für Unternehmer, die innerhalb der Gemeinschaft tätig sind, überhaupt als Alternative gegenüber den neuen Niederlassungsfreiheiten bzw. als bevorzugtes Konstrukt in Betracht kommt. Es stellt sich in Abgrenzung zur freien Nutzung der Niederlassungsfreiheit also die Frage nach dem Anwendungsbereich der SE. D.h. der Anwendungsbereich der SE müsste sich mit dem hier untersuchten Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit decken. Dabei ist festzustellen, dass die SE nur für ganz bestimmte Gründungsvorgänge in Betracht kommt (vgl. dazu ausführlich unten unter G. IV. ). Insbesondere kann eine SE nicht originär gegründet werden.<sup>227</sup> Nach den Regeln der SE ist stets ein grenzüberschreitender Sachverhalt erforderlich, an dem i.d.R. mindestens zwei bereits bestehende Gesellschaften beteiligt sind. Dies ist in der hier untersuchten Konstellation aber gerade nicht der Fall. Für die Wahrnehmung der „neuen“ Niederlassungsfreiheit ist es nicht erforderlich, dass sich zwei, oder mehr, Unternehmen zusammenschließen etc., vielmehr steht hier vorrangig die (Neu-)Gründung eigenständiger Gesellschaften im Mittelpunkt. Auch ist zu beachten, dass die Gründungstatbestände einer SE stets einen transnationalen Sachverhalt erfordern. Dies ist für die hier untersuchten Konstellationen aber nicht zwingend erforderlich. Aufgrund

---

<sup>225</sup> Ausführlich zur SE und deren Mitbestimmungsregelung unten unter G. IV. bei der Prüfung einzelner Modelle für eine Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften.

<sup>226</sup> Diese Regelungen sind nicht direkt in der Verordnung enthalten, sondern wurden in eine gesonderte Richtlinie aufgenommen, Richtlinie 2001/86/EG, ABIEG Nr. L 294, S. 22 ff, abgedruckt in Beilage zu Heft 1 NZG 2002, S. 22 ff.

<sup>227</sup> *Blanquet* ZGR 2002, 20, 44.

der Rechtsprechung des EuGH ist es nämlich möglich, eine ausländische Gesellschaftsform auch für eine rein nationale Geschäftstätigkeit zu wählen, der einzige internationale Bezug ist in diesem Fall die Gründung in einem anderen Mitgliedstaat. Für Unternehmensgründer bieten sich folglich aufgrund der Rechtsprechung des EuGH größere/andere Freiheiten als durch die SE, da gerade kein Unternehmenszusammenschluss etc. und keine transnationale Geschäftstätigkeit erforderlich sind. Es kann vielmehr einfach die gewünschte ausländische Gesellschaftsform gegründet werden, unabhängig davon, ob die Geschäftstätigkeit (später) in einem oder mehreren Mitgliedstaaten ausgeübt wird. Somit lässt sich feststellen, dass der Anwendungsbereich der SE und die hier untersuchten Konstellationen sich nur in Ausnahmefällen überschneiden werden.

Darüber hinaus ist zum jetzigen Zeitpunkt in der Literatur auch umstritten, ob sich die SE überhaupt als Erfolgsmodell herausstellen wird, oder ob sie lediglich eine Nische im europäischen Gesellschaftsrecht ausfüllen wird.<sup>228</sup>

Die Rechtsform der SE stellt für die hier untersuchten Konstellationen somit keine direkte Alternative zur Nutzung der „neuen“ Niederlassungsfreiheiten dar, die möglicherweise ein Zurückdrängen der Unternehmensmitbestimmung verhindern könnte. Ebenso ist auch die tatsächliche Bedeutung der SE in der Zukunft ungewiss, insbesondere da die SE nur für ganz bestimmte Gründungsfälle in Betracht kommt. Allein die Möglichkeit der Wahl der Gesellschaftsform der SE beseitigt folglich noch nicht die Sorge der Umgehung der Unternehmensmitbestimmung.

#### **d. Ergebnis**

Festhalten lässt sich somit, dass ein Beibehalten der jetzigen Gesetzeslage zwar möglich, aber nicht zu empfehlen ist. Somit wird dieser Ansatz im Rahmen der Untersuchung nicht weiter berücksichtigt.

---

<sup>228</sup> Vgl. bspw. *Bezzemberger* Jura 229, 231 f; *Götz* ZIP 2003, 1067; *Nagel* DB 2004, 1299 ff; *Weiss* NZA 2003, 177, 181.

### 3. Ansatz 3: Anpassung

Nachdem festgestellt wurde, dass der status quo auf Dauer zu einem unbefriedigenden Zustand führt, besteht der dritte Ansatz nun darin, de lege ferenda nach Möglichkeiten zu suchen, wie die Unternehmensmitbestimmung an die veränderten äußeren Umstände angepasst werden kann, um den Mitbestimmungsstandard möglichst weitgehend zu erhalten. Bei der Gestaltung einer zukunftsfähigen Unternehmensmitbestimmung müssen die sich verändernden Märkte und Organisationsstrukturen berücksichtigt und den veränderten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen Rechnung getragen werden.<sup>229</sup> Sofern eine entsprechende Anpassung der Unternehmensmitbestimmung, und damit die Erstreckung auch auf zuziehende Auslandsgesellschaften, möglich ist, wäre auch die Gefahr eines ruinösen race to the bottom durch den Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen gebannt, da dann die Durchsetzung elementarer nationaler Schutzinteressen gesichert wäre.

Ziel der folgenden Untersuchung ist demnach, ein Modell für die Unternehmensmitbestimmung aufzuzeigen, das auch unter dem Gesichtspunkt des zu erwartenden vermehrten Zuzugs von Auslandsgesellschaften die Mitbestimmung durch eine Anwendung auch auf diese Gesellschaften durchzusetzen vermag. Dabei ist zu beachten, dass aufgrund der singulären Stellung<sup>230</sup> der Unternehmensmitbestimmung nach jetzigem deutschem Modell im internationalen Rahmen voraussichtlich nur ein Mitbestimmungsmodell durchsetzbar sein wird, das hinter dem bisherigen deutschen Standard zurückbleibt.<sup>231</sup> Dennoch ist aus deutscher Sicht ein Modell zu suchen, das die Unternehmensmitbestimmung möglichst umfassend anwendbar macht und möglichst weitgehend den bisherigen deutschen Standard auch bei Erstreckung auf Auslandsgesellschaften aufrechterhält, damit in Deutschland der Bereich der mitbestimmungsfrei tätigen Gesellschaften möglichst gering ist.

In der Literatur werden mehrere Anpassungsansätze erwähnt, die die Unternehmensmitbestimmung auch beim Zuzug von Auslandsgesellschaften erhalten sollen. Darunter folgende:

---

<sup>229</sup> Vgl. Kommission Mitbest 1998 S. 113 Nr. 1.

<sup>230</sup> Schwark AG 2004, 173, 174; Junker NJW 2004, 728, 730.

<sup>231</sup> Junker NJW 2004, 728, 730.

- Aufhebung der Rechtsformgebundenheit des MitbestG<sup>232</sup>
- Territoriale Anknüpfung der Unternehmensmitbestimmung wie bei der betrieblichen Mitbestimmung<sup>233</sup>
- Einführung einer Pflicht zur Gründung einer Tochtergesellschaft nach deutschem Recht<sup>234</sup>
- Übertragung des Mitbestimmungsmodells der SE in das deutsche Recht<sup>235</sup>
- Einführung der Vorschläge der Davignon-Sachverständigengruppe zur Unternehmensmitbestimmung<sup>236</sup>

Auf die konkrete Ausformung der einzelnen Ansätze wird jedoch erst später im Rahmen der Prüfung der Europarechtskonformität eingegangen (siehe unten unter G. ). Zunächst sind abstrakt die generellen Anforderungen zu bestimmen, die für ein zu erwägendes Umsetzungsmodell bestehen. Erst im Anschluss kann beurteilt werden, ob einer der genannten Ansätze überhaupt eine zulässige Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf Auslandsgesellschaften ermöglicht, oder ob nicht möglicherweise ein weiterer Ansatz zu entwickeln ist. Nicht auszuschließen ist vorab auch, dass die Untersuchung ergibt, dass kein tauglicher nationaler Umsetzungsansatz besteht und lediglich eine europarechtliche Lösung die Aufrechterhaltung der Unternehmensmitbestimmung gewährleisten kann.

Ausgangspunkt bei einer Bestimmung eines konkreten Umsetzungsmodells ist dabei, dass sich nach den Entscheidungen des EuGH das Gesellschaftsstatut nun nach der Gründungstheorie bestimmt (siehe B. IV. ) und damit grundsätzlich alle gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse nach dem Gründungsrecht der Gesellschaft zu beurteilen sind. Weiterhin entspricht es der ganz h.M.<sup>237</sup>, dass die Un-

---

<sup>232</sup> Bspw. erwähnt bei: *Schanze/Jüttner* AG 2003, 30, 35; *von Hase* BuW 2003, 944, 949; *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 17.

<sup>233</sup> Bspw. erwähnt bei: *Maul/Schmidt* BB 2003, 2297, 2300; *Zimmer* IntGesR S. 161 ff, *Zimmer* gibt diese Auffassung jedoch offenbar selbst wieder auf in NJW 2003, 3585, 3590.

<sup>234</sup> Bspw. erwähnt bei: *Paefgen* DB 2003, 487, 491.

<sup>235</sup> *Thüsing* ZIP 2004, 381, 387 f; *Bayer* BB 2003, 2357, 2365.

<sup>236</sup> *Schanze/Jüttner* AG 2003, 30, 35.

<sup>237</sup> Vgl. Fn. 8.

Unternehmensmitbestimmung dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen ist. Folglich bestimmt sich die Unternehmensmitbestimmung zunächst auch nach dem entsprechenden Gründungsstatut. Wenn das nach der Gründungstheorie auf eine Gesellschaft anwendbare Recht bestimmt worden ist und dies dann auch nicht das deutsche Recht ist, bleibt zu klären, wie gegenüber dem ausländischen Gesellschaftsstatut deutsche Regeln zur Mitbestimmung auf Unternehmensebene durchgesetzt werden können.

Zunächst ist deshalb abstrakt zu untersuchen, auf welchem Weg deutsche Mitbestimmungsregeln überhaupt gegenüber dem Gründungsrecht einer Auslandsgesellschaft durchgesetzt werden können. Hierbei werden im Folgenden zunächst Anknüpfungsmöglichkeiten aus dem nationalen Recht untersucht. Im Anschluss daran wird untersucht, inwieweit eine nach nationalem Recht mögliche Anknüpfung auch europarechtlich zulässig ist (siehe unten F. ).

## D. Ordre public, Art 6 EGBGB, als Anknüpfungspunkt für angepasste Regeln der Unternehmensmitbestimmung

Als Möglichkeit der Erstreckung deutscher Mitbestimmungsregeln auch auf Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland kommt in Betracht, diese Regelungen über den ordre public des IPR aus Art. 6 EGBGB anzuwenden.

Festzustellen ist hier nochmals, dass es bei der folgenden Erörterung der Anwendbarkeit von Mitbestimmungsregeln auf zuziehende Auslandsgesellschaften über den ordre public nicht um die de lege lata bestehenden Mitbestimmungsregeln geht, sondern um die Frage, ob eine veränderte Form der Unternehmensmitbestimmung über den ordre public in diesen Fällen angewandt werden könnte. Einer Anwendung der jetzigen Form der Unternehmensmitbestimmung über den ordre public steht entgegen, dass diese ausdrücklich auf die bestimmten deutschen Rechtsformen beschränkt ist.<sup>238</sup>

In der aktuelleren Literatur wird die Möglichkeit der Anwendung des ordre public teilweise<sup>239</sup> erwähnt. Jedoch beziehen sich die Anmerkungen jeweils auf die Frage, ob die Unternehmensmitbestimmung *in heutiger Form* über den ordre public auf Auslandsgesellschaften angewandt werden kann. Ob dagegen eine de lege ferenda veränderte Mitbestimmung über den ordre public angewandt werden könnte, wird nicht erörtert. In der Regel erschöpfen sich die Anmerkungen auch in einem kurzen Hinweis auf die grundsätzliche Möglichkeit einer Anwendung mit Hilfe des ordre public, ohne auf die konkreten Voraussetzungen näher einzugehen. Einzig *Sandrock*<sup>240</sup> erörtert ausführlicher die Möglichkeit, die Unternehmensmitbestimmung unter den deutschen ordre public zu fassen.

---

<sup>238</sup> Vgl. C. I. 1. und weitere Nw in Fn. 56.

<sup>239</sup> Bspw.: von Hase BuW 2003, 944, 949; Großfeld/Erlinghagen JZ 1993, 217, 222; Paefgen DB 2003, 487, 489.

<sup>240</sup> Sandrock AG 2004, 57 ff; im Ergebnis lehnt Sandrock die Einordnung der Unternehmensmitbestimmung als Teil des deutschen ordre public allerdings ab. Dies begründet er insbesondere mit der aktuellen Kritik an der Unternehmensmitbestimmung; siehe zur Kritik unten unter D. III. 2. c. ff.

Um die Möglichkeit einer Durchsetzung der Unternehmensmitbestimmung über den deutschen *ordre public* zu überprüfen, sind zunächst dessen Voraussetzungen darzulegen.

## I. Der *ordre public* als Teil des Internationalen Privatrechts

Der *ordre public* ist Teil des IPR. Das IPR befasst sich mit der Frage, welche Rechtsordnung bei Sachverhalten mit Bezug zu mehreren Staaten auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden ist, vgl. Art 3 EGBGB. Dabei bezeichnet man das Recht, welches letztlich über die Anwendung von Normen in Fällen mit Auslandsberührung entscheidet, als Kollisionsrecht, dies wird im deutschen IPR durch Art. 3 Abs. 1 EGBGB ausgedrückt.<sup>241</sup>

Die Kollisionsnormen des IPR bestimmen dabei, ob auf einen Sachverhalt mit Auslandsbezug das eigene Recht anzuwenden ist oder ob sich das ausländische Recht eines fremden Staats durchsetzt.<sup>242</sup> Über das IPR soll im konkreten Fall diejenige Rechtsordnung ausgewählt werden, mit der der in Frage stehende Sachverhalt die engste Verbindung aufweist.<sup>243</sup> Das Kollisionsrecht verweist damit nur auf eine anzuwendende Rechtsordnung, entscheidet aber nicht selbst in der Sache, dies ist Aufgabe des gerade durch die Kollisionsnormen im konkreten Fall zur Anwendung berufenen Sachrechts.<sup>244</sup> Zur Bestimmung des tatsächlich anzuwenden Rechts wird der in Frage stehende Sachverhalt auf typische Merkmale hin überprüft, die auf eine enge Verbindung zu einer der in Betracht kommenden Rechtsordnungen hindeuten (sog. Anknüpfungspunkte).<sup>245</sup>

Im deutschen IPR sind für die meisten Sachverhalte Regelungen getroffen worden. Bisher nicht geregelt ist allerdings der Bereich des Rechts der juristischen Personen und Gesellschaften.<sup>246</sup> D.h. für den hier untersuchten Fall des Zuzugs von Kapitalgesellschaften nach Deutschland bestehen keine Normen im deutschen IPR. Dies hatte zur Folge, dass in der Praxis insbesondere die Sitz- und Gründungstheorie zur Bestimmung des in einem solchen Fall auf eine Gesell-

---

<sup>241</sup> *Sturm/Sturm* in Staudinger IPR Einl. Rn. 9 f.

<sup>242</sup> *Sturm/Sturm* in Staudinger IPR Einl. Rn. 12.

<sup>243</sup> *Heldrich* in Palandt Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 1.

<sup>244</sup> *Sturm/Sturm* in Staudinger IPR Einl. Rn. 11.

<sup>245</sup> *Heldrich* in Palandt Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 21.

<sup>246</sup> *Heldrich* in Palandt Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 17; siehe bereits oben B. I.

schaft anzuwendenden Rechts entwickelt wurden, zu den Theorien siehe bereits unter B. I. 1. und B. I. 2.

In Deutschland war bisher die Sitztheorie herrschend (siehe B. I. 1. ). Nach den Entscheidungen des EuGH ist für die hier untersuchten Fälle nun kollisionsrechtlich jedoch von der Geltung der Gründungstheorie auszugehen, d.h. alle gesellschaftsrechtlichen Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft bestimmen sich nach ihrem Gründungsrecht und nicht nach deutschem Recht, wie es früher nach der Sitztheorie der Fall war.

Die Frage ist deshalb nun, ob und wie internationalprivatrechtlich auch bei Geltung des Gründungsrechts nationale deutsche Regelungen durchgesetzt werden können. Eine mögliche Basis für ein solches Vorgehen bildet dabei der *ordre public* aus Art. 6 EGBGB.

Nach Art. 6 EGBGB sind Rechtsnormen eines anderen Staates dann nicht anzuwenden, wenn die Anwendung dieser Normen zu einem Ergebnis führt, das mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, wobei diese Folge insbesondere dann eintreten soll, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.

Art. 6 EGBGB bildet damit in der Form einer Generalklausel<sup>247</sup> eine Schutznorm für nationale Vorschriften, die der inländischen Öffentlichen Ordnung zuzuordnen sind; der *ordre public*-Vorbehalt ermöglicht also, ausländische Rechtsnormen, die nach den Regeln des Kollisionsrechts eigentlich anzuwenden wären, aus Gründen der Öffentlichen Ordnung nicht anzuwenden.<sup>248</sup>

## 1. Regelungsgrund

Eine Regelung wie die des *ordre public* in Art. 6 EGBGB ist im nationalen IPR erforderlich, da die allgemeinen Kollisionsregeln vorbehaltlos auf ausländisches Recht verweisen können, ohne sich mit dem Inhalt oder den Folgen der Anwendung des ausländischen Rechts zu befassen.<sup>249</sup> Durch die fehlende Prüfung des

---

<sup>247</sup> *Kegel* in Soergel Band 10 EGBGB Art. 6 EGBGB Rn. 5; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 18.

<sup>248</sup> *Heldrich* in Palandt Art. 6 EGBGB Rn. 1, 3.

<sup>249</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 2.

Inhalts des zur Anwendung berufenen ausländischen Rechts können aber Anwendungsfolgen eintreten, die in Widerspruch zu grundsätzlichen Wertungen der deutschen Rechtsordnung stehen und somit aus deutscher Sicht „unerträglich erscheinen“.<sup>250</sup> Eine Norm Art. 6 EGBGB ist damit ein notwendiges Korrektiv für die grundsätzlich vorbehaltlos erfolgende Verweisung auf ausländisches Rechts durch die allgemeinen Kollisionsregeln.<sup>251</sup>

## 2. Begrifflichkeit

Der Bezeichnung „ordre public“ werden teilweise verschiedene Bedeutungen zugeteilt, die je nach Verständnis ganz verschiedene Sachlagen beschreiben. So wird vielfach zwischen „ordre public international“ und „ordre public interne“ unterschieden.<sup>252</sup> Der Begriff „ordre public“ ist folglich zu präzisieren.

Unter „ordre public international“ versteht man alle Normen und Gerechtigkeitsvorstellungen, die auch bei kollisionsrechtlicher Berufung ausländischen Rechts zwingend anwendbar bleiben müssen.<sup>253</sup> Dagegen umschreibt die Bezeichnung „ordre public interne“ alle Normen, die die innere Ordnung *innerhalb* eines Staates sicherstellen sollen, er betrifft nur Inlandssachverhalte.<sup>254</sup> Der „ordre public interne“ bildet damit eine Schranke der Privatautonomie.<sup>255</sup> Letzteres ordre public-Verständnis hat nichts mit der Durchsetzung nationaler Vorschriften gegenüber zur Anwendung berufenem ausländischem Recht zu tun. In Art. 6 EGBGB ist nur der „ordre public international“ geregelt.<sup>256</sup>

Im Folgenden ist unter der Bezeichnung „ordre public“ stets der „ordre public international“ zu verstehen, eine weitere Differenzierung ist für den Fortgang der Untersuchung nicht erforderlich.

---

<sup>250</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 2.

<sup>251</sup> *Hohloch* in Erman Art. 6 EGBGB Rn. 1; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 2.

<sup>252</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 62; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Einl. IPR Rn. 184.

<sup>253</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Einl. IPR Rn. 184.

<sup>254</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 62; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Einl. IPR Rn. 184.

<sup>255</sup> *Windbichler/Bachmann* in FS Bezenberger S. 797, 800.

<sup>256</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Einl. IPR Rn. 184; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 62.

### 3. Der ordre public als Ausnahmeregelung

Vorab festzustellen ist auch, dass es sich bei der ordre public-Regelung um eine Ausnahmeregelung handelt, die nur zurückhaltend anzuwenden ist.<sup>257</sup> Zu beachten ist nämlich, dass der Gesetzgeber durch die Schaffung von Kollisionsregeln ganz bewusst in Kauf genommen hat, dass durch die Verweisung auf ausländisches Recht bei der Beurteilung eines Sachverhalts Ergebnisse eintreten, die von denen abweichen, die sich bei einer Beurteilung nach deutschem Recht ergeben würden.<sup>258</sup> Für eine Anwendbarkeit des ordre public im Kollisionsrecht wird deshalb eine *offensichtliche* Abweichung von nationalen Regelungen gefordert, da andernfalls jede Abweichung genügen und Art. 6 EGBGB dann keine eng auszulegende Ausnahmvorschrift mehr darstellen würde.<sup>259</sup> Dies muss ebenso für die Kollisionsregeln im Internationalen Gesellschaftsrecht gelten. Zwar hat der Gesetzgeber bisher in diesem Bereich keine Normierung vorgenommen und die Entwicklung von Kollisionsregeln der Rechtsprechung und Lehre überlassen,<sup>260</sup> jedoch kann dies nicht dazu führen, dass der ordre public lediglich mangels einer ausdrücklichen Kodifikation in diesem Bereich extensiver angewendet wird, als dies bei einer bestehenden gesetzlichen Regel zulässig wäre. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil in der Praxis die Kollisionsregeln in diesem Bereich nicht als maßgeblich umstritten angesehen werden können. Vor den EuGH-Entscheidungen war insoweit die Sitztheorie in Lehre und Rechtsprechung herrschend, nach den Entscheidungen trifft dies nun auf die Gründungstheorie zu, so dass diesbezüglich kein übermäßig zu beachtender Streit herrscht.

## II. Tatbestand / Prüfung von Art. 6 EGBGB

### 1. Anwendbares Recht

Entsprechend des Wortlauts des Art. 6 EGBGB setzt ein Eingreifen des ordre public zunächst voraus, dass auf den betreffenden Sachverhalt nach den allge-

---

<sup>257</sup> *Kegel* in Soergel Band 10 EGBGB Art. 6 EGBGB Rn. 25; *Siehr* S. 491; *Heldrich* in Palandt Art 6 EGBGB Rn. 4.

<sup>258</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 14; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 150.

<sup>259</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 150.

<sup>260</sup> *Heldrich* in Palandt Anh. zu Art 12 EGBGB Rn. 1.

meinen Kollisionsregeln ausländisches Recht zur Anwendung kommt. Dies ist von Amts wegen zu ermitteln.<sup>261</sup>

Infolge der Entscheidungen des EuGH bestimmt sich das auf eine zuziehende Gesellschaft anwendbare Recht nun nach der Gründungstheorie. Daraus resultiert, dass auf alle gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse einer zuziehenden Gesellschaft ihr Gründungsrecht anwendbar ist. Das Kollisionsrecht beruft somit ausländisches Recht, der Anwendungsbereich des *ordre public* ist damit grundsätzlich eröffnet.

## **2. Prüfungsgegenstand: Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts**

Bei der weiteren Prüfung des *ordre public* ist gemäß Art. 6 EGBGB festzustellen, dass das Ergebnis der Anwendung des berufenen ausländischen Rechts mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist.

### **a. Missbilligung einer vorhandenen Regelung**

Inhalt der Prüfung ist aber nicht abstrakt die zur Anwendung berufene ausländische Norm bzw. ihre Anwendung oder Funktion an sich, sondern bei der Frage, ob die Voraussetzungen für ein Eingreifen des *ordre public* vorliegen, ist das Augenmerk nur darauf zu richten, ob das Ergebnis der Anwendung der ausländischen Norm im konkreten Fall mit deutschen Grundsätzen unvereinbar ist (ergebnisbezogene Prüfung).<sup>262</sup> So ist nämlich vorstellbar, dass eine ausländische Norm aus deutscher Sicht abstrakt als mit deutschen Grundprinzipien unvereinbar erscheint, die Anwendung der Norm im konkreten Einzelfall aber nicht zu einem zu missbilligenden Ergebnis führt.<sup>263</sup> Über den *ordre public* kann damit eine ausländische Norm nicht an sich missbilligt werden, vielmehr kann nur festgestellt werden, dass die Rechtswirkungen ihrer Anwendung deutschen Grundprinzipien widersprechen. Auch kann die Prüfung dabei nicht bei entsprechenden Feststellungen zu einer einzelnen Norm abgebrochen werden, sondern

---

<sup>261</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 102.

<sup>262</sup> *Kegel/Schurig* S. 526; *Kegel* in Soergel Band 10 EGBGB Art. 6 EGBGB Rn. 9; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 105; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 47.

<sup>263</sup> *Spickhoff* S. 79 f; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 106.

es muss stets das Gesamtergebnis der Anwendung aller berufenen Normen im Einzelfall betrachtet werden; denn nur, wenn sich aus dieser Gesamtbetrachtung ein Verstoß gegen deutsche Grundprinzipien ergibt, kann eine Anwendung des *ordre public* in Betracht kommen.<sup>264</sup> In Fällen, in denen augenscheinlich ein zu missbilligendes Ergebnis vorliegt, ist die Prüfung deshalb noch nicht zu beenden und der *ordre public* anzuwenden. Es bleibt weiterhin zu prüfen, ob die ausländische Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit nicht an anderer Stelle einen Ausgleich für die vordergründig untragbar erscheinende Regelung enthält, so dass unter Berücksichtigung eines solchen eventuell vorhandenen Ausgleichs auch aus deutscher Sicht möglicherweise gar kein Verstoß gegen deutsche Grundprinzipien mehr vorliegt.<sup>265</sup> Folglich kann nur dann eine Anwendung des *ordre public* in Betracht kommen, wenn auch eine umfassende Betrachtung zu einem Verstoß gegen deutsche Grundprinzipien führt.

Für die Unternehmensmitbestimmung bedeutet dies, dass für die jeweilige Rechtsform der zuziehenden Gesellschaft zu prüfen ist, ob ihr Gründungsrecht Mitbestimmungsregeln enthält. Soweit dies der Fall ist, ist weiter zu klären, ob das Ergebnis der Anwendung dieser ausländischen Mitbestimmungsregelungen deutschen Grundprinzipien offensichtlich widerspricht.

## **b. Missbilligung des Fehlens einer Regelung**

Vorstehende Ausführungen gelten ebenso für den Fall, dass die zur Anwendung berufene Rechtsordnung für den in Frage stehenden Sachverhalt gar keine Normen oder Rechtsinstitute zur Verfügung stellt.<sup>266</sup> Denn nicht nur das Anwendungsergebnis vorhandener ausländischer Rechtssätze ist auf einen unerträglichen Verstoß gegen deutsche Grundprinzipien hin zu überprüfen. Vielmehr kann die Prüfung der Anwendung des ausländischen Rechts auch ergeben, dass sich ein untragbarer Verstoß gegen deutsche Prinzipien daraus ergibt, dass die ausländische Rechtsordnung in einem Bereich überhaupt keine Regelungen enthält, von der deutschen Rechtsordnung das Vorhandensein von Regelungen in diesem Bereich im Sinne der Öffentlichen Ordnung und nach

---

<sup>264</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 47.

<sup>265</sup> Siehe Fn. 264.

<sup>266</sup> *Heldrich* in Palandt Art 6 EGBGB Rn. 5; *Spickhoff* S. 83.

nationalem Gerechtigkeitsverständnis aber für wesentlich und erforderlich gehalten wird.<sup>267</sup>

Hinsichtlich der Unternehmensmitbestimmung ist diesbezüglich festzustellen, dass ein ordre public-Verstoß somit auch dann in Betracht kommt, wenn das Gründungsrecht der zuziehenden Gesellschaft überhaupt keine Mitbestimmungsregeln enthält, die Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht also mitbestimmungsfrei ist.

### **III. Prüfungsmaßstab: Grundrechte und die deutsche Öffentliche Ordnung**

Für die Beurteilung, ob die Folgen der Anwendung der berufenen ausländischen Rechtsordnung gegen den deutschen ordre public verstoßen, gibt Art. 6 EGBGB den Prüfungsmaßstab vor:

das Anwendungsergebnis einer ausländischen Regelung muss mit den Grundrechten oder der Öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar sein. Dabei wird die Öffentliche Ordnung vom Gesetzgeber durch den Verweis auf die wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts umschrieben.<sup>268</sup>

#### **1. Festlegung des Prüfungsmaßstabs**

##### **a. Grundrechte**

Die Grundrechte bestimmen maßgeblich den Inhalt der deutschen Öffentlichen Ordnung mit; über den Verweis in Art. 6 EGBGB werden diese auch zum Prüfungsmaßstab im IPR.<sup>269</sup>

In den hier untersuchten Konstellationen kann jedoch eine weitere Erörterung der Grundrechte als Maßstab für die Öffentliche Ordnung unterbleiben, da ein Grundrechtsverstoß durch den Zuzug von, möglicherweise mitbestimmungsfreien, Auslandsgesellschaften nicht in Betracht kommt.

---

<sup>267</sup> *Hohloch* in Erman Art. 6 EGBGB Rn. 14; *Heldrich* in Palandt Art 6 EGBGB Rn. 5; *Spickhoff* S. 83.

<sup>268</sup> *Spickhoff* S. 83

<sup>269</sup> *Hohloch* in Erman Art. 6 EGBGB Rn. 18.

## b. Wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts

Für den weiteren Prüfungsmaßstab, den „wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts“, hat der Gesetzgeber keine genauere Umschreibung vorgenommen. Dies hat zu einer äußerst offenen Norm geführt, deren Eingrenzung der Rechtsprechung und Literatur überlassen blieb. Was genau zu den „wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts“ zählt und wann ein „offensichtlich unvereinbares Anwendungsergebnis“ vorliegt, ist häufig schwer zu bestimmen.<sup>270</sup>

Nach der Gesetzesbegründung muss die Anwendung des ausländischen Rechts den „Kernbestand der inländischen Rechtsordnung antasten“<sup>271</sup>, was aber die Konkretisierung auch nicht weiter erleichtert.

In der **Literatur** werden unter den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts der „Zweck eines deutschen Gesetzes“ und die „guten Sitten“ verstanden.<sup>272</sup> Dabei ist der Inhalt dieser Begriffe nicht statisch zu verstehen, vielmehr unterliegen sie dem Wandel der Zeit und sind somit veränderlich und jeweils aktuell zu bestimmen (sog. Relativität des *ordre public*).<sup>273</sup> Es ist deshalb stets zu überprüfen, ob aufgrund eines möglichen Wandels der Rechtsanschauungen ein in der Vergangenheit als *ordre public*-widrig eingestuftes Sachverhalt auch im aktuellen Zeitpunkt noch so zu beurteilen ist.<sup>274</sup> Der Begriff der „guten Sitten“ wird dabei nur noch ergänzend hinzugezogen, soweit eine nationale Rechtsvorstellung noch nicht in Normen gefasst wurde, und spielt demnach bei der Beurteilung des *ordre public* nur noch eine untergeordnete Rolle.<sup>275</sup>

Bei der Bestimmung der wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts ist zu prüfen, ob die nationalen Vorschriften „Ausdruck rechtlicher Grundwerte von zentraler Bedeutung für die deutschen Vorstellungen von ausgleichender Individualgerechtigkeit sind oder ob sie tragende Staatsinteressen betreffen“<sup>276</sup>. Dabei

<sup>270</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 57.

<sup>271</sup> BT-Drcks. 10/504 S. 42.

<sup>272</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 108, 114; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 49; *Kegel* in Soergel Band 10 EGBGB Art. 6 EGBGB Rn. 23 u. 11; *Heldrich* in Palandt Art 6 EGBGB Rn. 4.

<sup>273</sup> *Kegel* in Soergel Band 10 EGBGB Art. 6 EGBGB Rn. 29; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 56; *Spickhoff* S. 94.

<sup>274</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 144.

<sup>275</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 63.

<sup>276</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 61.

ist zu beachten, dass Normen des einfachen nationalen Rechts nur dann in diesem Sinn beurteilt werden können, wenn festgestellt werden kann, dass der Gesetzgeber durch sie ein wesentliches Prinzip der rechtsethischen, sittlichen wirtschaftlichen oder politischen Ordnung verwirklichen wollte; zu beurteilen ist also der Stellenwert der Norm in der nationalen Rechtsordnung und ihre „Grundwertehaltigkeit“.<sup>277</sup> Es ist hinsichtlich der betreffenden Normen zu entscheiden, ob sie ein unverzichtbares Grundprinzip ausdrücken oder ob sie als verzichtbare Regelung anzusehen sind.<sup>278</sup> Bei dieser Beurteilung ist insbesondere bei stark umstrittenen Normen sehr behutsam vorzugehen.<sup>279</sup>

Zur Konkretisierung des Merkmals der „wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts“ in Art. 6 EGBGB hat auch der **BGH** mit seiner Entscheidung vom 17.9.1968<sup>280</sup> beigetragen. Dort stellte er die Formel auf, wonach die Anwendung ausländischen Rechts über den *ordre public* nur dann ausgeschlossen ist, „wenn das Ergebnis der Anwendung in einer besonders schwerwiegenden Weise dem Sinn und Zweck der deutschen Regelung widerspricht“<sup>281</sup>. Es ist darauf abzustellen, „ob das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, daß es von uns für untragbar gehalten wird“<sup>282</sup>. Jedoch bringt auch die Formel der Rechtsprechung dem Rechtsanwender keine endgültige Klarheit über das Eingreifen des *ordre public*. Sie ist allerdings zumindest eine „Richtschnur für die Rechtsfindung“<sup>283</sup>, die aber ebenfalls weiterer Präzisierung bedarf.

Eine Konkretisierung des Merkmals der wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts entzieht sich damit weitgehend einer abstrakten Definition, die Ausfüllung der Formel ist deshalb primär im Einzelfall vorzunehmen.<sup>284</sup>

---

<sup>277</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 61.

<sup>278</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 61.

<sup>279</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 61.

<sup>280</sup> BGHZ 50, 370 ff.

<sup>281</sup> BGHZ 50, 370, 375.

<sup>282</sup> BGHZ 50, 370, 376.

<sup>283</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 60.

<sup>284</sup> *Spickhoff* S. 95 f; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 61; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 116.

Für die Prüfung, ob Mitbestimmungsregeln über den ordre public auf zuziehende Auslandsgesellschaften angewandt werden können, ist somit erforderlich, dass die Unternehmensmitbestimmung, zumindest ihrem Grundsatz nach, als wesentlicher Grundsatz des deutschen Rechts angesehen werden kann. Andernfalls kann eine abweichende/ fehlende Regelung im Gründungsrecht der zuziehenden Gesellschaft nicht zu einem Eingreifen des ordre public führen.

## **2. Einordnung der Unternehmensmitbestimmung im Anwendungsbereich des ordre public**

Nachdem die Voraussetzungen einer Anwendung des ordre public-Vorbehalts erörtert wurden, ist nun zu klären, ob deutschen Mitbestimmungsregeln eine solche Bedeutung zugemessen werden kann, dass sie im Wege des ordre public auch auf Auslandsgesellschaften angewandt werden können und müssen.

### **a. Anforderungen**

Voraussetzung ist damit, dass die im MitbestG verwirklichten Regeln zum Kernbestand der deutschen Rechtsordnung zählen, was der Fall ist, wenn durch sie ein wesentliches Prinzip der rechtsethischen, sittlichen wirtschaftlichen oder politischen Ordnung verwirklicht werden soll. Die Regeln müssen ein unverzichtbares Grundprinzip ausdrücken. Festzustellen ist folglich, welcher Stellenwert den Regeln in der deutschen Rechtsordnung zukommt, d.h. welche Grundwertehaltigkeit die Regeln haben.

### **b. Ausgangslage**

Bei der Untersuchung des Stellenwertes der deutschen Mitbestimmungsregeln ist allerdings nicht bei der Betrachtung der jetzigen Form der Mitbestimmungsregeln stehen zu bleiben. Unter C. IV. 2. ist bereits festgestellt worden, dass für eine künftige Anwendung der Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften eine Anpassung der Mitbestimmungsregeln erforderlich ist. Daraus folgt, dass die bestehenden Regeln als Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung nicht tauglich sind, da eine Umsetzung der Mitbestimmung in dieser Form nach den EuGH-Entscheidungen nicht mehr wahrscheinlich ist. Bei der Bestimmung der Bedeutung der Mitbestimmungsregeln ist deshalb das in

ihnen verwirklichte Grundprinzip zu bewerten. Dennoch muss selbstverständlich bei dieser Beurteilung auch beachtet werden, dass die aktuelle Mitbestimmung in Deutschland eine beispiellos starke Ausprägung – singuläre Stellung, (beinahe) Parität – erlangt hat.

Ausgangspunkt für die Einordnung der Mitbestimmungsregeln muss folglich sein, welche Bedeutung gerade einem besonders hohen Mitbestimmungsniveau in der deutschen Rechtsordnung zukommt und was dadurch ausgedrückt wird (auch wenn später umzusetzende Ansätze möglicherweise hinter dem momentan bestehenden (beinahe) paritätischen Modell zurückbleiben). Die aktuelle Ausformung des hohen Mitbestimmungsniveaus durch das MitbestG kann dabei lediglich der Ausgangspunkt der Untersuchung sein.

### **c. Die Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung in der deutschen Rechtsordnung**

Von der aktuellen Fassung des MitbestG waren zum 31.12.2002 in der Bundesrepublik insgesamt 767 Unternehmen erfasst, davon bestanden 386 in der Form der AG, 337 in der Form der GmbH, sowie 44 in einer der weiteren erfassten Rechtsformen.<sup>285</sup>

#### **aa. Entstehungsgeschichte**

Zur Bestimmung der Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland ist auch ein Blick auf ihre Entstehungsgeschichte<sup>286</sup> hilfreich.

Die Grundidee für eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen allgemein entstand in der Mitte des 19. Jahrhunderts in der Zeit der Revolution von 1848. Dabei gingen die Entwicklungen zunächst in Richtung betrieblicher Mitbestimmung. Die Unternehmensmitbestimmung nahm erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts Gestalt an. Eine erste Regelung wurde mit dem Betriebsrätegesetz von 1920 eingeführt. Nach diesem Gesetz standen den Arbeitnehmern

---

<sup>285</sup> Vgl. *Seibt* in Henssler/Willemsen/Kalb § 1 MitbestG Rn. 1.

<sup>286</sup> Vgl. zum Folgenden *Ulmer* in Hanau/Ulmer MitbestG Einl. Rn. 15 ff; Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG Einl. Rn. 9 ff; Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorb. Rn. 29 ff; *Raiser* MitbestG 1. Aufl. Einl. Rn. 33 ff zur konkreten Entstehung des MitbestG.

höchstens zwei Sitze im Aufsichtsrat bzw. in einem bestehenden vergleichbaren Organ zu.

Die heutige Form der paritätischen Besetzung des Aufsichtsrats entwickelte sich erst nach dem zweiten Weltkrieg. Zunächst wurden im Montansektor durch das MontanMitbestG von 1951<sup>287</sup> weit reichende Mitbestimmungsregeln eingeführt und kurz darauf wurde für alle anderen Unternehmen das BetrVG von 1952<sup>288</sup> verabschiedet, das eine drittelparitätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat vorsah.

Die Entstehung des MitbestG von 1976 war von einer starken Kontroverse in der Wissenschaft und Öffentlichkeit begleitet. In der Regierungserklärung von 1973 beabsichtigte die Regierung, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer weiterzuentwickeln. Innerhalb der Regierungskoalition wurde nach langen Verhandlungen dann hinsichtlich eines künftigen MitbestG ein Kompromiss gefunden, der als Regierungsentwurf 1974<sup>289</sup> den Weg des Gesetzgebungsverfahrens in Gang setzte. Dieser Vorschlag stieß jedoch im Bundesrat auf grundlegende Einwände. Die folgenden Beratungen im Bundestag wurden lebhaft und heftig von der Öffentlichkeit und betroffenen Verbänden sowie der Wissenschaft begleitet. Auch in der Regierungskoalition entstand erneuter Beratungsbedarf, der erst nach mehreren Sachverständigenanhörungen durch den Bundestagsausschuss für Arbeit und Sozialordnung<sup>290</sup> gelöst werden konnte. Danach wurde über den in Folge der weiteren Anhörungen geänderten Regierungsentwurf erneut beraten, wobei wiederum von der Opposition diverse (letztlich aber erfolglose) Änderungsanträge gestellt wurden.

Der nach langen Beratungen gefundene Kompromiss wurde dann aber letztlich mit sehr großer Mehrheit aller Parteien im Bundestag verabschiedet. Damit bestand ein parteiübergreifender Konsens über die Regelungen der Unternehmensmitbestimmung im MitbestG von 1976.

---

<sup>287</sup> Vgl. dazu Fn. 376.

<sup>288</sup> Zum 01.07.2004 ist das BetrVG von 1952 aufgehoben worden und die Regelungen sind ohne sachliche Änderung im Drittelbeteiligungsgesetz aufgenommen worden; vgl. dazu Fn. 377.

<sup>289</sup> BT-Drcks. 7/2172.

<sup>290</sup> BT-Drcks. 7/4845 S. 1 ff.

## bb. Grundgedanken und Zielsetzung der Mitbestimmung und der Unternehmensmitbestimmung

Die Entscheidung über die Einführung des MitbestG wurde auch von den Aussagen der Mitbestimmungskommission<sup>291</sup> beeinflusst. Die Kommission kam in ihrem Bericht zu folgendem Schluss:

„die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Organen des Unternehmens [ist] nicht nur politisch gefordert und historisch gegeben, sondern sachlich notwendig“<sup>292</sup>. Sie sei abzuleiten aus „dem besonderen rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Charakter des Arbeitsverhältnisses ...“ und aus „der Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Unternehmen, die durch das Arbeitsverhältnis begründet wird und ihre konkrete Gestaltung durch den Beitrag erfährt, den der Arbeitnehmer im Rahmen der Organisation Unternehmen zur Verwirklichung des Zwecks der Organisation entsprechend der unternehmerischen Planung und unter einheitlicher Organisationsgewalt leistet“<sup>293</sup>.

Diese Grundgedanken müssen auch heute noch bei einer aktuellen Beurteilung der Bedeutung der Mitbestimmung berücksichtigt werden.<sup>294</sup>

Bei der Betrachtung der Zielsetzung der Mitbestimmung lassen sich sozialetische, sowie auch sozial-, wirtschafts- und gesellschaftspolitische Argumente feststellen.<sup>295</sup> Durch die Mitbestimmung soll dem Arbeitnehmer auch im Unterordnungsverhältnis/ Abhängigkeitsverhältnis gegenüber seinem Arbeitgeber wenigstens ein Mindestmaß an Selbstbestimmung eingeräumt werden. Weitere sozialetisch begründete Zielsetzungen sind die Verwirklichung einer Art Demokratie in Großunternehmen sowie die Schaffung eines Gleichgewichts zwi-

---

<sup>291</sup> Die Kommission wurde von der Bundesregierung zur weiteren Untersuchung der Auswirkungen der Mitbestimmung einberufen und war mit neun Professoren besetzt. Die Kommission nahm eigene Befragungen und Untersuchungen vor und fasste diese 1970 in einem Abschlussbericht (BT-Drcks. VI/334) zusammen. Der Bericht wurde in der Folgezeit zur maßgeblichen Diskussionsgrundlage für alle weiteren öffentlichen und politischen Auseinandersetzungen über die Mitbestimmung, vgl. *Raiser* MitbestG Einl. Rn. 29.

<sup>292</sup> BT-Drcks. VI/334 S. 56.

<sup>293</sup> BT-Drcks. VI/334 S. 56.

<sup>294</sup> *Raiser* in FS Kübler S. 477, 491.

<sup>295</sup> Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorb. Rn. 22 ff; Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG Einl. Rn. 2 ff; vgl. dazu und zum Folgenden auch *Ulmer* in Hanau/Ulmer MitbestG Einl. Rn. 1 ff.

schen Kapital und Arbeit. Durch die Mitbestimmung sollte, sozial- und gesellschaftspolitisch begründet, unter Verhinderung übermäßiger Machtkonzentration eine Kontrolle wirtschaftlicher Macht stattfinden. Durch die Beteiligung der Arbeitnehmer an wichtigen Unternehmensentscheidungen sollte eine soziale Unternehmenspolitik gewährleistet werden. Ziel der Mitbestimmung ist dabei auch eine Integrationswirkung im jeweiligen Unternehmen und auch in der gesamten sozialen Marktwirtschaft. Dabei liegt konkret der Unternehmensmitbestimmung des MitbestG die Erwägungen einer gleichberechtigten und gleichgewichtigen Teilhabe von Anteilseignern und Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen zugrunde.<sup>296</sup> Auch das BVerfG stufte bereits 1969 das Mitbestimmungsrecht allgemein als Sozialordnungsrecht ein.<sup>297</sup>

Bereits diesen Aussagen lässt sich entnehmen, dass durch die Mitbestimmung – und damit auch durch die Unternehmensmitbestimmung – neben rechtsethischen auch wirtschaftliche und ordnungspolitische Ziele verfolgt werden. Die Einordnung der Unternehmensmitbestimmung zum *ordre public* liegt damit nahe.

### **cc. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Erkenntnisse zur Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung lassen sich auch aus der Entscheidung des BVerfG vom 1.3.1979<sup>298</sup> gewinnen.

Nach Aussage des Gerichts dient die im MitbestG intendierte gleichberechtigte und gleichgewichtige Teilhabe von Anteilseignern und Arbeitnehmern an Entscheidungsprozessen im Unternehmen nicht lediglich einem reinen Gruppeninteresse. „Vielmehr haben die durch die institutionelle Mitbestimmung angestrebte Kooperation und Integration, die eine Berücksichtigung auch anderer als der unmittelbaren eigenen Interessen erfordern, allgemeine gesellschaftspolitische Bedeutung; die Mitbestimmung ist namentlich als geeignet angesehen worden, die Marktwirtschaft politisch zu sichern ... In dieser Bedeutung soll sie

---

<sup>296</sup> BT-Drcks. 7/2172 S. 17.

<sup>297</sup> BVerfGE 25, 371, 404.

<sup>298</sup> BVerfGE 50, 290 ff; das BVerfG hatte in diesem Verfahren über die Verfassungsbeschwerden von neun Großunternehmen sowie 29 Arbeitgeberverbänden und der Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz zu entscheiden, die einen Verstoß des MitbestG hauptsächlich gegen die Art. 14, 9 und 12 GG rügten. Die Verfassungsbeschwerden blieben allesamt erfolglos.

– ungeachtet ihrer Ausgestaltung im einzelnen – dem Wohl der Allgemeinheit dienen. Sie kann nicht als ungeeignet oder nicht erforderlich angesehen werden, diesen Zweck zu erreichen ...<sup>299</sup>.

Diese Aussage lässt erkennen, welche hohe Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung in der deutschen Rechtsordnung beigemessen wird.

## **dd. Rechtsprechung**

Auch die übrige Rechtsprechung bringt die hohe Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung zum Ausdruck. So folgten dem BVerfG insbesondere dann auch das OLG Karlsruhe sowie der BGH.

In der Entscheidung vom 20.6.1980<sup>300</sup> schloss sich das OLG Karlsruhe unter ausdrücklichem Verweis auf das Urteil des BVerfG dessen Auffassung an. Demnach habe das MitbestG die Aufgabe, die ökonomische Legitimation der Unternehmensleitung durch eine soziale zu ergänzen. Durch die Unternehmensmitbestimmung werde eine Kooperation und Integration angestrebt, die allgemeine, gesellschaftspolitische Bedeutung habe. Sie diene als Mittel zur politischen Sicherung der Marktwirtschaft dem Wohl der Allgemeinheit.

Auch der BGH folgte in seiner Entscheidung vom 25.2.1982<sup>301</sup> ausdrücklich der Auffassung des BVerfG. Er traf folgende Aussage: „Das Mitbestimmungsgesetz von 1976 hat als Ergebnis grundlegender, nach langjährigen Auseinandersetzungen gefundener Entscheidungen ein besonderes gesellschaftspolitisches Gewicht. Es soll über das Interesse der unmittelbar betroffenen hinaus dem Wohl der Allgemeinheit dienen ... und nimmt mit seiner gesamtwirtschaftlichen Zielsetzung innerhalb der Rechtsordnung einen Rang ein, der es grundsätzlich ausschließt, einzelnen seiner materiell-rechtlichen Bestimmungen das öffentliche Interesse im Sinne von § 241 Nr. 3 AktG abzusprechen“<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> BVerfGE 50, 290, 350 f.

<sup>300</sup> OLG Karlsruhe NJW 1980, 2137 ff.

<sup>301</sup> BGHZ 83, 106 ff; der BGH hatte in diesem Verfahren u.a. darüber zu entscheiden, ob eine Verletzung der Vorschriften der §§ 25 ff MitbestG ein Nichtigkeitsgrund nach § 241 Nr. 3 AktG darstellt.

<sup>302</sup> BGHZ 83, 106, 110.

Die Aussagen des OLG Karlsruhe sowie des BGH unterstreichen damit nach dem Urteil des BVerfG den hohen Stellenwert, der der Unternehmensmitbestimmung in der deutschen Rechtsordnung beizumessen ist.

## ee. Literatur

Diese Bedeutung wurde der Unternehmensmitbestimmung auch überwiegend von der Literatur beigemessen. So wird angeführt, dass das MitbestG durch die Zielsetzung des Zusammenwirkens von Kapital und Arbeit eine sozialpolitische Grundsatzregelung darstelle, der ein öffentliches Interesse zugrunde liege,<sup>303</sup> seine zwingende Geltung sei nicht zu bestreiten<sup>304</sup>. Die deutschen Mitbestimmungsregelungen seien Sozialordnungsrecht, das im öffentlichen Interesse erlassen worden sei.<sup>305</sup> Die Unternehmensmitbestimmung könne damit als allgemeinwohlbezogen eingestuft werden.<sup>306</sup> Auch wird den Regelungen der Charakter eines im öffentlichen Interesse erlassenen Arbeitnehmerschutzrechts zugesprochen.<sup>307</sup> Die Unternehmensmitbestimmung wird dabei als fester Bestandteil der deutschen Unternehmenskultur bezeichnet, wobei sie eine entscheidende Grundlage des Systems sozialer Beziehungen darstellen,<sup>308</sup> und zu den wichtigsten wirtschaftspolitischen Grundentscheidungen der Bundesrepublik zählen soll.<sup>309</sup>

Innerhalb der Literatur kommt wegen ihrer interessenübergreifenden ausgewogenen Besetzung und ihrem aufwendigen Vorgehen den Aussagen der Kommission Mitbestimmung<sup>310</sup> aus dem Jahr 1998 besondere Bedeutung zu. Die Kommission ist dabei der Auffassung, dass sich die Unternehmensmitbestimmung seit ihrer Einführung zu einem festen Bestandteil in Gesellschaft und Wirtschaft entwickelt hat und so zur sozialen Integration in Unternehmen und in der Gesellschaft beigetragen hat; die Differenzen, die zur Zeit ihrer Entstehung bestanden und im schwierigen Gesetzgebungsprozess ihren Ausdruck fanden,

<sup>303</sup> *Ulmer* in Haunau/Ulmer MitbestG Einl. Rn. 35.

<sup>304</sup> *Ebenroth/Sura* RabelsZ 43 (1979), 315, 319.

<sup>305</sup> *Großfeld/Erlinghagen* JZ 1993, 217, 222.

<sup>306</sup> *Roth* IPRax 2003, 117, 125.

<sup>307</sup> *Henssler* in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 133, 139.

<sup>308</sup> *Schumann* in FS Däubler S. 399, 404.

<sup>309</sup> *Schnichels* S. 191.

<sup>310</sup> Vgl. dazu Fn. 149.

beständen nicht mehr.<sup>311</sup> Somit könne davon ausgegangen werden, dass die Unternehmensmitbestimmung inzwischen „zu einer *fest etablierten Institution* geworden“<sup>312</sup> ist und zur sozialen Integration in den Unternehmen und der Gesellschaft insgesamt beigetragen hat.<sup>313</sup> Die Arbeit der Kommission wird dabei in der Literatur als ausgewogen und zukunftsweisend gewertet.<sup>314</sup>

Neben der Herausstellung der hohen Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung ordnen einige Autoren<sup>315</sup> die Unternehmensmitbestimmung auch ganz ausdrücklich dem *ordre public* zu. So wird die Unternehmensmitbestimmung als Kernstück der gesetzlich gestalteten deutschen Unternehmensverfassung bezeichnet und damit dem wirtschaftsrechtlichen *ordre public* zugeordnet.<sup>316</sup> Außerdem sei davon auszugehen, dass das deutsche Mitbestimmungsrecht als Sozialordnungsrecht Anwendung auf alle Rechtsgestaltungen beansprucht, die die unternehmerische Mitbestimmung deutscher Arbeitnehmer berührt und sie somit dem *ordre public* zugeordnet werden muss.<sup>317</sup>

Auch in der Literatur wird der Unternehmensmitbestimmung damit eine besonders hohe Bedeutung in der deutschen Rechtsordnung zugemessen. Deshalb ist sie dem *ordre public* zuzuordnen.

## ff. Aktuelle Kritik

Dennoch ist bei der Beurteilung, ob eine Norm oder ein Normenbereich dem *ordre public* zugeordnet werden kann, dann besonders vorsichtig vorzugehen, wenn die in Frage stehenden Normen stark umstritten sind.<sup>318</sup>

---

<sup>311</sup> Kommission Mitbest 1998 S. 21, 34 f., 95 Nr. 1 u. 2, 96 Nr. 5.

<sup>312</sup> Kommission Mitbest 1998 S. 95 Nr. 1.

<sup>313</sup> Kommission Mitbest 1998 S. 34 f.

<sup>314</sup> *Raiser* in FS Buxbaum S. 415, 416 f, 426.

<sup>315</sup> *Hüffer* AktG § 241 AktG Rn. 23; *ders.* G/H/E/K AktG Bd. V Anh. § 241 AktG Rn. 28 f; *Bayer AG* 2004, 534, 537; *Großfeld/Erlinghagen* JZ 1993, 217, 222; *Großfeld* in *Staudinger IntGesR* Rn. 510; *Ulmer* in *Haunau/Ulmer MitbestG* Einl. Rn. 35, 40; *Ulmer* JZ 1999, 662, 663; *Birk RabelsZ* 46 (1982) 384, 388 f; so wohl auch *Mankowski ZIP* 1995 S.1006 f (Urteilsanmerkung) und implizit *Roth IPrax* 2003, 117, 125.

<sup>316</sup> *Hüffer* AktG § 241 AktG Rn. 23.

<sup>317</sup> *Großfeld/Erlinghagen* JZ 1993, 217, 222.

<sup>318</sup> *Sonnenberger* in *MüKo BGB* Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 61.

Das bedeutet, dass bei der Bestimmung der Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung und damit der Frage der Einordnung zum *ordre public* insbesondere auch aktuelle Kritik berücksichtigt werden muss.

In der Zeit nach der Einführung des MitbestG und nach Klärung der damals noch offenen Fragen, insbesondere durch das BVerfG<sup>319</sup>, war die Unternehmensmitbestimmung bis zur heutigen Zeit weitgehend unumstritten.<sup>320</sup> Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass die Unternehmensmitbestimmung in der Rechtsprechung praktisch keine Bedeutung erlangt hat: so waren diese Regeln bis zum Jahr 2001 nach der amtlichen Sammlung des BGH nur neun Mal Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung.<sup>321</sup>

Nach dieser Zeit der relativen Ruhe steht die Unternehmensmitbestimmung neuerdings aber verstärkt in der Kritik. Die Frage der Einordnung der Unternehmensmitbestimmung als wesentliches Grundprinzip der deutschen Rechtsordnung macht es erforderlich, sich mit dieser Kritik auseinanderzusetzen, und festzustellen, ob diese die Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung derart erschüttern kann, dass die Unternehmensmitbestimmung möglicherweise aktuell nicht mehr dem *ordre public* zugeordnet werden kann.

### **aaa. Kritik aus dem Bereich der corporate governance**

Die aktuelle Kritik kommt dabei vorwiegend aus dem Bereich der corporate governance<sup>322</sup>, d.h. sie setzt sich mit der Unternehmensmitbestimmung aus dem Blickwinkel guter Unternehmensführung auseinander. Unter den Begriff corporate governance werden (Verhaltens-)Regeln in Unternehmen zur Kompetenzverteilung der Organe, deren Funktionsweise und Verhältnis untereinander, sowie Kontrollmechanismen und das Verhältnis des Unternehmens zu seinen Arbeitnehmern, Gläubigern und „seiner Umwelt im weitesten Sinn“ gefasst.<sup>323</sup>

---

<sup>319</sup> Siehe dazu oben D. III. 2. c. cc. und D. III. 2. c. dd.

<sup>320</sup> *Ulmer* ZHR 166 (2002), 271.

<sup>321</sup> *Raiser* MitbestG Einl. Rn. 71.

<sup>322</sup> Vgl. zu dieser Kritik knapp *Schiessl* ZHR 167 (2003), 235, 240 f; ausführlicher *von Werder* DBW 2004, 229 ff.

<sup>323</sup> *Windbichler/Bachmann* in FS Bezenberger S. 797.

Die Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat wird dabei als Hemmnis für eine Verbesserung der Qualität von Führungs- und Kontrollstrukturen in den Unternehmen angesehen.<sup>324</sup>

Einer der Hauptkritikpunkte ist, dass der Aufsichtsrat durch die Unternehmensmitbestimmung nicht mehr seiner Aufgabe nach § 111 Abs. 1 AktG gerecht werde. Von den Kritikern wird ausgeführt, der Aufsichtsrat überwache nicht mehr vorrangig die Geschäftsführung, sondern er beschäftige sich aufgrund der hälftigen Besetzung mit Arbeitnehmervertretern übergewichtig mit Personal- und Sozialfragen, wodurch die eigentliche Aufgabe, die Kontrolle der Geschäftsführung, in den Hintergrund gedrängt werde.<sup>325</sup> Zentraler Grund für diese Entwicklung sei das Spannungsverhältnis zwischen den Zielen der Arbeitnehmermitbestimmung, für eine gleichberechtigte Vertretung der Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat zu sorgen, und der eigentlichen Aufgabe des Aufsichtsrats.<sup>326</sup> Durch die Besetzung des Aufsichtsrats mit einer hohen Zahl an Arbeitnehmern erhielten folglich die Belange der Arbeitnehmer in diesem Gremium ein überproportionales Gewicht und belasteten somit die eigentliche Tätigkeit des Aufsichtsrats.

Auch sei die Besetzung des Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern mit den Grundsätzen der corporate governance deshalb nur schwer vereinbar, da die Arbeitnehmervertreter nicht nach fachlichen Kriterien ausgewählt werden,<sup>327</sup> sondern vielmehr nach interessen- oder machtpolitischen Erwägungen.<sup>328</sup> Dies führe zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Überwachungseffizienz des Aufsichtsrats.<sup>329</sup>

Ein weiterer Kritikpunkt ist, dass die Aufsichtsräte durch die paritätische Besetzung viel zu groß für eine effektive Arbeit würden und so eine offene Diskussion von komplexen Fragestellungen erschwert werde.<sup>330</sup>

---

<sup>324</sup> *Kirchner* AG 2004, 197.

<sup>325</sup> Vgl. bspw. *Sandrock* AG 2004, 57, 60; *Ulmer* ZHR 166 (2002), 271, 276.

<sup>326</sup> *Ulmer* ZHR 166 (2002), 271, 276.

<sup>327</sup> *Wiesner* ZIP 2004, 234; vgl. auch *Raiser* in FS Kübler S. 477, 488.

<sup>328</sup> *von Werder* AG 2004, 166, 170.

<sup>329</sup> *von Werder* AG 2004, 166, 170.

<sup>330</sup> Vgl. bspw. *Sandrock* AG 2004, 57, 60; *von Werder* AG 2004, 166, 170; *ders.* DBW 2004, 229, 232.

Darüber hinaus wird angeführt, dass die Geschäftsführung bei grundlegenden Unternehmensentscheidungen, wie bspw. großen Strukturveränderungen und Fusionen, zum einen eine Weitergabe von Unternehmensinterna durch die Arbeitnehmervertreter befürchtet, und zum anderen mit einem starken Widerstand derselben rechnet und deshalb den Aufsichtsrat insgesamt erst sehr spät und sehr zurückhaltend über derartige beabsichtigte Veränderungen unterrichtet.<sup>331</sup>

Insbesondere wenn im Unternehmen problematische Entscheidungen anstehen, führe gerade auch die Arbeitnehmerbeteiligung dazu, dass zwischen Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat und der Geschäftsführung häufiger ein Kompromiss zu Lasten der Anteilseigner getroffen werde.<sup>332</sup> Die Zustimmung der Arbeitnehmervertreter werde dabei oftmals durch Zugeständnisse an diese „erkauft“, wobei in diesen Fällen dann auch regelmäßig unternehmensstrategische Fragen mit damit nicht in Zusammenhang stehenden betrieblichen Fragen sachfremd verknüpft werden.<sup>333</sup>

Auch drohten bei den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat schwerwiegende Interessenkonflikte. Da die Arbeitnehmervertreter von den Arbeitnehmern gewählt werden, würden sie sich naturgemäß auch eher an den Interessen derer orientieren, die sie gewählt haben, was zu einer starken Interessenbindung und zu einer Beeinträchtigung der persönlichen Unabhängigkeit bei der Beurteilung des Unternehmensinteresses bei anstehenden Entscheidungen führen könne.<sup>334</sup> Ebenfalls sei zu beobachten, dass sich Arbeitnehmervertreter teilweise verstärkt nur arbeitnehmerrelevanten Aspekten der Arbeit im Aufsichtsrat verpflichtet fühlen, obwohl sie eigentlich dem gesamten Unternehmen verantwortlich sind.<sup>335</sup> Weitere schwerwiegende Interessenkonflikte bestünden ferner bspw. dann, wenn ein Arbeitnehmervertreter zum Bestreiken des Unternehmens aufruft, in dessen Aufsichtsrat er sitzt.<sup>336</sup>

---

<sup>331</sup> Vgl. bspw. *Ulmer* ZHR 166 (2002), 271, 275; *Sandrock* AG 2004, 57, 60.

<sup>332</sup> Vgl. bspw. *Sandrock* AG 2004, 57, 60.

<sup>333</sup> *von Werder* AG 2004, 166, 170.

<sup>334</sup> *von Werder* AG 2004, 166, 170.

<sup>335</sup> *von Werder* AG 2004, 166, 171.

<sup>336</sup> Vgl. bspw. *Sandrock* AG 2004, 57, 61.

### **bbb. Weitere allgemeine Kritik**

Neben der Kritik aus dem „Lager der corporate governance“ besteht auch allgemeine Kritik an der Unternehmensmitbestimmung.

So wird kritisiert, dass die deutschen Mitbestimmungsregeln ausländische Investoren davon abhalten, in Deutschland zu investieren bzw. Unternehmen zu übernehmen, da sie Mitbestimmungsregeln nach deutschem Modell i.d.R. nicht kennen und ihnen deshalb misstrauen.<sup>337</sup> Die Unternehmensmitbestimmung stelle für Deutschland als Investitionsstandort und damit für die Schaffung neuer Arbeitsplätze deshalb ein starkes Hindernis dar.<sup>338</sup>

Weiterer Kritikpunkt ist auch, dass nach bestehender Gesetzeslage die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nur von deutschen Arbeitnehmern des betreffenden Unternehmens gewählt werden können. Dies hat zur Folge, dass die Arbeitnehmervertreter gerade bei Unternehmen, die einen Großteil oder sogar den überwiegenden Teil der Arbeitnehmer im Ausland beschäftigen, nur eine „Teilrepräsentanz“ der Arbeitnehmer vorliegt.<sup>339</sup>

Daneben wird teilweise auch die Rechtsformbindung des § 1 MitbestG kritisiert. Sie führe dazu, dass wirtschaftlich bedeutende Unternehmen nur aufgrund ihrer Rechtsform nicht erfasst werden.<sup>340</sup>

### **ccc. Stellungnahme**

Voranstehende Zusammenschau zeigt, dass die Unternehmensmitbestimmung aktuell beachtlicher Kritik ausgesetzt ist.

Bei näherer Betrachtung der einzelnen Kritikpunkte wird aber deutlich, dass die Kritik nicht die Grundsubstanz der Unternehmensmitbestimmung angreift. D.h. die grundsätzliche Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung wird von den Kritikern nicht in Frage gestellt. Vorrangig befasst sich die Kritik nämlich nur mit der aktuellen Ausgestaltung der Unternehmensmitbestimmung, dies trifft insbesondere auf die Kritik von Seiten der corporate governance zu. Dort wird

---

<sup>337</sup> Vgl. bspw. *Sandrock* AG 2004, 57, 61.

<sup>338</sup> *Ulmer* ZHR 166 (2002), 271, 274.

<sup>339</sup> Vgl. bspw. *Ulmer* ZHR 166 (2002), 271, 274; *Sandrock* AG 2004, 57, 61.

<sup>340</sup> *Wißmann* in FS Däubler S. 385, 392.

gerade nicht eine Totalaufgabe der Unternehmensmitbestimmung gefordert,<sup>341</sup> vielmehr werden dort ausdrücklich auch die positiven Effekte der Unternehmensmitbestimmung gewürdigt, die auch beibehalten werden sollen.<sup>342</sup> Von Seiten der corporate governance wird „lediglich“ gefordert, die Unternehmensmitbestimmung sachgerechter im Unternehmen zu verorten und dadurch die zu Tage getretenen Mängel zu beseitigen. So wird vorgeschlagen, die Arbeitnehmervertreter aus dem Aufsichtsrat in ein neu zu schaffendes Organ (sog. Konsultationsrat) zu verlagern und so dem Aufsichtsrat wieder zu ermöglichen, seine Kernaufgaben wahrzunehmen.<sup>343</sup> Ein derartiger Ansatz erschüttert aber gerade nicht die grundsätzliche Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung, er will sie vielmehr erhalten und lediglich an eine sachgerechtere Stelle verlagern. Aufgrund dieser Kritik scheidet folglich die Einordnung zum *ordre public* nicht aus. Was die Kritik an der Effizienz der Kontrolle des Aufsichtsrats angeht, muss weiterhin noch angemerkt werden, dass es sich insgesamt auch nur schwer bestimmen lässt, wieweit die genannten Effizienzprobleme tatsächlich ausschließlich oder überwiegend auf die paritätische Besetzung der Aufsichtsräte zurückzuführen lässt und sie damit strukturbedingt sind oder ob die negativen Effekte nicht bereits durch eine verbesserte Abstimmung zwischen den beteiligten Parteien beseitigt oder zumindest stark abgeschwächt werden könnten.<sup>344</sup>

Was den Einwand angeht, die Unternehmensmitbestimmung stünde ausländischen Investitionen und Übernahmen entgegen, ist es ebenfalls schwierig zu beurteilen, welche Bedeutung gerade der Unternehmensmitbestimmung zukommt, da neben dieser auch viele andere Standortfaktoren eine Rolle spielen und das Gewicht, das der Unternehmensmitbestimmung als Investitionshindernis zukommt, „völlig unbekannt“ ist.<sup>345</sup> Daneben ist davon auszugehen, dass die „abschreckende“ Wirkung der Unternehmensmitbestimmung auf ausländische Investoren und potentielle Unternehmensübernehmer auch auf einem Kommunikationsproblem beruht und durch eine verbesserte Informationspolitik beseitigt oder zumindest verringert werden könnte. Diese Argumente können also

---

<sup>341</sup> Vgl. bspw. *Windbichler AG* 2004, 190, 195 f.

<sup>342</sup> Vgl. bspw. *Kirchner AG* 2004, 197 f; *von Werder DBW* 2004, 229, 237.

<sup>343</sup> Vgl. bspw. *Säcker AG* 2004, 180, 185 f; *Kirchner AG* 2004, 197, 198 ff; *von Werder DBW* 2004, 229, 239 ff.

<sup>344</sup> *Raiser* in FS Kübler S. 477, 488.

<sup>345</sup> *Raiser* in FS Kübler S. 477, 489.

ebenfalls nicht die grundsätzliche Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland erschüttern.

Auch die weitere Kritik betrifft jeweils nur Einzelaspekte der Mitbestimmungsregelungen, die auch durch Modifikationen behoben werden können, ohne die Grundsätze der Regelungen zu berühren. So ist bspw. nicht ausgeschlossen, dass bei einer künftigen Form der Unternehmensmitbestimmung auch ausländische Arbeitnehmer eines Unternehmens berücksichtigt werden könnten. Genauso greift die Kritik an der Rechtsformbindung nicht die Unternehmensmitbestimmung in ihrer Grundbedeutung an.

Die aktuelle Kritik kann demnach die Unternehmensmitbestimmung in ihrem Grundsatz nicht in Frage stellen.

### **ddd. Abgrenzung der Unternehmensmitbestimmung von der betrieblichen Mitbestimmung**

Neben soeben dargestellter Kritik, wird teilweise gegen die Unternehmensmitbestimmung auch vorgebracht, die Arbeitnehmerinteressen würden bereits ausreichend durch die betriebliche Mitbestimmung nach dem BetrVG berücksichtigt.<sup>346</sup>

Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich bei der betrieblichen Mitbestimmung und der Unternehmensmitbestimmung um verschiedene Mitbestimmungsansätze mit unterschiedlicher Zielrichtung handelt, die sich auf verschiedenen Ebenen vollziehen.<sup>347</sup> Die betriebliche Mitbestimmung hat vorrangig zum Ziel, den Arbeitnehmern ein Mitspracherecht in innerbetrieblichen Angelegenheiten zu gewähren, bei denen soziale Belange der Belegschaft oder Entscheidungen in Personalangelegenheiten in Frage stehen.<sup>348</sup> So sollen durch die betriebliche Mitbestimmung vorwiegend die Befugnisse des Arbeitgebers hinsichtlich der Organisation des Betriebes, des Arbeitsablaufs und der Zusammensetzung der

---

<sup>346</sup> Müller-Bonanni GmbHR 2003, 1235, 1238; Eidenmüller ZIP 2002, 2233, 2242; ders. JZ 2004, 24, 29; Forsthoff DB 2002, 2471, 2477; Seibt in Henssler/Willemsen/Kalb § 1 MitbestG Rn. 9; von Hase BuW 2003, 944, 949; Paefgen DB 2003, 487, 492.

<sup>347</sup> Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorb. Rn. 14.

<sup>348</sup> Ulmer in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 160.

Belegschaft beeinflusst werden.<sup>349</sup> Erfasst werden somit betriebliche Entscheidungen des täglichen Daseins der Arbeitnehmer.<sup>350</sup> Durch diese Form der Mitbestimmung werden den Arbeitnehmern Informations-, Anhörungs- und Einspruchrechte gegenüber der Unternehmensleitung in vorgenannten Belangen gewährt, wobei die Ausübung dieser Rechte besonderen betrieblichen Gremien obliegt.<sup>351</sup> Die betriebliche Mitbestimmung bezieht sich folglich nicht auf die Unternehmensleitung und –überwachung, sondern ist auf den beschriebenen innerbetrieblichen Bereich beschränkt.<sup>352</sup>

Im Gegensatz dazu betrifft die Unternehmensmitbestimmung das Unternehmen als Wirtschaftseinheit und ist auf eine unmittelbare Einflussnahme auf die unternehmerischen Entscheidungsprozesse ausgerichtet,<sup>353</sup> die Arbeitnehmer sollen an der Planung, Organisation und Leitung des Unternehmens beteiligt werden.<sup>354</sup> Bei unternehmerischen Planungen sollen durch die Unternehmensmitbestimmung neben den Interessen der Anteilseigner auch die Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigt werden, wobei dabei die Gesamtbelange des Unternehmens – und nicht vorrangig die Arbeitnehmerbelange – berücksichtigt werden müssen.<sup>355</sup> Die Unternehmensmitbestimmung hat somit – im Gegensatz zur betrieblichen Mitbestimmung – ihren Schwerpunkt gerade nicht auf sozialen Angelegenheiten, sie soll vielmehr die Unternehmenspolitik auch in wirtschaftlichen und finanziellen Bereichen mitgestalten.<sup>356</sup> Die Differenzierung zwischen betrieblicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung ist auch sinnvoll, da die Unternehmensmitbestimmung gerade nicht auf Einzelfragen der betrieblichen Organisation eingehen kann.<sup>357</sup>

Damit stehen betrieblichen Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung rechtlich selbständig nebeneinander<sup>358</sup> und auch sozialpolitisch macht das eine

---

<sup>349</sup> Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorb. Rn. 14.

<sup>350</sup> Edensfeld Rn. 335.

<sup>351</sup> *Eisemann* in Erfurter Kom ArbR Vorb. § 1 BetrVG Rn. 2; *Ulmer* in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 160.

<sup>352</sup> *Ulmer* in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 160.

<sup>353</sup> Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorb. Rn. 14.

<sup>354</sup> *Eisemann* in Erfurter Kom ArbR Vorb. § 1 BetrVG Rn. 3.

<sup>355</sup> Edensfeld Rn. 335.

<sup>356</sup> *Wißmann* in MÜHdb ArbR Rn. 12.

<sup>357</sup> Edensfeld Rn. 335.

<sup>358</sup> Edensfeld Rn. 335.

System das andere nicht überflüssig, vielmehr ergänzen sich beide.<sup>359</sup> Die betrieblichen Mitbestimmungsrechte greifen grundsätzlich nicht in den unternehmerischen Entscheidungsprozess ein,<sup>360</sup> die betriebliche Mitbestimmung hat damit regelmäßig keine Auswirkungen auf Entscheidungen auf der Unternehmensebene.<sup>361</sup> Dem steht auch nicht entgegen, dass einzelne funktionelle Zusammenhänge und Überschneidungen zwischen den beiden Mitbestimmungsformen bestehen, da diese nicht zu ungewollten Doppelzuständigkeiten führen.<sup>362</sup> Die Tatsache, dass sich die Mitbestimmung allgemein immer stärker verbetrieblicht hat, dass die leitenden Betriebsratsmitglieder gleichzeitig auch als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sitzen und sich somit die beiden Mitbestimmungsformen immer stärker miteinander verwoben haben,<sup>363</sup> führt ebenfalls nicht zu einer anderen Beurteilung, da dies gerade zeigt, dass sich beide Mitbestimmungsformen ergänzen und nicht überlagern.

Die Auffassung, die Arbeitnehmerinteressen seien bereits ausreichend durch die betriebliche Mitbestimmung gewährleistet, geht also fehl, beide Formen der Mitbestimmung sind nicht vergleichbar, der Schutzzweck und die Regelungsfragen der beiden Institute sind verschieden.<sup>364</sup> Beide Mitbestimmungsformen gewährleisten die Berücksichtigung von unterschiedlichen Arbeitnehmerinteressen, so dass bei einem Wegfall der Unternehmensmitbestimmung eine Lücke im Gesamtsystem der Mitbestimmung entstehen würde, die gerade nicht durch die betriebliche Mitbestimmung ausgefüllt werden kann.

Durch die dargelegten Einwände wird folglich nicht das Faktum der Unternehmensmitbestimmung selbst in Frage gestellt,<sup>365</sup> sondern lediglich ihre momentane Ausgestaltung. Insbesondere die Kritik an der Effizienz der Aufsichtsratsarbeit macht keine Eingriffe in die Substanz der Unternehmensmit-

---

<sup>359</sup> Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorb. Rn. 15.

<sup>360</sup> Raiser MitbestG Einl. Rn. 56; Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorb. Rn. 14.

<sup>361</sup> Eisemann in Erfurter Kom ArbR Vorb. § 1 BetrVG Rn. 3.

<sup>362</sup> Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG Vorb. Rn. 15.

<sup>363</sup> Kommission Mitbest 1998 S. 30 f.

<sup>364</sup> Bayer AG 2004, 534, 538; Thüsing ZIP 2004, 381, 387; Franzen RdA 2004, 257, 262; Kamp BB 2004, 1496, 1500.

<sup>365</sup> Thüsing ZIP 2004, 381, 386.

bestimmung erforderlich.<sup>366</sup> Vielmehr ist die Unternehmensmitbestimmung in Deutschland eine Realität, die als solche nicht in Frage steht.<sup>367</sup> Die Einordnung der Unternehmensmitbestimmung zum *ordre public* kann demnach trotz aller aktueller Kritik nicht abgelehnt werden, insbesondere da eine für die Erfassung von Auslandsgesellschaften angepasste Form der Mitbestimmung gerade nicht mehr dem heutigen Modell entsprechen wird und so voraussichtlich auch ein Großteil der Kritikpunkte bereits durch die Neuregelung ausgeräumt sein wird.

#### **d. Ergebnis**

Das Konzept einer starken Unternehmensmitbestimmung ist auch heute noch dem *ordre public* zuzuordnen. Die aktuelle Kritik zweifelt nicht die Grundfunktion der starken Unternehmensmitbestimmung an, sondern hat nur eine Verbesserung der praktischen Ausführung der Unternehmensmitbestimmung zum Ziel. Der Unternehmensmitbestimmung kommt somit auch heute noch die grundsätzliche Bedeutung zu, dass sie als wesentlicher Grundsatz des deutschen Rechts anzusehen ist. Sie verwirklicht ihrem Grundsatz nach auch aktuell ein wesentliches Prinzip der rechtsethischen, sittlichen, wirtschaftlichen und politischen Ordnung und ist somit ein unverzichtbares Grundprinzip der deutschen Rechtsordnung.

### **3. Voraussetzungen für ein Eingreifen des *ordre public***

Nachdem die Unternehmensmitbestimmung dem *ordre public* zugeordnet wurde, sind weiter die Voraussetzungen für ein tatsächliches Eingreifen des *ordre public* zu untersuchen.

Voraussetzung ist dabei zunächst das Vorliegen eines Verstoßes des Anwendungsergebnisses des ausländischen Rechts gegen den *ordre public*.

Entscheidend für die Bejahung eines solchen Verstoßes im hier untersuchten Fall sind insbesondere folgende Aspekte<sup>368</sup>: der (potentielle) Verstoß muss of-

---

<sup>366</sup> *Raiser* MitbestG Einl. Rn. 73 a.E.

<sup>367</sup> *Raiser* in FS Buxbaum S. 415, 416.

<sup>368</sup> Generell zu den Anforderungen an die Feststellung eines *ordre public*-Verstoßes vgl. *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 77 ff, wo auch auf weitere Anforderungen wie bspw. die Unterscheidung zw. Haupt- und Vorfrage und zur zeitli-

fensichtlich sein und der Sachverhalt muss eine ausreichende Inlandsbeziehung aufweisen. Weiterhin muss diese Bewertung im entscheidungserheblichen Zeitpunkt getroffen werden.

### a. Offensichtlichkeit des Verstoßes gegen die deutsche Öffentliche Ordnung

Dabei ist zu beachten, dass eine abstrakte Präzisierung des Merkmals der Offensichtlichkeit eines Verstoßes nicht Erfolg versprechend ist, da diesem Merkmal kein eindeutiger Rechtsgehalt zugewiesen werden kann.<sup>369</sup> Für die Bestimmung der Offensichtlichkeit kann allerdings zumindest folgendermaßen vorgegangen werden:

In jedem Einzelfall ist zu Anfang die Anwendbarkeit ausländischen Rechts festzustellen, danach ist stets zu prüfen, ob das Ergebnis der Anwendung *erheblich* von dem Ergebnis abweicht, das bei hypothetischer Anwendung des nationalen Rechts eintreten würde.<sup>370</sup> Festgestellt werden muss also, dass das Anwendungsergebnis bei Anwendung des ausländischen Rechts zu einer krassen Abweichung im Vergleich zum Anwendungsergebnis nationalen Rechts führt.<sup>371</sup> So scheidet eine Anwendung des *ordre public* aus, wenn auch nach nationalem Recht die Sachlage nicht erheblich anders zu beurteilen wäre.<sup>372</sup> Bei lediglich unerheblichen Abweichungen kann nicht von einem offensichtlichen Verstoß ausgegangen werden. Jedoch bringt auch der Ansatz über die „Erheblichkeit“ keine weitere Konkretisierung hinsichtlich der Feststellung, wann ein offensichtlicher Verstoß vorliegt. Insoweit handelt es sich lediglich um ein Austauschen von unbestimmten Begriffen, deren Ausfüllung gleich schwer bleibt.

Hilfreich bei der Feststellung, ob ein Verstoß offensichtlich ist, können aber folgende von *Sonnenberger*<sup>373</sup> formulierten **Testfragen** sein:

---

chen Relativität (wonach eine Gegenwartsbeziehung des zu beurteilenden Sachverhalts erforderlich ist, die aber im hier untersuchten Fall stets anzunehmen ist) eingegangen wird, die hier aber nicht weiter zu vertiefen sind.

<sup>369</sup> *Spickhoff* S. 97.

<sup>370</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 61; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 147.

<sup>371</sup> *Jayme* S. 33.

<sup>372</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 61.

<sup>373</sup> Zum Folgenden *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 80.

- „Ist denkbar, daß der Gesetzgeber der lex fori jemals die ausländische Regelung (für den konkreten Fall) einführen würde?“
- „Wäre die fremde Rechtsnorm als Regelung der lex fori zulässig, insbes. verfassungsgemäß, rechtsstaats- bzw. grundrechtskonform?“
- „Würde die fremde Norm durch ihre Anwendung einen schweren Störfaktor im Regelungsgefüge der deutschen Gesetze von allgemein- oder wirtschaftspolitischem Interesse darstellen?“

Sie sind im Einzelfall zu stellen. Die daraus gewonnen Antworten können eine Einordnung erleichtern.

### *Stellungnahme*

Für die Unternehmensmitbestimmung bedeutet dies, dass zunächst die Regelungen des Gründungsrechts für die im Einzelfall zuziehende Gesellschaft danach zu überprüfen sind, ob sie Mitbestimmungsregeln enthalten. Wenn dies der Fall ist, ist das Ergebnis der Anwendung der Regelungen dahingehend zu überprüfen, ob dies offensichtlich gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts verstößt. Für den Fall, dass das Gründungsrecht überhaupt keine Mitbestimmungsregeln enthält, mag die Feststellung eines offensichtlichen Verstoßes gegen die Grundsätze des deutschen Rechts einfach zu treffen sein. Für alle anderen Fälle ist aber eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Im Rahmen dieser Einzelfallprüfung kann dann anhand der oben dargestellten Testfragen vorgegangen werden. Dabei kann allerdings nicht bereits vorab abstrakt festgestellt werden, dass bei jeder von der deutschen Rechtslage abweichenden ausländischen Mitbestimmungsregelung automatisch von einem offensichtlichen Verstoß auszugehen ist.

Zwar nimmt die deutsche paritätische Mitbestimmung international eine singuläre Stellung ein (siehe C. IV. 3. ), und die überwiegende Zahl der für einen Zuzug in Betracht kommenden Auslandsgesellschaften wird entweder überhaupt keine Mitbestimmungsregeln kennen<sup>374</sup> oder lediglich einen (weit) hinter der deut-

---

<sup>374</sup> So bestehen bspw. in Belgien, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien Portugal und Spanien keine Mitbestimmungsregeln. Dagegen existieren Mitbestimmungsregeln in Dänemark, Finnland, Frankreich, Luxemburg, den Niederlanden, Österreich und Schweden.

schen Regelung zurückbleibenden Mitbestimmungsstandard haben. Jedoch ist nicht auszuschließen, dass auch Gesellschaften zuziehen, die auch einen relativ hohen Mitbestimmungsstandard haben, auch wenn dieser nicht völlig an die paritätische Mitbestimmung heranreichen wird. Für solche Gesellschaften erscheint es fraglich, allein aufgrund der Abweichung von der paritätischen Mitbestimmung automatisch von einem offensichtlichen Verstoß auszugehen.<sup>375</sup> Wollte man dies annehmen, müsste man feststellen können, dass die Unternehmensmitbestimmung in Deutschland ausschließlich in der bestehenden Form ein wesentlicher Grundsatz des deutschen Rechts ist und jede abweichende Form diesem Anspruch nicht gerecht wird. Dies erscheint schon vor dem Hintergrund obiger Feststellungen (vgl. D. III. 2. c. ), dass über den *ordre public* nicht nur die tatsächliche aktuelle Ausgestaltung geschützt ist, sondern dass der *ordre public* vorrangig das Grundprinzip der starken Mitbestimmung schützt, problematisch. Ebenfalls wird eine entsprechende Annahme durch die schwierige, von Kompromissen geprägte Entstehungsgeschichte (vgl. D. III. 2. c. aa. ) des MitbestG in Frage gestellt und ist auch deshalb nicht zwingend anzunehmen, da die deutsche Rechtsordnung selbst abweichende Formen der Unternehmensmitbestimmung, wie beispielsweise die Mitbestimmung im Montansektor nach dem MontanMitbestG von 1951<sup>376</sup> und die drittelparitätische Mitbestimmung der

---

Vgl. *Ulmer* in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 161; siehe zu in den Mitgliedstaaten bestehenden Mitbestimmungsregeln auch unten unter F. IV. 3. b. dd.

<sup>375</sup> So auch *Sandrock* AG 2004, 57, 58 u. 62, der ebenfalls bezweifelt, dass ausländische Mitbestimmungsregeln grds. mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar sind.

<sup>376</sup> Knapper Überblick zum MontanMitbestG (und auch zum Folgenden) bei *Raiser* MitbestG Einl. Rn. 9 ff. Das MontanMitbestG gilt für Unternehmen des Bergbaus sowie der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie. Erfasst werden Unternehmen in der Rechtsform einer AG oder GmbH, die in der Regel mehr als 1000 Arbeitnehmer beschäftigen. Der für diese Unternehmen vorgeschriebene Aufsichtsrat besteht entgegen der Regelung des MitbestG immer aus einer ungeraden Zahl an Mitgliedern, in der Regel elf, ab bestimmten Schwellenwerten aber auch 15 oder 21. Bei der regelmäßigen Besetzung mit elf Mitgliedern stammen je vier Mitglieder von den Anteilseignern und Arbeitnehmern. Die übrigen drei Mitglieder dürfen weder dem Unternehmen, noch einer Gewerkschaft oder einem Arbeitgeberverband angehören. Je ein Mitglied der übrigen drei Mitglieder wird von den Arbeitnehmern und Arbeitgebern bestimmt. Das letzte Mitglied ist ein sog. Unparteiischer, der durch Kooptation der übrigen Aufsichtsratsmitglieder bestimmt wird. Im MontanmitbestG besteht somit Parität zw. Anteilseigner- und Arbeitnehmersvertretern, die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates wird durch das weitere neutrale Mitglied gesichert, vgl. *Wißmann* in FS Däubler S. 385, 386.

§§ 1 ff Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) (ex §§ 76 ff BetrVG 1952)<sup>377</sup>, kennt.

### **Entscheidung des BGH vom 16.11.1981:**

Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BGH. Im Urteil vom 16.11.1981<sup>378</sup> hatte der BGH über eine fusionsähnliche Unternehmensverbindung zwischen einer niederländischen NV und einer deutschen AG zu entscheiden. Die Geschäftstätigkeit der beiden beteiligten Unternehmen sollte dabei in Zukunft durch eine gemeinsame Holdinggesellschaft geführt werden, an der beide Unternehmen zu 50 Prozent beteiligt sein sollten. Der Aufsichtsrat der Holdinggesellschaft sollte aus insgesamt 24 Mitgliedern bestehen, wobei jedes Unternehmen zwölf Mitglieder stellen sollte. Diese zwölf Mitglieder sollten sich jeweils aus vier Anteilseignervertretern, vier Arbeitnehmervertretern (die für die deutsche Seite nach den Regeln des Mitbestimmungsrechts bestimmt werden sollten) und vier neutralen Mitgliedern (die von den Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern gemeinschaftlich vorgeschlagen werden sollten) zusammensetzen.

Neben anderen Rechtsfragen hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob diese Regelung mit dem Zweck des deutschen Mitbestimmungsrechts unvereinbar sei und somit ein Verstoß gegen den *ordre public* vorlag.

Diese Regelung wich zwar vom deutschen Modell ab, wurde aber vom BGH dennoch nicht automatisch als *ordre public*-widrig beurteilt. Der BGH lehnte einen Verstoß ab, da die getroffene Regelung gerade dem Zweck diene, den

---

<sup>377</sup> Zum 01.07.2004 sind die Vorschriften des BetrVG 1952 durch die Einführung des DrittelbG aufgehoben worden. Die drittelparitätische Mitbestimmung ist nun dort in den §§ 1 ff geregelt. Inhaltliche Änderungen zur bisherigen Ausgestaltung der Mitbestimmung nach diesem Gesetz sind damit allerdings nicht verbunden, vgl. insgesamt zum DrittelbG bspw. *Seibt* NZA 2004, 767 ff; *Oetker* in Erfurter Kom ArbR DrittelbG Einl. Rn. 1 ff und *Boewer/Gaul/Otto* GmbH 2004, 1065 ff. Knapper Überblick zu §§ 76 ff BetrVG 1952 a.F., jetzt §§ 1 ff DrittelbG, (und auch zum Folgenden) bei *Raiser* MitbestG Einl. Rn. 18 ff. Die Bestimmungen der §§ 76 ff BetrVG 1952 a.F., jetzt §§ 1 ff DrittelbG, gelten für Unternehmen, die nicht unter das MitbestG bzw. das MontanMitbestG fallen. Durch diese Vorschriften wird lediglich eine schwächere Form der Mitbestimmung gewährt, den Arbeitnehmern stehen nur ein Drittel der Sitze des Aufsichtsrats zu. Das Gesetz gilt in der Regel für Unternehmen in der Rechtsform einer AG, KGaA, GmbH sowie Genossenschaft, die mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen.

<sup>378</sup> BGH BB 1982, 269 ff.

deutschen Mitbestimmungsregeln auch nach dem Zusammenschluss soweit wie möglich gerecht zu werden.<sup>379</sup>

Der Aussage des BGH lässt sich somit entnehmen, dass nicht jede Abweichung von der deutschen Mitbestimmungsform automatisch zu einem offensichtlichen Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts führt.

Als Folge der voranstehenden Erörterung muss für jeden Zuzugsfall eine Einzelfallprüfung hinsichtlich der Offensichtlichkeit des Verstoßes vorgenommen werden, eine pauschale Betrachtung verbietet sich. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass zwar zu erwarten ist, dass vorrangig (beinahe) gänzlich mitbestimmungsfreie Gesellschaften zuziehen werden (wegen der geringsten Beschränkung für die Anteilseigner), jedoch ist auch ein Zuzug von Gesellschaften mit höherem Mitbestimmungsstandard nicht auszuschließen. Es kann nicht automatisch angenommen werden, dass jede ausländische Mitbestimmungsregel automatisch offensichtlich gegen die deutsche Regelung verstößt. Auch die formulierten Testfragen können somit nicht ohne konkrete Prüfung dahingehend beantwortet werden, dass sie zu der Annahme eines offensichtlichen Verstoßes führen.

## **b. Inlandsbezug**

Für die Anwendbarkeit des *ordre public* ist weiterhin erforderlich, dass der zu beurteilende Sachverhalt einen hinreichenden Bezug zum Inland aufweist.<sup>380</sup> Nur wenn ein Sachverhalt ausreichend Verbindungen zum Inland hat, kann für eine Rechtsordnung ein Anlass bestehen, einem grundsätzlich zur Anwendung berufenen ausländischen Recht dahingehend Grenzen zu setzen, dass es überhaupt nicht oder nur modifiziert angewandt wird.<sup>381</sup> Somit ist erforderlich, dass der zu beurteilende Sachverhalt im entscheidungserheblichen Zeitpunkt einen hinreichend starken örtlichen bzw. personalen Bezug zur nationalen Rechtsord-

---

<sup>379</sup> BGH BB 1982, 269, 270.

<sup>380</sup> *Kegel/Schurig* S. 521, 523; *Siehr* S. 491.

<sup>381</sup> *Siehr* S. 491.

nung aufweist.<sup>382</sup> Auch das Merkmal des Inlandsbezugs kann dabei nicht abstrakt konkretisiert werden und ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.<sup>383</sup> Für eine Bestimmung des Inlandsbezugs können Kriterien wie der Unternehmenssitz<sup>384</sup>, Handlungsort, Registereintragung und auch die Belegenheit von Sachen herangezogen werden.<sup>385</sup>

In den untersuchten Fällen ist das Erfordernis des Inlandsbezugs durch den tatsächlichen Verwaltungssitz der zuziehenden Auslandsgesellschaften in Deutschland stets gegeben.

### **c. Verhältnis zwischen Offensichtlichkeit und Inlandsbezug**

Das Verhältnis der Merkmale Offensichtlichkeit und Inlandsbezug ist dabei dahingehend zu beachten, dass bei einem weniger offensichtlichen Verstoß eine umso stärkere Inlandsbeziehung gegeben sein muss und im gegensätzlichen Fall bei einem umso offensichtlicheren Verstoß die Inlandsbeziehung weniger stark ausgeprägt sein muss.<sup>386</sup>

Dieses Erfordernis ist gerade durch den Zuzug im Wege der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland gewahrt, da dies einen ausreichend starken Inlandsbezug herstellt, eine weitere Abwägung ist in diesen Fällen nicht mehr erforderlich.

### **d. Relevanter Zeitpunkt**

Für die Feststellung eines ordre public-Verstoßes ist aufgrund der Relativität des ordre public-Inhalts außerdem der maßgebliche Zeitpunkt der Beurteilung wich-

---

<sup>382</sup> *Kegel/Schurig* S. 521; *Siehr* S. 491; *Spickhoff* S. 97; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 81, 85.

<sup>383</sup> *Spickhoff* S. 97 f; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 159; *Kegel/Schurig* S. 527; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 81.

<sup>384</sup> OLG Hamm NJW 1977, 1594, 1595.

<sup>385</sup> *Kegel/Schurig* S. 474; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 155 f; *Spickhoff* S. 98; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 83.

<sup>386</sup> *Kegel* in Soergel Band 10 EGBGB Art. 6 EGBGB Rn. 27; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 158; *Spickhoff* S. 97; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 82.

tig. Für die Feststellung des Vorliegens eines Verstoßes sind dabei die Wertungen im Zeitpunkt der Beurteilung des Sachverhalts maßgeblich.<sup>387</sup>

Auch der relevante Zeitpunkt ist in den untersuchten Fällen unproblematisch zu bestimmen. Die Frage eines ordre public-Verstoßes tritt stets in dem Moment auf, in dem die Gesellschaften ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat.

#### **IV. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den ordre public**

Ausgehend vom Wortlaut des Art. 6 EGBGB ist zunächst als Rechtsfolge nur die Anordnung der Unanwendbarkeit des ordre public-widrigen ausländischen Rechts festzustellen. Unklar bleibt, was anstelle des nicht anzuwendenden Rechts gelten soll.

##### **1. Negative Funktion**

Gerade aufgrund des Wortlauts des Art. 6 EGBGB wird dem ordre public von der h.M. auch nur eine negative Funktion zugeschrieben; ihm kommt also zunächst lediglich eine Abwehrfunktion zu.<sup>388</sup> Art. 6 EGBGB ist demnach nur zu entnehmen, welches Anwendungsergebnis bei der Anwendung von durch das allgemeine Kollisionsrecht berufenem ausländischem Recht (lex causae) nicht hinzunehmen ist. Dabei ist zu beachten, dass die Nichtanwendbarkeit des grundsätzlich zur Anwendung berufenen ausländischen Rechts nicht extensiv festgestellt werden darf, vielmehr ist das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs zu beachten (Art. 6 EGBGB als Ausnahmenvorschrift), d.h. die Beschränkung der lex causae darf nur soweit erfolgen, wie dies zur Ausschaltung der offensichtlichen Unvereinbarkeit mit nationalen Grundsätzen erforderlich ist.<sup>389</sup>

Wenn demnach festgestellt werden konnte, dass eine bestehende Mitbestimmungsregel des Gründungsrechts mit Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, steht auch fest, dass die ausländische Regelung nicht

---

<sup>387</sup> *Kegel* in Soergel Band 10 EGBGB Art. 6 EGBGB Rn. 29; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 141, 160; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 65.

<sup>388</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 3 mwNw zur h.M. dort in Fn. 5.

<sup>389</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 90.

angewandt werden kann. Für den Fall des gänzlichen Fehlens von Mitbestimmungsregeln ergibt sich dies selbstverständlich automatisch.

Umstritten ist allerdings, wie die entstandene Lücke geschlossen werden soll (siehe dazu sogleich D. IV. 3. ).<sup>390</sup>

## 2. Positive Funktion?

Teilweise wurde/wird dem *ordre public* auch eine positive Funktion zugesprochen, die über die reine Lückenfüllung nach der Feststellung der Nichtanwendbarkeit der *lex causae* hinausgeht.<sup>391</sup>

So sollen nach dieser Auffassung durch den *ordre public* bestimmte Normen/Rechtsinstitute automatisch positiv gegen die eigentlich berufene *lex causae* durchsetzbar sein, ohne dass vorher eine Einzelfallprüfung hinsichtlich der Anwendbarkeit der *lex causae* erforderlich ist. Es kommt in diesem Fall also nicht auf das Anwendungsergebnis der zur Anwendung berufenen ausländischen Norm an.<sup>392</sup> Art. 6 EGBGB würde somit seine Funktion als Korrektiv bzgl. der Anwendung ausländischen Rechts verlieren und nur bestimmte Normen der *lex fori* ohne weitere Prüfung unmittelbar durchsetzen.<sup>393</sup>

Dies widerspricht aber der Funktion des *ordre public* und wird von der h.M.<sup>394</sup> abgelehnt. Ein solches Verständnis des Art. 6 EGBGB geht zu weit und war auch nicht im Sinne des Gesetzgebers.<sup>395</sup> Insbesondere zeigt nämlich auch die ausdrückliche Normierung in Art. 34 EGBGB, dass der Gesetzgeber die Sonderanknüpfung von zwingendem Recht nicht dem *ordre public* zuordnen wollte.<sup>396</sup> Die Problematik der unbedingten Durchsetzung nationaler Vorschriften

---

<sup>390</sup> Vgl. *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 91 mwNw ebenda; *Hohloch* in Erman Art. 6 EGBGB Rn. 26.

<sup>391</sup> Vgl. dazu *Spickhoff* S. 112 f; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 5 mwNw zu den Vertretern dieser Auffassung dort in Fn. 14 u. 15.

<sup>392</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 11; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 5.

<sup>393</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 5

<sup>394</sup> *Hohloch* in Erman Art. 6 EGBGB Rn. 2 f; *Spickhoff* S. 113 ff; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 17; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 5.

<sup>395</sup> Vgl. *Spickhoff* S. 113 ff.

<sup>396</sup> *Spickhoff* S. 115.

gegen die eigentlich berufene *lex causae* wird unter den Begriffen Sonderanknüpfung bzw. Lehre von den Eingriffsnormen/*lois d'application immédiate* besprochen und hat so nichts mit dem *ordre public* zu tun.<sup>397</sup>

Eine positive Funktion kommt dem *ordre public* nur insoweit zu, als innerhalb der Prüfung, ob ein Rechtsanwendungsergebnis ausländischer Normen in untragbarem Widerspruch zur deutschen Rechtslage steht, automatisch die deutschen Regelungen – positiv – als Vergleichsmaßstab herangezogen werden.<sup>398</sup>

Dies bedeutet, dass deutsche Mitbestimmungsregeln keinesfalls automatisch ohne eine Einzelfallprüfung im Wege einer so genannten positiven Funktion des *ordre public* durchgesetzt werden können.

### 3. Ausfüllung der Lücke

Nach Ablehnung einer positiven Funktion des *ordre public*, bleibt zu klären, wie die durch die negative Funktion entstandene bzw. aufgrund des originären Fehlens von Mitbestimmungsregeln im Gründungsrecht bestehende Lücke hinsichtlich der Unternehmensmitbestimmung auszufüllen ist.

Wie die Lückenfüllung konkret zu erfolgen hat, ist umstritten.<sup>399</sup>

- So wird zum einen versucht, die entstehende Lücke durch Anwendung von anderen Rechtsgrundsätzen/Normen aus dem eigentlich berufenen Recht (*lex causae*) auszufüllen und nur subsidiär die Vorschriften der nationalen Rechtsordnung (*lex fori*) anzuwenden.
- Andere Meinungen wenden dagegen zur Lückenfüllung generell die *lex fori* als Ersatzrecht an.
- Weiterhin wird vorgeschlagen, die entstehenden Lücken durch die Bildung fallbezogener Sachnormen im IPR zu schließen.

---

<sup>397</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 16.

<sup>398</sup> *Hohloch* in Erman Art. 6 EGBGB Rn. 2; *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 5, 17; *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 17.

<sup>399</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 91 mwNw ebenda; *Hohloch* in Erman Art. 6 EGBGB Rn. 26.

- Ebenso wird auch ein abgestuftes Modell für die Lückenfüllung angeboten, das einzelne Prüfungsschritte, ausgehend von einer ordre public konformen Auslegung bis hin zur Anwendung der lex fori als letzte Möglichkeit, vorsieht.

Nochmals ist festzustellen, dass diese Erwägungen nicht nur für den Fall gelten, dass in der lex causae qualitativ abweichende Mitbestimmungsregelungen bestehen, sondern auch für den Fall, dass in der lex causae überhaupt keine Mitbestimmungsregelungen vorhanden sind.<sup>400</sup>

Allerdings wird sich lediglich für den Fall des Zuzugs einer Gesellschaft, die in ihrem Gründungsrecht überhaupt keine Mitbestimmungsregeln kennt, vorab eine eindeutige Aussage hinsichtlich der Lückenfüllung treffen lassen. Denn nur im Fall des gänzlichen Fehlens einer Regelung in der lex causae kommt ausschließlich eine Ausfüllung dieser Lücke mit dem nach Gesichtspunkten der lex fori unerlässlichen Rechtsinstitut der lex fori in Betracht.<sup>401</sup> Die anderen Ansätze sind diesbezüglich mangels wenigstens ansatzweise vorhandener Mitbestimmungsregeln in der lex causae nicht Erfolg versprechend, da insoweit eine Orientierung am Gründungsrecht ausscheidet.

Für alle anderen Fälle, in denen die lex causae – eventuell auch nur rudimentäre – Mitbestimmungsregeln vorsieht, wird im Rahmen der Lückenfüllung nicht von einem einzigen zielführenden Lösungsansatz auszugehen sein. Vielmehr muss bei der Lückenfüllung infolge der Verdrängung der lex causae durch die Anwendung des ordre public eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden, die die Besonderheiten der verdrängten lex causae berücksichtigt.<sup>402</sup>

## **V. Exkurs: Anwendungszurückhaltung im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten?**

Zu untersuchen bleibt weiterhin noch, ob der ordre public bei Sachverhalten zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht möglicherweise noch

---

<sup>400</sup> Blumenwitz in Staudinger IPR Art. 6 EGBGB Rn. 172; Sonnenberger in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 48.

<sup>401</sup> Sonnenberger in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 94.

<sup>402</sup> Sonnenberger in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 92.

zurückhaltender anzuwenden ist<sup>403</sup>, mit der Folge, dass selbst bei erheblicheren Abweichungen eine Anwendung des *ordre public* ausgeschlossen sein könnte. Dies könnte sich aus Art. 10 EG ergeben, der den europarechtlichen „Grundsatz der Gemeinschaftstreue“ ausdrückt.<sup>404</sup> Dieser Grundsatz beinhaltet zum einen das Kooperationsprinzip mit dem Ziel der Wahrung und Weiterentwicklung des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes, und zum anderen das Prinzip der Rücksichtnahme.<sup>405</sup> Art. 10 EG gebietet insoweit eine gemeinschaftskonforme Auslegung des nationalen Rechts und damit auch des IPR.<sup>406</sup> Weiterhin könnte auch Art. 2 EG angeführt werden, der u.a. fordert, eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens zu fördern.

Für den Bereich der Unternehmensmitbestimmung könnte dies folglich bedeuten, dass abweichende Mitbestimmungsregeln im Gründungsrecht einer zuziehenden Gesellschaft respektiert werden müssten und somit eine Anwendung deutscher Mitbestimmungsregeln über den *ordre public* weitgehend ausscheiden würde.

Dazu ist zunächst festzustellen, dass der nationale *ordre public* jedenfalls dem Anwendungsergebnis einer Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates nicht entgegengehalten werden kann, soweit das Recht der Mitgliedstaaten durch eine EG-Richtlinie angeglichen wurde.<sup>407</sup> In einem solchen Fall kann nicht mehr von einem erheblichen Unterschied des Ergebnisses der Anwendung einer Rechtsordnung ausgegangen werden, ein offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts kommt in einem vereinheitlichten Rechtsbereich nicht in Betracht.

Auf die Thematik der Unternehmensmitbestimmung trifft dies jedoch nicht zu. Hier besteht keine gemeinschaftsrechtliche Vereinheitlichung und auch dahingehende Bestrebungen waren und sind bisher nicht erfolgreich. Dies zeigen insbesondere auch der jahrelange Streit und der letztlich eingegangene Kom-

<sup>403</sup> Dafür bspw. *Samtleben* RabelsZ 45 (1981), 218, 245 f.; *Roth* RabelsZ 55 (1991), 623, 661 f.

<sup>404</sup> *Kahl* in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 10 EGV Rn. 3; *Streinz* in Streinz EUV/EGV Art. 10 EGV Rn. 1.

<sup>405</sup> *Streinz* in Streinz EUV/EGV Art. 10 EGV Rn. 1; *Kahl* in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 10 EGV Rn. 6 ff.

<sup>406</sup> *Heldrich* in Palandt Art. 3 EGBGB Rn. 12.

<sup>407</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 78.

promiss um die Mitbestimmungsregelung bei der SE (siehe zur SE unten unter G. IV. ). Alleine aus diesem Grund ist also keine Anwendungszurückhaltung geboten.

Aber auch soweit keine gemeinschaftsweite Angleichung vorliegt, erscheint es zweifelhaft, ob eine noch weitere Zurückhaltung bei der Anwendung des *ordre public* geboten erscheint, als dies aufgrund des Ausnahmecharakters der Norm sowieso schon erforderlich ist.<sup>408</sup> Die Pflicht zum gemeinschaftstreuen Verhalten gemäß Art. 10 EG gebietet primär nämlich lediglich die Rücksichtnahme im Verhältnis der einzelnen Mitgliedstaaten zur Gemeinschaft, nicht aber im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander.<sup>409</sup> Die Mitgliedstaaten sind aus Art. 10 EG untereinander nur zur Kooperation hinsichtlich der Verwirklichung von Gemeinschaftszielen verpflichtet.<sup>410</sup> Daraus lässt sich aber nicht automatisch auch eine Pflicht zur Respektierung bzw. Schonung sämtlichen nationalen Rechts der Mitgliedstaaten untereinander ableiten, insbesondere wenn im betreffenden Rechtsgebiet noch keine Vereinheitlichungsbestrebungen seitens der Gemeinschaft vorliegen, was im Bereich der Unternehmensmitbestimmung ja gerade nicht der Fall ist. Ebenfalls ist zu beachten, dass innerhalb der EU keine Parallelität der Rechtspolitik angestrebt ist, d.h. solange es in der EU unterschiedliches nationales Recht gibt, ist auch eine Anwendung des *ordre public* erforderlich, wenn das Rechtsanwendungsergebnis des zur Anwendung berufenen ausländischen Rechts offensichtlich gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts verstößt und somit zu einem untragbaren Ergebnis führt.<sup>411</sup> Die vorstehenden Erwägungen gelten auch gegenüber dem Einwand des Art. 2 EG. Dort werden zwar nicht nur Programmsätze formuliert, Art. 2 EG stellt aber lediglich eine Aufgabennorm dar, die sich an die Organe der Gemeinschaft richtet, die dort formulierten Ziele zu verwirklichen; wegen der Allgemeinheit dieser Ziele begründet Art. 2 EG keine rechtlichen Pflichten.<sup>412</sup> Mangels bisher eingetretener Vereinheitlichungsbestrebungen im Bereich der Mitbestimmung

---

<sup>408</sup> *Spickhoff* S. 98 f.

<sup>409</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Einl. IPR Rn. 187.

<sup>410</sup> *Kahl* in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 10 EGV Rn. 53; *Streinz* in Streinz EUV/EGV Art. 10 EGV Rn. 8.

<sup>411</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 EGBGB Rn. 78; *ders.* a.a.O. Einl. IPR Rn. 187.

<sup>412</sup> *Streinz* in Streinz EGV/EUV Art. 2 EGV Rn. 8 f.

zwingt also auch Art. 2 EG nicht zu einer Abschwächung des *ordre public* gegenüber Mitgliedstaaten.

Ebenfalls zeigt Art. 16 EVÜ, wenngleich dieser lediglich für das Schuldrecht gilt<sup>413</sup>, dass der *ordre public*-Vorbehalt auch noch im Bereich zwischen Mitgliedstaaten besteht.<sup>414</sup>

*Martiny* folgend ist deshalb festzustellen, dass die Verbundenheit in einer Gemeinschaft und das Bestreben, sich gegenseitig keine Vorwürfe zu machen, noch „keinen Verzicht auf das traditionelle »Sicherheitsventil« des *ordre public*“ rechtfertigen kann.<sup>415</sup>

## VI. Ergebnis / Zweckmäßigkeit

Nach bisheriger Untersuchung lässt sich somit folgendes festhalten:

Die Unternehmensmitbestimmung ist auch nach heutigem Verständnis noch zu den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts zu zählen.

Eine Durchsetzung von Mitbestimmungsregeln gegenüber einem durch das allgemeine Kollisionsrecht zur Anwendung berufenen ausländischen Recht über den *ordre public* kommt grundsätzlich in Betracht.

Erforderlich ist für jeden einzelnen Zuzugsfall einer jeden in Betracht kommenden ausländischen Gesellschaftsform eine Einzelfallprüfung. Diese Prüfung wird immer – aber auch nur – dann zu einem eindeutigen Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts und damit einer Anwendbarkeit des *ordre public* führen, wenn das ausländische Recht überhaupt keine Mitbestimmungsregeln beinhaltet. In allen anderen Fällen, in denen das ausländische Recht Mitbestimmungsregeln kennt, auch wenn diese von den deutschen Regeln abweichen, ist eine konkrete Prüfung erforderlich, ob die Regeln des Grün-

---

<sup>413</sup> Danach kann die Anwendung einer Norm des vom EÜV umfassten Rechtsbereichs nur versagt werden, wenn diese Norm offensichtlich mit der Öffentlichen Ordnung des betroffenen Staates unvereinbar ist. Das EVÜ gilt dabei ausweislich Art. 1 Abs. 1 EVÜ nur für Sachverhalte, die vertragliche Schuldverhältnisse zum Inhalt haben und eine Verbindung zu mehreren Staaten aufweisen. Nicht anwendbar ist das EVÜ dagegen ausdrücklich gem. Art. 1 Abs. 2 e EVÜ im Gesellschaftsrecht.

<sup>414</sup> *Sandrock AG* 2004, 57, 62.

<sup>415</sup> *Martiny* in von Bar S. 229.

dungsrechts offensichtlich gegen die deutschen Mitbestimmungsregeln verstoßen. Ein solch offensichtlicher Verstoß kann nicht schon pauschal daraus geschlossen werden, dass die deutsche Unternehmensmitbestimmung eine singuläre Stellung einnimmt und somit alle anderen Mitbestimmungsregeln – jedenfalls geringfügig – abweichen.

### *Stellungnahme*

Betrachtet man dieses Ergebnis, erscheint es äußerst zweifelhaft, ob eine Durchsetzung angepasster deutscher Mitbestimmungsregeln über den *ordre public* in den hier untersuchten Fällen tatsächlich ein gangbarer, zweckmäßiger und Erfolg versprechender Weg ist.

Macht man sich nochmals klar, dass das Ziel einer Anpassung der Unternehmensmitbestimmung sein muss, für alle betroffenen Gesellschaften zu einem möglichst identischen Mitbestimmungsstandard zu gelangen, erscheint eine Durchsetzung über den *ordre public* nicht sinnvoll. So müsste für jede in Betracht kommende Gesellschaftsform aus jedem Mitgliedstaat der Gemeinschaft stets eine Einzelfallprüfung erfolgen. Zunächst müsste festgestellt werden, ob diese Gesellschaftsform überhaupt Mitbestimmungsregeln kennt. Sofern dies der Fall ist, müsste dann genau geprüft werden, ob diese Mitbestimmungsregeln soweit von der deutschen Regelung abweichen, dass von einem offensichtlichen Verstoß ausgegangen werden kann, oder ob die ausländischen Regelungen möglicherweise gerade noch so ausgestaltet sind, dass noch kein offensichtlichen Verstoß vorliegt. Wenn im Einzelfall dann festgestellt werden konnte, dass ein offensichtlicher Verstoß vorliegt und die ausländische Mitbestimmungsregelung nicht zur Anwendung kommen kann, ist weiterhin zu klären, wie die so entstandene Lücke dann auszufüllen wäre. Es wurde bereits aufgezeigt, dass auch in diesem Bereich mehrere Möglichkeiten bestehen, so dass auch hier von beträchtlicher Rechtsunsicherheit auszugehen wäre.

Folge einer solchen Behandlung wäre somit eine ganz erhebliche Rechtsunsicherheit für die große Zahl der Gesellschaftsformen, die nun grundsätzlich nach Deutschland zuziehen könnten. Schließlich bestünde erst nach höchstrichterlicher Klärung endgültige Gewissheit, ob eine ausländische Mitbestimmungsregel den deutschen Ansprüchen genügt oder nicht und welche Regelung letztlich bei

einem Verstoß zu gelten hat. Diese Klärung müsste bei jeder (erstmal) zuziehenden Gesellschaftsform neu erfolgen, was Jahre der Rechtsunsicherheit für zuziehende Auslandsgesellschaften bedeuten würde.

Weitere Folge wäre auch das Fehlen eines einheitlichen Mitbestimmungsstandards. Zum einen könnten in Deutschland Auslandsgesellschaften mit dem Mitbestimmungsstandard ihres Gründungsrechts existieren, sofern in diesen Regeln noch kein offensichtlicher Verstoß gegen Grundsätze des deutschen Rechts liegt. Zum anderen gäbe es in Deutschland Auslandsgesellschaften, für die, abweichend von ihrem Gründungsrecht, im Wege der Lückenfüllung angepasste Mitbestimmungsregeln gelten würden. Für manche dieser Auslandsgesellschaften würden im Zweifel auch voll die deutschen Mitbestimmungsregeln gelten. Diese Folgen würden in der zweiten Gruppe selbst dann eintreten, wenn die Mitbestimmungsregeln der betreffenden Auslandsgesellschaften möglicherweise nur minimal schwächer ausgestaltet sind, als die der ersten Gruppe, der Unterschied zur deutschen Regelung aber eben gerade die Schwelle der Offensichtlichkeit überschreitet. Wieder andere Gesellschaftsformen, deren Gründungsrecht keinerlei Mitbestimmungsregeln beinhaltet, würden automatisch in jedem Fall voll der deutschen Regelung unterliegen.

Eine solche Gemengelage kann nicht erstrebenswert sein und würde auch nicht dem Ziel einer möglichst einheitlichen Mitbestimmungslandschaft gerecht werden.

Die Durchsetzung von Mitbestimmungsregeln im Wege des *ordre public* ist deshalb abzulehnen.

Letztlich wäre solches Einzelfallvorgehen auch europarechtlich insbesondere wegen der bestehenden Rechtsunsicherheit äußerst bedenklich und wohl im Rahmen der Niederlassungsfreiheit nicht möglich.

Folglich ist ein Weg zu suchen, deutsche Mitbestimmungsregeln ohne aufwendige Einzelfallprüfungen möglichst gleichmäßig in den hier untersuchten Fällen anzuwenden.

## E. Eingriffsnormen und Sonderanknüpfungen im Internationalen Privatrecht

Soeben wurde festgestellt, dass eine Durchsetzung von Mitbestimmungsregeln über den *ordre public* unzweckmäßig ist, darum bleibt zu prüfen, welche weiteren nationalen Anknüpfungsmöglichkeiten für eine Durchsetzung bestehen.

Hier bietet sich aus dem Regelungsbereich des IPR eine Durchsetzung der Unternehmensmitbestimmung nach den Regeln der Eingriffsnormen an.

Als Eingriffsnormen werden Normen bezeichnet, die ohne Beachtung des nach dem allgemeinen Kollisionsrecht zur Anwendung berufenen Sachrechts zwingend internationale Geltung beanspruchen.<sup>416</sup> Dabei wird der Begriff „Eingriffsnorm“ für den erfassten Themenbereich nicht einheitlich verwandt, daneben werden in der Literatur u.a. auch folgende Bezeichnungen verwendet: „*lois d’application immédiate*“, „ordnungsrelevante Normen“, „international zwingende Normen“ etc.<sup>417</sup> In der folgenden Untersuchung wird für diesen Themenbereich nur die Bezeichnung „Eingriffsnorm“ verwandt.

Rechtsfolge des Vorliegens einer Eingriffsnorm ist, dass der von der Norm erfasste Regelungsbereich nicht dem allgemeinen Kollisionsrecht unterfällt.<sup>418</sup> Eingriffsnormen setzen sich bei internationalen Sachverhalten generell gegen das berufene Sachrecht durch.<sup>419</sup>

Um eine Norm als Eingriffsnorm zu einzuordnen, müssen zwei grundsätzliche Voraussetzungen erfüllt sein:

- die betreffende Norm darf national nicht dispositiv sein, d.h. sie muss national zwingendes Recht sein.<sup>420</sup> Dies allein ist jedoch noch nicht ausreichend, da der Charakter einer Norm als national zwingendes Recht noch nichts darüber aussagt, ob die Norm auch international zwingend ist.
- Folglich ist die zweite Voraussetzung, dass die betreffende Norm auch international unabhängig vom eigentlich anwendbaren Sachrecht Geltung bean-

<sup>416</sup> Pfeiffer in FS Geimer S. 821, 822.

<sup>417</sup> Vgl. Zeppenfeld S. 22.

<sup>418</sup> Zeppenfeld S. 22; Magnus in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 3.

<sup>419</sup> Martiny in von Bar S. 223.

<sup>420</sup> Magnus in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 10.

spricht, somit international zwingend ist.<sup>421</sup> Die Norm muss dementsprechend unabhängig vom nach allgemeinem Kollisionsrecht berufenen Recht den betreffenden Sachverhalt zwingend regeln wollen.<sup>422</sup>

Eingriffsnormen verdrängen somit das allgemeine Kollisionsrecht zugunsten ihrer eigenen unbedingten Anwendbarkeit. Um das allgemeine Kollisionsrecht durch die Anwendung von Eingriffsnormen nicht gänzlich obsolet zu machen, müssen solche Normen im System des Kollisionsrechts aber die Ausnahme sein.<sup>423</sup> Dies bedeutet, dass gerade nicht das gesamte national zwingende Recht auch immer automatisch international zwingendes Recht darstellen kann.<sup>424</sup>

Die Anwendung von Eingriffsnormen erfolgt im Wege einer Sonderanknüpfung.<sup>425</sup> Das deutsche Recht sieht bspw. für den Bereich des Schuldrechts in Art. 34 EGBGB ausdrücklich eine solche Sonderanknüpfung für zwingende Normen vor. Eine im deutschen Recht anerkannte<sup>426</sup> Eingriffsnorm ist bspw. die Bestimmung des § 130 Abs. 2 GWB.

## I. Voraussetzungen für Eingriffsnormen

### 1. Wirtschafts-, staats- und sozialpolitischer Zweck der Norm

Nachdem soeben festgestellt wurde, dass nicht das gesamte national zwingende Recht auch automatisch international zwingend im Sinne von Eingriffsnormen sein kann, ist zu klären, welche Anforderungen an Normen gestellt werden müssen, um annehmen zu können, dass es sich gerade um eine international zwingend anzuwendende Eingriffsnorm handelt. Die konkreten Voraussetzungen sind dabei umstritten.<sup>427</sup> Über folgende Anforderungen herrscht jedoch in der Literatur und Rechtsprechung weitgehend Einigkeit:

<sup>421</sup> *Magnus* in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 10, 11.

<sup>422</sup> *Martiny* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 7.

<sup>423</sup> *Magnus* in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 23.

<sup>424</sup> BAG IPRax 1991, 407, 410 f; *Magnus* in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 23.

<sup>425</sup> *Martiny* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 38.

<sup>426</sup> Vgl. BAG IPRax 1991, 407, 411.

<sup>427</sup> Vgl. bspw. *Baumert* S. 87 ff; *Magnus* in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 55 ff; *Martiny* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 10 ff.

Um eine Norm als Eingriffsnorm einordnen zu können, ist der Zweck der betreffenden Norm entscheidend.<sup>428</sup> Die Einordnung als Eingriffsnorm ist danach dann möglich, wenn sie hauptsächlich öffentlichen (staats- und wirtschaftspolitischen) Interessen bzw. dem Gemeinwohl, Kollektivbelangen oder dem Staatswohl dient.<sup>429</sup> Eingriffsnormen in diesem Sinn sind somit staatliche Vorschriften, die im öffentlichen Interesse auf private Rechtsverhältnisse einwirken.<sup>430</sup> Dabei ist nicht entscheidend, ob die entsprechende Norm dem Öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Ausschlaggebend ist lediglich das in der Norm verwirklichte überwiegende öffentliche Interesse.<sup>431</sup> Auch nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist bei der Einordnung einer Norm als Eingriffsnorm entscheidend, dass sich die Norm nicht im Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragsparteien erschöpft, sondern auch auf öffentliche Interessen gerichtet ist.<sup>432</sup> Im Gegensatz dazu scheidet eine entsprechende Einordnung aus, wenn die betreffende Norm überwiegend dem Ausgleich widerstreitender Parteiinteressen dient.<sup>433</sup>

## 2. Internationaler Geltungswille

Sofern für eine Norm ein entsprechendes besonderes öffentliches Interesse bejaht und sie dem national zwingenden Recht zugeordnet werden kann, ist dies zwar Voraussetzung für die Annahme einer Eingriffsnorm, sagt aber noch nichts über ihre international zwingende Anwendung aus.

Die Festlegung, ob einer Norm internationaler Geltungswille zukommt, obliegt dabei zunächst dem nationalen Gesetzgeber.<sup>434</sup> Für den Fall, dass der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich normiert hat, muss im Wege der Auslegung vorge-

---

<sup>428</sup> *Magnus* in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 53.

<sup>429</sup> *von Hoffmann* in Soergel Band 10 EGBGB Art. 34 Rn. 17; *Baumert* S. 90; *Franzen* RdA 2004, 257, 259; *Pfeiffer* in FS Geimer S. 821, 822; *Martiny* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 12; *Magnus* in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 56 f.

<sup>430</sup> *Schwimann* S. 110; *Baumert* S. 90.

<sup>431</sup> *Baumert* S. 99; *Martiny* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 11; *Schwimann* S. 16.

<sup>432</sup> Vgl. bspw. BAGE 63, 17, 31 f; BAGE 71, 297, 316 ff; BAG IPRax 1991, 407, 410 f.

<sup>433</sup> *Zeppenfeld* S. 28; *Pfeiffer* in FS Geimer S. 821, 822; *Martiny* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 12.

<sup>434</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Einl. Rn. 45; *Martiny* in von Bar S. 234.

gangen werden.<sup>435</sup> Der internationale Geltungswille ist dann nach dem Zweck der Norm zu ermitteln, d.h. es ist zu fragen, ob von der Norm auch Sachverhalte mit Auslandsbezug erfasst werden sollen.<sup>436</sup>

### 3. Inlandsbezug

Neben dem besonderen öffentlichen Interesse und dem internationalen Geltungswillen einer Norm wird weiterhin verlangt, dass der von der Norm erfasste Regelungsbereich eine hinreichende Inlandsbeziehung aufweist.<sup>437</sup> Diese Anforderung ist auch sachlich gerechtfertigt, da nationale Eingriffsnormen nationale öffentliche Interessen im Inland durchsetzen wollen. Für Sachverhalte, die keinen hinreichenden Inlandsbezug aufweisen, fehlt ihnen die Legitimation.<sup>438</sup> Ohne das Erfordernis des hinreichenden Inlandsbezugs würden die nationalen Eingriffsnormen weltweite Geltung beanspruchen.<sup>439</sup>

Dieses Erfordernis wird bspw. in § 130 Abs. 2 GWB dadurch gewährleistet, dass das Gesetz (GWB) auf alle Handlungen anwendbar ist, die sich in seinem Geltungsbereich auswirken, unabhängig davon, ob sie auch im Geltungsbereich vorgenommen wurden.

### 4. Abgrenzung vom *ordre public*

Die unmittelbare internationale Anwendbarkeit einer Norm als Eingriffsnorm ist von der Durchsetzung nationaler Rechtsvorstellungen im Wege des *ordre public* abzugrenzen.

Unter D. IV. 2. wurde festgestellt, dass dem *ordre public* keine positive Funktion in dem Sinn beigemessen werden kann, dass durch ihn nationale Normen unmittelbar auf internationale Sachverhalte anzuwenden sind, der (positive) *ordre*

---

<sup>435</sup> Pfeiffer in FS Geimer S. 821, 822; Magnus in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 52; Martiny in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 92.

<sup>436</sup> Schwimann S.16; Martiny in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 8; so auch das BAG IPrax 1991, 407, 411 wonach nur Normen international zwingend anwendbar sind, die „entweder ausdrücklich oder nach ihrem Sinn und Zweck ohne Rücksicht auf das nach den deutschen Kollisionsnormen anwendbare Recht gelten wollen“.

<sup>437</sup> Martiny in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 100 ff; Magnus in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 72 ff.

<sup>438</sup> Magnus in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 78.

<sup>439</sup> Pfeiffer in FS Geimer S. 821, 833.

public kommt somit nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Durchsetzung von Eingriffsnormen in Betracht.<sup>440</sup>

Schon die Systematik und die Zielrichtung der Anwendung der Institute „ordre public“ und „Eingriffsnormen“ sind ganz unterschiedlich:<sup>441</sup> bei der Anwendung von Eingriffsnormen wird von vorneherein auf nationales Recht verwiesen, eine Prüfung der Rechtslage nach ausländischem Recht findet überhaupt nicht statt, die Eingriffsnorm ist ihr eigener Anknüpfungsgegenstand.<sup>442</sup> Dagegen wird im Rahmen des ordre public zunächst das berufene ausländische Recht angewandt und erst im Nachhinein beurteilt, ob dies zu einem untragbaren Ergebnis führt.<sup>443</sup> Eine Einzelfallprüfung, wie dies beim ordre public der Fall ist, findet bei der Anwendung von Eingriffsnormen gerade nicht statt.<sup>444</sup> Der ordre public-Vorbehalt und die Thematik der Eingriffsnormen sind somit Rechtsinstitute, die unabhängig nebeneinander bestehen.<sup>445</sup>

Eingriffsnormen sind somit Spezialnormen des Sachrechts mit immanenten Kollisionsregelungen, d.h. sie bestimmen ihren räumlichen Anwendungsbereich unabhängig vom allgemeinen Kollisionsrecht selbst.<sup>446</sup> Ein Rückgriff auf den ordre public ist mangels positiver Funktion desselben weder möglich noch nötig, Eingriffsnormen verdrängen das allgemeine Kollisionsrecht, und damit auch den ordre public-Vorbehalt, zugunsten ihrer eigenen Anwendbarkeit.<sup>447</sup>

In Abgrenzung zum ordre public ist es bei einer Eingriffsnorm, sofern alle Voraussetzungen für eine Einordnung in diese Kategorie erfüllt sind, auch nicht erforderlich, dass sie wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung schützt.<sup>448</sup>

---

<sup>440</sup> Vgl. *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 Rn. 9.

<sup>441</sup> *Magnus* in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 40.

<sup>442</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 Rn. 9.

<sup>443</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 6 Rn. 9.

<sup>444</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 Rn. 27.

<sup>445</sup> *Magnus* in Staudinger IPR Art. 34 Rn. 40.

<sup>446</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 Rn. 24.

<sup>447</sup> *Blumenwitz* in Staudinger IPR Art. 6 Rn. 24, 27.

<sup>448</sup> *Martiny* in von Bar S. 227; *ders.* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 96.

## 5. Zusammenfassung<sup>449</sup>

Eine Norm kann somit dann als international zwingend anwendbare Eingriffsnorm angesehen werden, wenn sie nach Sinn und Zweck (möglicherweise neben Parteiinteressen) eindeutig wirtschafts-, staats- und sozialpolitische Zwecke verfolgt. Die betreffende Norm muss eine Ordnungsrelevanz besitzen, die sich nicht ausdrücklich im gerechten Ausgleich von Privatinteressen erschöpft. Dabei muss die Norm nicht zwingend dem Öffentlichen Recht zuzuordnen sein. Solche Normen, die zumindest auch öffentliche Interessen schützen, zeichnen sich dadurch aus, dass sie durch die regulären Kollisionsregeln nicht sachgerecht angewandt werden können. Ihrem Zweck entsprechend sind diese Normen nach Bestimmung ihres eigenen räumlichen Anwendungsbereichs anzuwenden.

Kollisionsrechtliche Konsequenz der Einordnung einer Norm als Eingriffsnorm ist, dass sich das öffentliche Interesse an der Geltung der Norm gegenüber den Regelungen des allgemeinen Kollisionsrechts durchsetzt.<sup>450</sup> Eingriffsnormen sind folglich gesondert anzuknüpfen.<sup>451</sup>

## II. Unternehmensmitbestimmung als Eingriffsnorm

Um eine Anwendung von Regeln zur Unternehmensmitbestimmung als Eingriffsnormen im Wege der Sonderanknüpfung auf zuziehende Auslandsgesellschaften zu ermöglichen, ist es erforderlich, dass entsprechende deutsche Mitbestimmungsregeln als Eingriffsnormen eingeordnet werden können.

### 1. Status quo

Vorab ist dabei festzustellen, dass die aktuellen Regelungen des MitbestG nicht als Eingriffsnormen eingeordnet werden können. Entsprechend der zuvor herausgearbeiteten Voraussetzungen ist grundsätzlich erforderlich, dass einer Eingriffsnorm internationaler Geltungswille zukommt. Dieser muss entweder ausdrücklich in der Norm festgeschrieben sein oder sich zumindest durch Auslegung ermitteln lassen. Dies könnte für das MitbestG nur dann der Fall sein,

---

<sup>449</sup> Folgendes nach *Baumert* S. 99 f.

<sup>450</sup> *Schwimann* S. 110.

<sup>451</sup> *Baumert* S. 91; *Schwimann* S. 110.

wenn – ausdrücklich oder konkludent – auch Auslandsgesellschaften vom Regelungsbereich erfasst sind.

Bereits zu Anfang<sup>452</sup> wurde allerdings festgestellt, dass vom MitbestG in seiner aktueller Ausgestaltung gemäß der Regelung in § 1 MitbestG lediglich die dort genanntendeutschen Gesellschaftsformen erfasst werden. Eine Erstreckung auf – entsprechende – Auslandsgesellschaften ist weder normiert worden, noch kann sie durch Auslegung angenommen werden, dem steht der ausdrückliche Wortlaut entgegen. Eine Einordnung der Unternehmensmitbestimmung in ihrer jetzigen Form als Eingriffsnorm scheidet somit bereits am Erfordernis des internationalen Geltungswillens.<sup>453</sup>

## **2. Unternehmensmitbestimmung als Eingriffsnorm - Handlungsmöglichkeiten de lege ferenda**

Dass sich die aktuellen Regeln der Unternehmensmitbestimmung nicht auf internationale Sachverhalte anwenden lassen, wurde soeben nochmals festgestellt. Ebenfalls ist unter C. IV. 3. bereits herausgearbeitet worden, dass sich die Unternehmensmitbestimmung für einen Bestand in der Zukunft verändern muss. Ziel der Untersuchung muss deshalb die Klärung der Frage sein, ob für eine veränderte Form der Unternehmensmitbestimmung eine Formulierung als Eingriffsnorm möglich ist und somit unabhängig vom ordre public eine unbedingte internationale Anwendung gewährleistet werden kann. Insoweit ist der deutsche Gesetzgeber nicht an den Bestand des MitbestG in seiner jetzigen Form gebunden,<sup>454</sup> de lege ferenda ist eine Fassung der Unternehmensmitbestimmung als Eingriffsnorm möglich, dies soll im Folgenden aufgezeigt werden.

### **a. Wirtschafts-, staats- und sozialpolitischer Zweck der Unternehmensmitbestimmung**

Zunächst ist erforderlich, dass den Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung generell, d.h. unabhängig von ihrer aktuellen Ausformung, ein eindeutig wirtschafts-, staats- und sozialpolitischer Zweck beigemessen werden kann. Der

---

<sup>452</sup> Siehe C. I. 1.

<sup>453</sup> A.A. aber wohl *Schwimann* S. 90, allerdings ohne weitere Aussage, wie dies entgegen des Wortlauts angenommen werden kann.

<sup>454</sup> *Thüsing* ZIP 2004, 381, 382; *Kindler* NJW 2003, 1073, 1079.

Grundgehalt der Unternehmensmitbestimmung muss folglich Ordnungsrelevanz haben und somit dem Schutz öffentlicher Interessen dienen. Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung müssen dem national zwingenden Recht zugeordnet werden können.

Entsprechend der Ausführungen im Abschnitt zur Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung<sup>455</sup> kommt dem Grundprinzip der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland ein öffentliches Interesse in diesem Sinn zu. Sie dient nicht ausschließlich oder überwiegend dem Ausgleich von Parteiinteressen oder reinen Gruppeninteressen, sondern soll ein gesamtpolitisches Konzept umsetzen. Die Unternehmensmitbestimmung umfasst gerade sozial-, wirtschafts- und gesellschaftspolitische Ziele.<sup>456</sup> Die durch die institutionelle Mitbestimmung angestrebte Kooperation und Integration hat allgemeine gesellschaftspolitische Bedeutung. Sie dient über die Interessen der unmittelbar Betroffenen hinaus dem Wohl der Allgemeinheit und hat somit besonderes gesellschaftspolitisches Gewicht. Sie verfolgt eine gesamtwirtschaftliche Zielsetzung und bildet eine entscheidende Grundlage des Systems sozialer Beziehungen in Deutschland.

Wie bereits unter D. III. 2. d. festgestellt wurde, verwirklicht die Unternehmensmitbestimmung ihrem Grundsatz nach auch heute noch ein wesentliches Prinzip der rechtsethischen, sittlichen, wirtschaftlichen und politischen Ordnung und bringt somit ein unverzichtbares Grundprinzip der deutschen Rechtsordnung zum Ausdruck.

Die Unternehmensmitbestimmung zählt demnach auch zum national zwingenden Recht.<sup>457</sup>

Es kann folglich kein Zweifel daran bestehen, dass nach dem Grundprinzip der Unternehmensmitbestimmung diese de lege ferenda als Eingriffsnorm formuliert werden könnte.

---

<sup>455</sup> Siehe zur folgenden Einordnung D. III. 2. c. und dort insbesondere unter D. III. 2. c. bb.

<sup>456</sup> So auch *Franzen* RdA 2004, 257, 259.

<sup>457</sup> *Raiser* MitbestG § 1 Rn. 49; *Seibt* in Henssler/Willemsen/Kalb § 1 MitbestG Rn. 19; *Gach* in MüKo AktG Band 3 § 1 MitbestG Rn. 39; *Ebenroth/Sura* RabelsZ 43 (1979), 315, 319.

## **b. Internationaler Geltungswille**

Um eine Einordnung von Mitbestimmungsregeln als Eingriffsnorm zu ermöglichen, muss den Normen auch ein internationaler Geltungswille zukommen. Einer Norm den internationalen Anwendungsbereich zu eröffnen, ist zunächst Aufgabe des nationalen Gesetzgebers.<sup>458</sup> Soweit dies nicht ausdrücklich festgeschrieben wird, kommt, wie bereits erörtert, eine Bestimmung des Anwendungsbereichs auch durch Auslegung in Betracht. Bei einer Anpassung der Regeln der Unternehmensmitbestimmung *de lege ferenda* sollte der internationale Geltungswille für zuziehende Auslandsgesellschaften gleich ausdrücklich normiert werden, um möglichen Auslegungsschwierigkeiten vorzubeugen.

## **c. Inlandsbezug**

Für eine internationale Durchsetzbarkeit von Mitbestimmungsregeln in Form von Eingriffsnormen ist weiterhin erforderlich, dass der vom Anwendungsbereich erfasste Regelungsbereich einen hinreichenden Inlandsbezug aufweist.

Allgemein wird es im Rahmen von Eingriffsnormen bzgl. des Inlandsbezugs für Gesellschaften als ausreichend angesehen, wenn diese ihren tatsächlichen Verwaltungssitz im Inland haben.<sup>459</sup> Dies ist im hier untersuchten Fall des Zuzugs von Auslandsgesellschaften durch Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland gerade gegeben, ein hinreichend enger Inlandsbezug liegt in diesen Fällen vor.

## **III. Schlussfolgerung und Formulierungsvorschlag**

Die Unternehmensmitbestimmung kann nach ihrem Grundgehalt als Eingriffsnorm umformuliert werden, so dass sie grundsätzlich im Wege einer Sonderanknüpfung auf zuziehende Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland angewendet werden kann. Eine entsprechend umformulierte Unternehmensmitbestimmung setzt sich gegen das allgemeine Kollisionsrecht durch und führt zu einer zwingenden Anwendung der Regelung.

---

<sup>458</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB Band 10 IPR Einl. Rn. 45; *Martiny* in von Bar S. 234.

<sup>459</sup> *Martiny* in MüKo BGB Band 10 IPR Art. 34 Rn. 106; *Franzen* RdA 2004, 257, 259.

Ein derartiges Vorgehen ist folglich ein gangbarer und auch zweckmäßiger Weg, um die hier untersuchten Fälle zu erfassen. Dies bietet gegenüber einer Anwendung des *ordre public* den Vorteil, dass eine Einzelfallprüfung nicht erforderlich ist. Eine entsprechende Umsetzung vermeidet Rechtsunsicherheiten, da für zuziehende Auslandsgesellschaften aufgrund der zwingenden Anwendung der Unternehmensmitbestimmung bereits im Zeitpunkt des Zuzugs Klarheit besteht, welchen Regelungen sie unterliegen.

Gemäß obiger Ausführungen könnte eine Regelung der Unternehmensmitbestimmung hinsichtlich ihrer dann festzuschreibenden zwingenden internationalen Anwendbarkeit – orientiert am jetzigen § 1 MitbestG – folgendermaßen aussehen:<sup>460</sup>

## § 1 Erfasste Unternehmen

(1) In Unternehmen, die

1. in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft *in deutscher Rechtsform oder in einer den deutschen Rechtsformen entsprechenden ausländischen Rechtsform*<sup>461</sup> mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland, betrieben werden und
2. ...

---

<sup>460</sup> Ähnlich bereits *Zimmer IntGesR S. 165 f.*

<sup>461</sup> Alternativ kommt auch in Betracht, in einem Anhang die erfassten inländischen und ausländischen Rechtsformen aufzunehmen und an dieser Stelle nur auf den Anhang zu verweisen. Ebenso könnte eine abstrakte Umschreibung der wesentlichen Merkmale einer Kapitalgesellschaft vorgenommen werden, vgl. dazu *Zimmer IntGesR S. 165* unter Verweis auf Art. 3 Abs. 1 lit. c der EG-Gesellschaftssteuerrihtlinie vom 17.07.1969 (ABIEG Nr. L 249 vom 03.10.1969, S. 25 ff). Eine abstrakte Definition könnte aber aus deutscher Sicht eine Veränderung des Anwendungsbereichs zur Folge haben, da weitere oder weniger deutsche Gesellschaftsformen von einer abstrakten Definition erfasst sein könnten, als bisher vom MitbestG erfasst sind.

haben die Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht nach Maßgabe dieses Gesetzes.

...

Auf die weiteren Anforderungen an eine angepasste Unternehmensmitbestimmung ist allein für die Veränderung des Anwendungsbereichs noch nicht einzugehen. Hier sollte zunächst nur die Umsetzungsmöglichkeit hin zu einer Eingriffsnorm dargestellt werden. Weiterer inhaltlicher Änderungsbedarf ergibt sich erst aus dem Erfordernis der europarechtskonformen Umsetzung, dies wird im Anschluss erörtert.

## **F. Anforderungen der europäischen Niederlassungsfreiheit, Art. 43 EG, für Modelle der Unternehmensmitbestimmung als Eingriffsnorm**

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass der Unternehmensmitbestimmung ihrem Grundsatz nach in Deutschland eine besondere Bedeutung zukommt. Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung zählen folglich auch zum national zwingenden Recht. Außerdem ist die Unternehmensmitbestimmung dem *ordre public* aus Art. 6 EGBGB zuzuordnen. Eine Anwendung der Unternehmensmitbestimmung in ihrer jetzigen Form auf zuziehende Auslandsgesellschaften über den *ordre public* kommt zwar grundsätzlich in Betracht, ist letztlich aber insbesondere aus Rechtssicherheitserwägungen abzulehnen. Eine Anwendung auf die untersuchten Fälle kommt allerdings über die Rechtsfigur der Eingriffsnormen in Betracht. Die jetzige Fassung der Unternehmensmitbestimmung kann dabei nicht als Eingriffsnorm angesehen werden. Eine Anwendung auf diesem Weg ist folglich nur nach einer Umformulierung der bisherigen Regeln als Eingriffsnormen möglich.

Soweit die Anwendung von Regeln zur Unternehmensmitbestimmung durch eine Umformulierung hin zu Eingriffsnormen ermöglicht wird, ist stets zu überprüfen, ob die konkreten Regelungen nicht gegen europarechtliche Vorschriften verstoßen. Im hier untersuchten Fall bildet die europäische Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EG die bedeutendste Schranke für die Anwendung nationaler Mitbestimmungsformen auf zuziehende Auslandsgesellschaften. Der EuGH hat in den Entscheidungen *Überseering* und *Inspire Art* festgestellt, dass grundsätzlich alle nationalen Vorschriften/Regelungen des Zuzugsstaates für Auslandsgesellschaften die Niederlassungsfreiheit (unzulässig) beschränken können. In der weiteren Untersuchung ist folglich zu prüfen, welche Möglichkeiten bestehen, Regelungen der Unternehmensmitbestimmung auch europarechtskonform auf zuziehende Auslandsgesellschaften anzuwenden.

Vorab ist auch hier nochmals klarzustellen, dass im Folgenden nicht untersucht wird, ob die Unternehmensmitbestimmung in ihrer bestehenden Form (MitbestG) im Sinne einer Eingriffsnorm (was ja gerade nicht der Fall ist, vgl. E. II. 1. ) europarechtskonform auf zuziehende Auslandsgesellschaften angewandt

werden kann. Die Untersuchung konzentriert sich zunächst ausschließlich darauf, festzustellen, welche Vorgaben von Seiten des Europarechts für eine Anwendung einer Unternehmensmitbestimmung auf entsprechende Gesellschaften, losgelöst von einem konkreten Modell, bestehen, bzw. welche Grenzen das Europarecht vorgibt. Erst im Anschluss, nachdem die konkreten Vorgaben des Europarechts herausgearbeitet wurden, werden einzelne Modelle auf ihre europarechtliche Umsetzbarkeit überprüft.

## I. Inhalt der Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EG beinhaltet ein wesentliches Grundprinzip des EG-Vertrages,<sup>462</sup> sie gewährleistet eine der vier Grundfreiheiten und sichert somit die Entscheidung der europäischen Wirtschaftsverfassung für eine Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft<sup>463</sup>. Sie umfasst die Aufnahme und Ausübung von selbständigen Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen.<sup>464</sup> Art. 43 EG eröffnet die freie Beweglichkeit von Selbständigen und Gesellschaften in der Gemeinschaft und ermöglicht folglich, den wirtschaftlich attraktivsten Standort für eine Tätigkeit zu wählen.<sup>465</sup> Für die Mitgliedstaaten führt die Niederlassungsfreiheit damit zu einem Wettbewerb um die attraktivsten Standorte.<sup>466</sup> Die Niederlassungsfreiheit ist unmittelbar geltendes Recht.<sup>467</sup>

### 1. Schutzbereich

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst neben **natürlichen Personen** durch die Erweiterung in Art. 48 EG auch **Gesellschaften**. Hinsichtlich der erfassten Gesellschaftsformen ist der Wortlaut des Art. 48 EG missverständlich, da nicht ganz deutlich wird, ob alle Gesellschaftsformen oder lediglich juristische Personen erfasst sein sollen. Inzwischen ist aber anerkannt, dass nicht nur juristische Personen von der Niederlassungsfreiheit profitieren, sondern alle

<sup>462</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 4.

<sup>463</sup> *Schlag* in Schwarze EU Art. 43 Rn. 1, 5; *Armin* Jura 2003, 160.

<sup>464</sup> *Oppermann* Europarecht Rn. 1591; *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 1929.

<sup>465</sup> *Oppermann* Europarecht Rn. 1584; *Armin* Jura 2003, 160.

<sup>466</sup> *Armin* Jura 2003, 160.

<sup>467</sup> *Jarass* in FS Lerche S. 443, 457; *Schlag* in Schwarze EU Art. 43 Rn. 4; *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 67; *Armin* Jura 2003, 160.

Personenvereinigungen, die soweit verselbständigt sind, dass sie eigenständig im Rechtsverkehr auftreten können.<sup>468</sup> Gemäß Art. 48 Abs. 2 EG sind lediglich Gesellschaften ohne Erwerbszweck vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Nach Art. 48 EG muss die Gesellschaft nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet worden sein, d.h. es müssen die einschlägigen Gründungsvorschriften des jeweiligen Gründungsstaates eingehalten worden sein.<sup>469</sup> Weitere Voraussetzung für eine Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit ist gemäß Art. 48 Abs. 1 EG, dass die betreffende Gesellschaft alternativ<sup>470</sup> entweder ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft hat.<sup>471</sup> Besondere inhaltliche Regelungen trifft Art. 48 EG dabei nicht, es handelt sich lediglich um eine Verweisungsnorm.<sup>472</sup> Im Rahmen dieser Untersuchung werden aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit im Folgenden lediglich Kapitalgesellschaften, d.h. juristische Personen mit Erwerbszweck, behandelt, da sie nach bisherigem Verständnis der Unternehmensmitbestimmung deren Hauptanwendungsfall bilden, insbesondere hinsichtlich der Tatsache, dass die Rechtsformen hauptsächlich für unternehmerische Tätigkeiten mit einer Arbeitnehmerzahl von (nach jetzigem Verständnis) mitbestimmungsrelevantem Umfang gewählt werden.

Die Niederlassungsfreiheit gewährt die Möglichkeit, am Wirtschaftsleben eines vom Herkunftsstaat unterschiedlichen Mitgliedstaats durch Integration in dessen Wirtschaftsordnung mit einer gewissen Dauerhaftigkeit teilzunehmen.<sup>473</sup> Wesentliches Tatbestandsmerkmal ist die „**Niederlassung**“. Dieser Begriff wird im Vertrag nicht weiter definiert, es wird lediglich der Gewährleistungsinhalt der Niederlassungsfreiheit umschrieben.<sup>474</sup> In der Rechtsprechung und der Literatur ist für den Begriff „Niederlassung“ jedoch eine Definition entwickelt worden: danach ist eine Niederlassung „eine feste Einrichtung, die bei Eingliederung in

---

<sup>468</sup> Geiger EUV/EGV Art. 48 Rn. 2; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf EU Art. 48 EGV Rn. 7; Schnichels S. 53; Schlag in Schwarze EU Art. 48 Rn. 2 f.

<sup>469</sup> Schnichels S. 55; Frenz Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2038.

<sup>470</sup> Frenz Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2039; Schnichels S. 55.

<sup>471</sup> Satzungssitz ist dabei der in der Gesellschaftssatzung angegebene Sitz, Hauptverwaltung der Ort, an dem die Willensbildung und eigentliche Unternehmensleitung erfolgt, Hauptniederlassung der tatsächliche Geschäftsschwerpunkt, vgl. Schnichels S. 55; Geiger EUV/EGV Art. 48 Rn. 7 f.

<sup>472</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf EU Art. 48 EGV Rn. 24 ff.

<sup>473</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 24.

<sup>474</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 13.

die nationale Volkswirtschaft der tatsächlichen Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu dienen bestimmt ist“<sup>475</sup>. Der Begriff erfordert damit eine gewisse Dauerhaftigkeit und eine feste Einrichtung, dies dient insbesondere auch der Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit.<sup>476</sup> Eine Niederlassung ist damit ein auf einen längeren Zeitraum angelegter Vorgang durch Eingliederung in einen anderen Wirtschaftsraum durch stetige und dauerhafte Teilnahme am dortigen Wirtschaftsleben.<sup>477</sup> Die Anwendung der Niederlassungsfreiheit erfordert nach dem ausdrücklichen Wortlaut stets einen grenzüberschreitenden Sachverhalt zwischen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft. Für den hier untersuchten Fall der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes, sind die vorgenannten Erfordernisse einer „Niederlassung“ gewahrt, da die Untersuchung Konstellationen behandelt, in denen eine ausländische Rechtsform für eine wirtschaftliche Betätigung gewählt wird. In diesen Fällen liegt stets eine feste Einrichtung vor und auch eine Integration in die nationale Volkswirtschaft ist gewährleistet, ebenso kann beim Betrieb eines Unternehmens grundsätzlich von einer Dauerhaftigkeit ausgegangen werden.

Durch Art. 43 EG wird zum einen die primäre Niederlassungsfreiheit und zum anderen auch die sekundäre Niederlassungsfreiheit gewährt. Die **primäre Niederlassungsfreiheit** (Art. 43 Abs. 1 S. 1 EG) umfasst die Fälle der Niederlassung durch gänzliche Neuaufnahme einer Tätigkeit und auch Fälle der Übersiedelung einer Hauptniederlassung, d.h. wenn im Herkunftsland keine bzw. nur noch abhängige Standorte verbleiben.<sup>478</sup> Ein Fall der **sekundären Niederlassungsfreiheit** (Art. 43 Abs. 1 S. 2 EG) liegt dagegen vor, wenn die in einem Mitgliedstaat bestehende Hauptniederlassung bestehen bleibt und in einem anderen Mitgliedstaat nur wirtschaftlich oder rechtlich abhängige Standorte installiert werden.<sup>479</sup> Art. 43 Abs. 1 S. 2 EG zählt zu den sekundären Niederlas-

---

<sup>475</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 13 mwNw dort; vgl. auch *Böhmer* in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 10 ff und *Schlag* in Schwarze EU Art. 43 Rn. 15 ff.

<sup>476</sup> *Jarass* in FS Lerche S. 443, 448; *Schlag* in Schwarze EU Art. 43 Rn. 2; *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 24 ff.

<sup>477</sup> *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 11.

<sup>478</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 1933; *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 32; *Armin* Jura 2003, 160, 163.

<sup>479</sup> *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 33; *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 1933.

sungsformen Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften. Entsprechend dieser Abgrenzung liegt ein Fall der primären Niederlassungsfreiheit bspw. in folgenden Fällen vor: wenn ein Unternehmen insgesamt von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlegt wird oder wenn das Unternehmen zwar auch in seinem Ursprungsland ansässig bleibt, aber das Entscheidungszentrum in einen anderen Mitgliedstaat verlegt.<sup>480</sup> Für den Fortgang der Untersuchung bedeutet dies, dass Gegenstand nur die primäre Niederlassungsfreiheit ist, da Fallgestaltungen beurteilt werden, in denen das Entscheidungszentrum (der tatsächliche Verwaltungssitz) eines nach ausländischem Recht gegründeten Unternehmens in Deutschland liegt, unabhängig davon, ob dies bereits bei Gründung der Fall war, oder ob dies erst später durch Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes eingetreten ist. Die sekundäre Niederlassungsfreiheit spielt in der weiteren Untersuchung keine Rolle.

## 2. Gewährleistungsinhalt

Gemäß Art. 43 Abs. 1 S. 1 EG sind alle Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit verboten. Der Begriff der „Beschränkungen“ wird vom EuGH dahingehend definiert, dass dies auf alle Maßnahmen zutrifft, die die Niederlassungsfreiheit „unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen“<sup>481</sup>. Das Verbot der Beschränkung kann dahingehend unterteilt werden, dass zum einen Diskriminierungen, und zum anderen auch allgemeine Behinderungen verboten sind.<sup>482</sup>

### a. Diskriminierung

Das Verbot von Diskriminierungen folgt unmittelbar aus dem Gebot der Inländergleichbehandlung in Art. 43 Abs. 2 a.E. EG.<sup>483</sup> Die Niederlassungsfreiheit verbietet sämtliche Diskriminierungen, direkte und indirekte, der Berechtigten aufgrund der Staatsangehörigkeit.<sup>484</sup> Eine Diskriminierung liegt dabei vor,

<sup>480</sup> *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 47 ff.

<sup>481</sup> Vgl. bspw. EuGH Rs. C-439/99 (*Kommission/Italien*) Slg. 2002, I-305, 364, Rz. 22.

<sup>482</sup> *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 39.

<sup>483</sup> *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 41; *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 43 ff.

<sup>484</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 66; dabei wird in der Literatur die Terminologie nicht einheitlich verwandt, teilweise werden auch Begriffe wie „of-

„wenn vergleichbare Sachverhalte rechtlich unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte rechtlich gleich behandelt werden, ohne dass für die Gleich- bzw. Ungleichbehandlung ein objektiver Rechtfertigungsgrund besteht.“<sup>485</sup> Erforderlich ist eine Vergleichsbetrachtung zwischen einem grenzüberschreitenden und einem reinen Binnensachverhalt.<sup>486</sup> Auch muss die unterschiedliche Behandlung eine Schlechterbehandlung darstellen, da reine Andersbehandlungen ohne Benachteiligung keine Diskriminierung darstellen.<sup>487</sup> Eine Diskriminierung liegt folglich bei einer bloßen nichtbelastenden Andersbehandlung und auch bei Ungleichbehandlungen aufgrund objektiv unterschiedlicher Sachlage nicht vor.<sup>488</sup> Hinsichtlich des Diskriminierungsverbots ist Art. 43 EG *lex specialis* zum allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EG.<sup>489</sup>

Verbotene **direkte Diskriminierungen** liegen vor, wenn in einer Norm die Staatsangehörigkeit Unterscheidungsmerkmal ist, d.h. wenn eine unterschiedliche Behandlung ausdrücklich aufgrund der Staatsangehörigkeit erfolgt.<sup>490</sup> Für Gesellschaften ist statt der Staatsangehörigkeit an ihren Sitz anzuknüpfen,<sup>491</sup> d.h. für eine direkte Diskriminierung ist bei Gesellschaften anstelle der Staatsangehörigkeit auf die Tatsache der Gründung in einem anderen Mitgliedstaat abzu-

---

fene“, „verdeckte“ und „mittelbare“ etc. Diskriminierung verwandt, vgl. *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 441.

<sup>485</sup> *Böhmer* in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 18, vgl. auch *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 42.

<sup>486</sup> *Böhmer* in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 19; *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 42.

<sup>487</sup> *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 42, 53; *Plötscher* S. 49; zu Art. 12 EG *Geiger* EUV/EGV Art 12 EGV Rn. 7; *Jarass* in FS Lerche S. 443, 452; *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 69.

<sup>488</sup> *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 53.

<sup>489</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 1853; *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 111; *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 70, 115; *Schlag* in Schwarze EU Art. 43 Rn. 3, 33.

<sup>490</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 442 f; *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 44; *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 74; *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 71.

<sup>491</sup> *Schlag* in Schwarze EU Art. 43 Rn. 31; *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 71; nach der Rechtsprechung des EuGH dient bei Gesellschaften der Satzungssitz, die Hauptniederlassung bzw. die Hauptverwaltung wie bei den natürlichen Personen die Staatsangehörigkeit der Bestimmung der Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaats, vgl. EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*) Slg. 1999, I-1459 ff, Rz. 20.

stellen<sup>492</sup>. Eine **indirekte Diskriminierung** liegt dagegen vor, wenn die unterschiedliche Behandlung nicht unmittelbar an die Staatsangehörigkeit/den Sitz anknüpft, sondern in den Begleitumständen der Niederlassung erfolgt, d.h. den Ausländer/die ausländische Gesellschaft faktisch schlechter stellt als Inländer/inländische Gesellschaften<sup>493</sup>. Für Gesellschaften bedeutet dies, dass bei der Errichtung einer Haupt- oder Zweigniederlassung in einem anderen Staat keine schlechtere Behandlung erfolgen darf, als dies für einen Inländer in vergleichbarer Situation der Fall wäre.<sup>494</sup>

## b. Behinderung

Neben Diskriminierungen verbietet Art. 43 EG nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich auch alle anderen Behinderungen der Niederlassungsfreiheit. Für diese Feststellung ist davon auszugehen, dass die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 Abs. 2 a.E. EG vorrangig das **Gebot der Inländergleichbehandlung** beinhaltet, d.h. zunächst war nicht anerkannt, dass die Niederlassungsfreiheit neben dem Diskriminierungsverbot auch ein allgemeines Behinderungsverbot enthält.<sup>495</sup> Erst in den letzten Jahren hat sich die Ansicht in der Rechtsprechung des EuGH verfestigt und es ist inzwischen allgemein anerkannt, dass die Niederlassungsfreiheit neben dem Diskriminierungsverbot auch ein allgemeines Behinderungsverbot enthält.<sup>496</sup> Die Entwicklung<sup>497</sup> der Niederlassungsfreiheit von einem reinen Diskriminierungsverbot hin auch zu einem allgemeinen Behinderungsverbot nahm einen längeren Weg in der Rechtsprechung des EuGH, beginnend mit der Entscheidung *Klopp*<sup>498</sup>, über die Entscheidungen *Vlassopoulou*<sup>499</sup> und *Kraus*<sup>500</sup>, hin zur Ent-

<sup>492</sup> Müller-Graff in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 41.

<sup>493</sup> Böhmer in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 19; Frenz Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 444; Müller-Graff in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 48; Armin Jura 2003, 160, 163; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 73 ff.

<sup>494</sup> Schlag in Schwarze EU Art. 43 Rn. 33.

<sup>495</sup> Böhmer in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 20 f.

<sup>496</sup> Frenz Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 434; Schlag in Schwarze EU Art. 43 Rn. 3, 45; Oppermann Europarecht Rn. 1588; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 83; Everling in GS Knobbe-Keuk S. 607, 608 ff; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 87.

<sup>497</sup> Vgl. dazu Böhmer in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 21 ff; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf EU Art. 34 EGV Rn. 84 ff.

<sup>498</sup> EuGH Rs. 107/83 (*Klopp*) Slg. 1984, 2971 ff.

<sup>499</sup> EuGH Rs. C-340/89 (*Vlassopoulo*) Slg. 1991, I-2357 ff.

scheidung in der Sache *Gebhard*<sup>501</sup>. Im letztgenannten Verfahren hat der EuGH deutlich entschieden, dass auch alle unterschiedslos anwendbaren „nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können“ grundsätzlich unzulässige **Behinderungen** der Niederlassungsfreiheit darstellen und nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein können.<sup>502</sup> Die Abgrenzung zwischen Behinderung und indirekter Diskriminierung gestaltet sich teilweise schwierig, da zwischen diesen beiden Beschränkungstatbeständen keine klare Trennungslinie existiert.<sup>503</sup>

## II. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch Anwendung von Vorschriften zur Unternehmensmitbestimmung

Im folgenden Abschnitt wird nun untersucht, ob die Anwendung nationaler Vorschriften zur Unternehmensmitbestimmung auch auf Auslandsgesellschaften – zunächst unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Vorschriften – grundsätzlich zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führt, und, falls dies zu bejahen ist, welche Form der Beschränkung vorliegt. Dies wird für zwei unterschiedliche Konstellationen untersucht:

- a) In der ersten Konstellation wird zugrunde gelegt, dass durch Änderung des MitbestG die Regeln zur Unternehmensmitbestimmung dahingehend geändert werden, dass ein einheitliches Mitbestimmungsmodell normiert wird, das unterschiedslos für alle Gesellschaftsformen einer bestimmten Art, bspw. alle Kapitalgesellschaften, unabhängig von der konkreten Rechtsform, gilt. D.h. von der Regelung werden unterschiedslos sowohl deutsche Gesellschaftsformen, als auch ausländische Gesellschaftsformen erfasst, für alle gilt ein einheitliches Mitbestimmungsmodell.
- b) In der zweiten Konstellation wird dagegen zugrunde gelegt, dass das bisherige Mitbestimmungsmodell des MitbestG für die deutschen Gesellschaftsformen unverändert aufrechterhalten wird. Für ausländische

---

<sup>500</sup> EuGH Rs. C-19/92 (*Kraus*) Slg. 1993, I-1663 ff.

<sup>501</sup> EuGH Rs. C-55/94 (*Gebhard*) Slg. 1995, I-4165 ff = NJW 1996, 579 ff.

<sup>502</sup> EuGH Rs. C-55/94 (*Gebhard*) Slg. 1995, I-4165, 4197, Rz. 37, zu den konkreten Rechtfertigungsvoraussetzungen siehe unten unter F. IV.

<sup>503</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 76.

Gesellschaftsformen, die den deutschen Gesellschaftsformen entsprechen, wird dagegen im MitbestG ein gesondertes Mitbestimmungsmodell aufgenommen, das in seiner Ausprägung und Intensität allerdings hinter dem für die deutschen Gesellschaftsformen geltenden Modell zurückbleibt.<sup>504</sup>

## 1. Grundsätzliches Vorliegen einer Beschränkung

Festzustellen ist, dass in beiden Konstellationen einer zuziehenden Auslandsgesellschaft Pflichten auferlegt werden, die diese nach ihrem Gründungsrecht nicht kennt. In der Entscheidung *Überseering* hat der EuGH ausgeführt, dass ausländische Gesellschaften grundsätzlich in der Form ihres Gründungsrechts anzuerkennen sind. Folge der Anwendung von Vorschriften zur Unternehmensmitbestimmung ist nun aber, dass die Auslandsgesellschaften zur Einrichtung einer wie auch immer gearteten Form der Unternehmensmitbestimmung gezwungen werden, was nach dem jeweiligen Gründungsrecht nicht oder anders vorgesehen ist. Die Gesellschaft wird folglich nicht so anerkannt, wie sie nach ihrem Gründungsrecht besteht. Es liegt damit in jedem Fall ein Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft vor. Dies führt dann nach den in der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen automatisch zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da die betroffene Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nicht ohne die Erfüllung besonderer Pflichten, die sie nach ihrem Gründungsrecht nicht kennt, nach Deutschland verlegen kann. Die Ausübung der Niederlassungsfreiheit wird durch eine entsprechende Vorgabe folglich entsprechend der *Cassis*- und *Gebhard*-Rechtsprechung behindert oder weniger attraktiv gemacht.

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass bei beiden Konstellationen jedenfalls eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliegt.

## 2. Abgrenzung zwischen direkter Diskriminierung, indirekter Diskriminierung und Behinderung

Bei der Feststellung, dass jede Anwendung nationaler Vorschriften zur Unternehmensmitbestimmung zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

---

<sup>504</sup> Ob eine entsprechende Veränderung des MitbestG zweckmäßig wäre, spielt für die abstrakte Untersuchung keine Rolle und soll hier dahingestellt bleiben.

führt, kann die Prüfung jedoch noch nicht enden. Vielmehr ist eine weitergehende Differenzierung dahingehend notwendig, ob es sich bei der konkreten Anwendung um eine direkte Diskriminierung, eine indirekte Diskriminierung oder um eine Behinderung handelt. Diese Abgrenzung ist deshalb erforderlich, da je nach Beschränkungstatbestand unterschiedliche Rechtfertigungsmöglichkeiten bestehen. So kann eine direkte Diskriminierung grundsätzlich nur nach Art. 46 EG gerechtfertigt werden, indirekte Diskriminierungen und Behinderungen können dagegen auch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden.<sup>505</sup> Die allgemeinen Anforderungen für die Annahme eines der Beschränkungstatbestände wurden soeben dargestellt.

Bei der folgenden Abgrenzung wird zwischen den beiden soeben unter F. II. dargestellten Konstellationen unterschieden.

#### a. Konstellation a

Sofern die Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung dahingehend geändert werden, dass für inländische und ausländische Gesellschaften unterschiedslos dieselben Mitbestimmungsregeln gelten, scheidet zunächst die Annahme einer **direkten Diskriminierung** aus, da in den Normen keine ausdrückliche Anknüpfung an die „Staatsangehörigkeit“ der Gesellschaft erfolgt, es liegt in diesem Fall eine unterschiedslos auf alle Gesellschaften der erfassten Rechtsformen anwendbare Regelung vor.

Dennoch kann durch eine derartige Regelung eine **indirekte Diskriminierung** vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die Auslandsgesellschaften durch die Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung gegenüber den inländischen Gesellschaften faktisch benachteiligt werden. Dies könnte bspw. eintreten, wenn die Regelungen zur Mitbestimmung in den inländischen Gesellschaftsformen aufgrund deren originärem Organisationsstatut leichter umzusetzen wären, d.h. wenn im Organisationsstatut der inländischen Gesellschaften die Umsetzung der

---

<sup>505</sup> *Schlag* in Schwarze EU Art. 43 Rn. 53; *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 43 EGV Rn. 74; *dies.* in Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV Rn. 139; *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2229; *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 44, 48; *Armin* Jura 2003, 160, 165; *Thüsing* ZIP 2004, 381, 384 f; zu den konkreten Anforderungen an eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses siehe unten unter F. IV.

Mitbestimmung bereits angelegt wäre. Dies wäre bspw. dann anzunehmen, wenn die Mitbestimmung nach der Neuregelung in einem bestimmten Organ zu erfolgen hätte, welches die nationalen Gesellschaftsformen schon von „Geburt“ an kraft ihres Organisationsstatuts haben. Auslandsgesellschaften würden in diesem Fall faktisch benachteiligt, wenn sie zur Umsetzung der Mitbestimmungsregeln intern erst Umorganisationsmaßnahmen ergreifen müssten oder sogar erst ein entsprechendes Organ für die Arbeitnehmerbeteiligung bilden müssten. Für die Auslandsgesellschaften wäre somit die Umsetzung von Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung im Vergleich zu den inländischen Gesellschaftsformen erschwert. Eine indirekte Diskriminierung wäre folglich zu bejahen, da die Regelungen letztlich für die Auslandsgesellschaften belastender wären, als für die inländischen Gesellschaften. Sofern bei der Umsetzung allerdings ein Modell gewählt würde, das an alle Gesellschaften – inländische und ausländische – dieselben Anforderungen auch hinsichtlich der internen Organisation stellt, läge keine indirekte Diskriminierung vor.

Selbst wenn man in dieser Konstellation eine indirekte Diskriminierung letztlich noch ablehnt, müsste man nach der Rechtsprechung des EuGH zumindest vom Vorliegen einer **Behinderung** ausgehen, da die Auslandsgesellschaften bei Zuzug nach Deutschland gezwungen wären, konkrete Maßnahmen zur Umsetzung der Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung zu ergreifen. Dies würde aber die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit jedenfalls behindern oder zumindest weniger attraktiv machen, da nicht auszuschließen ist, dass ein solches Erfordernis Unternehmen von einem Zuzug nach Deutschland abhalten würde.

## **b. Konstellation b**

Sofern die Regeln der Unternehmensmitbestimmung entgegen der Konstellation a dahingehend geändert werden, dass für die inländischen Gesellschaften die bisherigen Regeln weiter gelten, für die zuziehenden Auslandsgesellschaften aber andere Mitbestimmungsregeln eingeführt werden, die allerdings hinter den Regeln für die inländischen Gesellschaften zurückbleiben, kommt zunächst sogar eine **direkte Diskriminierung** in Betracht. Schließlich würden die Auslandsgesellschaften in diesem Fall ausdrücklich aufgrund ihrer ausländischen

Rechtsform anders behandelt werden, als die vergleichbaren inländischen Gesellschaften. Gegen die Annahme einer direkten Diskriminierung kann aber angeführt werden, dass eine Diskriminierung nicht in jedem Fall der Andersbehandlung angenommen werden kann, sondern vielmehr eine Schlechterbehandlung im Vergleich zu den inländischen Gesellschaftsformen erforderlich ist.<sup>506</sup> Dies ist aber in der Konstellation b nicht der Fall, da die Auslandsgesellschaften nur einer gegenüber der für die inländischen Gesellschaften geltenden Mitbestimmungsregelung abgeschwächten Form unterworfen würden. Vom Maß der Mitbestimmung her würden für die Auslandsgesellschaften folglich geringere Anforderungen als für die inländischen Gesellschaften gelten. Darin kann aber keine Schlechterbehandlung gesehen werden, es liegt eine Besserbehandlung vor. Durch diese unterschiedliche Regelung könnten gerade die Unterschiede zwischen inländischen und ausländischen Gesellschaftsformen berücksichtigt werden. Auch ergibt sich eine Schlechterbehandlung im Sinne einer direkten Diskriminierung nicht daraus, dass im Organisationsstatut die Umsetzung der Mitbestimmung durch das Vorhandensein des entsprechenden Organs (bspw. Aufsichtsrat) bereits angelegt ist. Auch kann in dieser Konstellation keine **indirekte Diskriminierung** gesehen werden, da auch für diese Fallgruppe eine Diskriminierung – sei es auch „nur“ eine indirekte – im Sinne einer Schlechterbehandlung erforderlich ist. Dass dies nicht der Fall ist, wurde soeben dargelegt. Somit liegt in der Konstellation b weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung vor.

Dennoch ist auch in dieser Konstellation jedenfalls von einer **Behinderung** im Sinne der Rechtsprechung des EuGH auszugehen, da wie bereits in Konstellation a die Auslandsgesellschaften bei Zuzug nach Deutschland gezwungen wären, konkrete Maßnahmen zur Umsetzung der Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung zu ergreifen. Dies würde aber auch in dieser Konstellation die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit jedenfalls behindern oder zumindest weniger attraktiv machen, da nicht auszuschließen ist, dass ein solches Erfordernis Unternehmen von einem Zuzug nach Deutschland abhalten würde.

---

<sup>506</sup> Vgl. unter F. I. 2. a.

### c. Auffassung *Randelzhofer/Forsthoff*

Nach Auffassung von *Randelzhofer/Forsthoff*<sup>507</sup> soll dagegen in jeder Anwendung nationalen Rechts auf Auslandsgesellschaften eine direkte Diskriminierung liegen. Dies hätte zur Folge, dass eine Rechtfertigung ausschließlich nach Art. 46 EG möglich wäre<sup>508</sup>. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass für eine Diskriminierung eine Vergleichsbetrachtung erforderlich ist. Sofern diese zum Ergebnis kommt, dass inländische und ausländische Gesellschaftsformen vergleichbar sind, ist weiter zu prüfen, ob diese vergleichbaren Gruppen unterschiedlich behandelt werden. Aber selbst bei einer unterschiedlichen Behandlung kann noch nicht von einer Diskriminierung ausgegangen werden. Weiter bleibt nämlich erforderlich, dass im Rahmen der Ungleichbehandlung eine Schlechterbehandlung vorliegt.<sup>509</sup> Reine Besserstellungen können nicht zu einer Diskriminierung der Auslandsgesellschaften führen, sie führen vielmehr zu einer – grundsätzlich zulässigen – Diskriminierung der inländischen Gesellschaftsformen. Außerdem ist für die Annahme einer direkten Diskriminierung erforderlich, dass die unterschiedliche Behandlung ausdrücklich aufgrund der Staatszugehörigkeit der Gesellschaft erfolgt. Dies ist aber in Konstellation a gerade nicht der Fall. Weiterhin scheidet die Annahme einer Diskriminierung daran, dass keine Schlechterstellung der Auslandsgesellschaften vorliegt, die Regeln zur Unternehmensmitbestimmung würden in diesem Fall unterschiedslos auf inländische und ausländische Gesellschaftsformen angewandt, es läge somit eine Gleichbehandlung vor.

Was Konstellation b angeht, mag zwar eine Unterscheidung anhand der Staatszugehörigkeit vorliegen, eine direkte Diskriminierung scheidet dennoch aus, da gegenüber der Vergleichsgruppe der inländischen Gesellschaftsformen ebenfalls keine Schlechterbehandlung, sondern sogar eine Besserbehandlung vorliegt, siehe dazu soeben.

Auch steht einer solchen Auffassung die Entscheidung *Überseering* entgegen. Der EuGH hat dort zwar entschieden, dass Auslandsgesellschaften grundsätzlich nach ihrem Gründungsrecht zu beurteilen sind und beschränkende nationale

---

<sup>507</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 48 Rn. 42.

<sup>508</sup> Vgl. dazu soeben F. II. 2.

<sup>509</sup> Vgl. unter F. I. 2. a.

Regelungen grundsätzlich unzulässig sind. Jedoch hat er ausdrücklich die Möglichkeit offen gehalten, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus bestimmten Gründen und unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein kann.<sup>510</sup> Dies bedeutet aber implizit, dass eine Anwendung nationalen Rechts auf Auslandsgesellschaften möglich bleiben muss. Auch kann dem EuGH nicht unterstellt werden, dass er damit automatisch jegliche Anwendung nationalen Rechts als direkte Diskriminierung einordnet. Für diesen Fall wäre eine Rechtfertigung nämlich grundsätzlich nur nach Art. 46 EG möglich gewesen, was der EuGH aber gerade nicht festgestellt hat. Vielmehr hat er ausdrücklich ausgesprochen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus als Rechtfertigungsmöglichkeiten in Betracht kommen.<sup>511</sup> Somit zielt die Aussage des EuGH auf eine Rechtfertigung nach zwingenden Gründen des Allgemeininteresses und nicht nach Art. 46 EG ab, die genannten Rechtfertigungsmöglichkeiten fallen gerade nicht in den Anwendungsbereich des Art. 46 EG<sup>512</sup>.

Es ist also nicht erkennbar, wieso in der Anwendung nationalen Rechts auf Auslandsgesellschaften automatisch eine direkte Diskriminierung liegen soll, die Ansicht von *Randelzhofer/Forsthoff* ist folglich abzulehnen.

#### **d. Anwendung der Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung?**

Zu prüfen ist, ob eine Anwendung von Regeln zur Unternehmensmitbestimmung auf Auslandsgesellschaften möglicherweise so gestaltet werden kann, dass nach den Grundsätzen der *Keck*-Rechtsprechung<sup>513</sup> gar keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die einer Rechtfertigung bedürfte, vorliegen würde. Bei den Grundsätzen der *Keck*-Rechtsprechung handelt es sich um ungeschriebene Schutzbereichseingrenzungen.<sup>514</sup> Der EuGH hat dort zur Warenverkehrsfreiheit entschieden, dass bestimmte nationale Verkaufsmodalitäten, die auch auf aus-

<sup>510</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9974, Rz. 92.

<sup>511</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9974, Rz. 92.

<sup>512</sup> Zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten nach Art. 46 EG siehe unten unter F. III. ; zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses siehe unten unter F. IV.

<sup>513</sup> EuGH Rs. C-267 u. 268/91 (*Keck*) Slg. 1993, I-6097.

<sup>514</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 404.

ländische Erzeugnisse Anwendung finden, nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne der *Dassonville*-Formel<sup>515</sup> unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern die bestimmten Verkaufsmodalitäten für alle im Inland tätigen, betroffenen Marktteilnehmer gelten und den Absatz inländischer und ausländischer Erzeugnisse in gleicher Weise berühren.<sup>516</sup>

Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen produktbezogenen Maßnahmen und Verkaufsmodalitäten im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit. Produktbezogene Maßnahmen sind Regelungen, die sich auf die Merkmale der Erzeugnisse selbst beziehen, bspw. auf die Zusammensetzung, die Ausstattung, Form, Gewicht etc.<sup>517</sup> Verkaufsmodalitäten sind dagegen Bestimmungen über räumliche, zeitliche und ähnliche Umstände für den Absatz von Waren.<sup>518</sup> Der EuGH hat im *Keck*-Urteil entschieden, dass lediglich Verkaufsmodalitäten unter die neu aufgestellten Grundsätze fallen können.<sup>519</sup> Folge der Rechtsprechung ist damit, dass im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit nichtdiskriminierend angewandte Verkaufsmodalitäten, d.h. Regelungen bzgl. des Vertriebs von Erzeugnissen, nur noch dann in den Anwendungsbereich von Art. 28 EG fallen, wenn sie den grenzüberschreitenden Vertrieb von Erzeugnissen ganz spezifisch behindern.<sup>520</sup> Sofern Zweifel bestehen, inwieweit eine Maßnahme als produktbezogen oder als Verkaufsmodalität einzuordnen ist, kann eine Bestimmung anhand der folgenden Faustformel vorgenommen werden: danach liegt die Anwendbarkeit der Grundfreiheit umso näher, umso stärker die betreffende Maßnahme einen produktbezogenen Charakter hat.<sup>521</sup>

---

<sup>515</sup> EuGH Rs. 8/74 (*Dassonville*) Slg. 1974, 837, 852, Rz. 5

<sup>516</sup> EuGH Rs. C-267 u. 268/91 (*Keck*) Slg. 1993, I-6097, 6131, Rz. 16 f.

<sup>517</sup> *Freund* JA 1997, 716, 718; *Leible* in Grabitz/Hilf EU Art. 28 Rn. 28.

<sup>518</sup> *Schroeder* in Streinz EUV/EGV Art. 28 Rn. 45; *Leible* in Grabitz/Hilf EU Art. 28 Rn. 28.

<sup>519</sup> *Koenig/Haratsch* Europarecht Rn. 558; *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 28 EG Rn. 243; *Leible* in Grabitz/Hilf EU Art. 28 Rn. 28.

<sup>520</sup> *Leible* in Grabitz/Hilf EU Art. 28 Rn. 28; *Schroeder* in Streinz EUV/EGV Art. 28 Rn. 46 f; ebenso ist davon auszugehen, dass nach der *Keck*-Rechtsprechung Regelungen des allgemeinen Verkehrsrechts, wie bspw. das allgemeine Vertrags- und Deliktsrecht, keine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit darstellen, vgl. *Schanze/Jüttner* AG 2004, 661, 667.

<sup>521</sup> *Herdegen* Europarecht Rn. 292.

Diese Grundsätze wurden im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelt und später vom EuGH auch auf andere Grundfreiheiten übertragen.<sup>522</sup> Ausdrücklich für die Niederlassungsfreiheit war dies bisher allerdings noch nicht der Fall. Bevor man sich nun mit einer möglichen Übertragbarkeit der *Keck*-Grundsätze auf die Niederlassungsfreiheit auseinandersetzt, sollte man sich vor Augen führen, dass erhebliche Unterschiede zwischen der Warenverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit von deren Funktion her bestehen. So soll die Warenverkehrsfreiheit die möglichst weite und unbeschränkte Umlauffähigkeit eines in einem Mitgliedstaat hergestellten Produkts gewährleisten und dadurch die Absatzchancen und –mengen erhöhen.<sup>523</sup> Die Niederlassungsfreiheit zielt dagegen nicht vorrangig auf eine möglichst hohe Zahl von weiteren Niederlassungen in den Mitgliedstaaten („erhöhten Absatz“ von Standorten).<sup>524</sup> Es geht vielmehr darum, den relativ singulären Akt der Ansiedelung in einem anderen Mitgliedstaat zu ermöglichen.<sup>525</sup> Somit bestehen bereits grundsätzliche Unterschiede zwischen Warenverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit.

Sofern man nun eine Übertragbarkeit der Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung auf die Niederlassungsfreiheit unterstellt, könnte u.U. auch eine unterschiedslos anwendbare Mitbestimmungsregelung schon gar nicht mehr in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen. So könnte man argumentieren, dass insbesondere in der Konstellation a eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme vorliegt, die, bei entsprechender Gestaltung, auch in nichtdiskriminierender Weise gleichermaßen auf in- und ausländische Gesellschaftsformen anwendbar ist. Erforderlich wäre – neben der Einordnung als nichtdiskriminierende Maßnahme<sup>526</sup> –, dass eine Regelung zur Unternehmensmitbestimmung einer Verkaufsmodalität im Sinne der Warenverkehrsfreiheit gleichzusetzen wäre. Ob eine dementsprechende Übertragung möglich ist, erscheint allerdings äußerst fraglich. Um eine zur Warenverkehrsfreiheit vergleichbare Lage zu schaffen und um in der Terminologie der *Keck*-Entscheidung zu bleiben, könnte man nun die „Gesellschaft“ gleichsetzen mit einem „Erzeugnis/Produkt“ eines

---

<sup>522</sup> *Frenz Hdb Europarecht* Bd. 1 Rn. 403, 405 ff.

<sup>523</sup> *Feiden* S. 180.

<sup>524</sup> *Feiden* S. 180.

<sup>525</sup> *Feiden* S. 180.

<sup>526</sup> Zur Frage, ob in Konstellation a eine Diskriminierung oder lediglich eine Behinderung vorliegt vgl. F. II. 2. a.

Mitgliedstaates im Sinne der Warenverkehrsfreiheit.<sup>527</sup> Dieses „Produkt Gesellschaft“ würde nun durch Sitzverlegung grenzüberschreitend „vertrieben“. Bei einer entsprechenden Gleichsetzung erscheint es dann aber äußerst fraglich, ob eine gesetzlich vorgeschriebene Anwendung von Mitbestimmungsregeln im Fall des Zuzugs als Maßnahme eingeordnet werden kann, die einer „Verkaufsmodalität“ im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung entspräche. Vielmehr würde sich eher die Einordnung als „produktbezogene Maßnahme“ aufdrängen, da die Mitbestimmungsregelungen eine unmittelbare Modifikation des „Produkts Gesellschaft“ erfordern und sich nicht lediglich auf den äußeren Rahmen des „Vertriebs“ beziehen würde, da die zuziehenden Gesellschaften in jedem Fall zu einer gewissen Umorganisation für die Umsetzung der Mitbestimmungsregeln, unabhängig von der endgültigen konkreten Ausgestaltung, gezwungen wären (es müsste also das „Produkt Gesellschaft“ verändert werden).<sup>528</sup> Folge einer dementsprechenden Einordnung wäre nach den Grundsätzen der *Keck*-Rechtsprechung aber eine Eröffnung des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit, da lediglich „Verkaufsmodalitäten“ unter bestimmten Voraussetzungen nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen würden. Beschränkende produktbezogene Maßnahmen bedürfen aber auch nach der *Keck*-Rechtsprechung einer Rechtfertigung.<sup>529</sup>

Somit lässt sich festhalten, dass bereits eine Übertragung der Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung insbesondere im hier untersuchten Fall der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften große Schwierigkeiten bereitet. Weiterhin ist auch zu beachten, dass der EuGH eine Ausweitung der *Keck*-Grundsätze auf die Niederlassungsfreiheit noch nicht entschieden hat. Ebenso hat der EuGH in der *Überseering*-Entscheidung keine Aussage zu möglicherweise gestatteten unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen im Sinne der *Keck*-Grundsätze getroffen.

Weiterhin ist die Möglichkeit der Anwendung der *Keck*-Grundsätze auf die Niederlassungsfreiheit auch in der Literatur umstritten:

---

<sup>527</sup> Die Möglichkeit einer entsprechenden Gleichsetzung wird auch kurz bei *Steindorff* S. 71 erwähnt.

<sup>528</sup> So ansatzweise auch *Kieninger* ZGR 1999, 724, 744.

<sup>529</sup> Entsprechend sehen *Schanze/Jüttner* AG 2004, 661, 667 in Fn. 78 bei einem Eingriff in die Subjektseigenschaft einer Gesellschaft den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet, solche Eingriffe müssen folglich gerechtfertigt werden.

Unter den Befürwortern<sup>530</sup> plädiert bspw. *Frenz*<sup>531</sup> für eine modifizierte Übertragung der *Keck*-Rechtsprechung auf die Niederlassungsfreiheit. Im Rahmen dieser Übertragung sollen nur niederlassungsbezogene Maßnahmen generell in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen. Maßnahmen, die sich nur auf die Ausübung der Niederlassungsfreiheit beziehen, sollen dagegen bei unterschiedsloser Anwendung und Auswirkung nicht in den Schutzbereich fallen. Nach Auffassung von *Frenz* sollen somit abstrakt betrachtet alle Maßnahmen, die sich auf das „Ob“ der Niederlassung beziehen, in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen. Alle Maßnahmen, die sich auf das „Wie“ der Niederlassung beziehen, sollen dagegen nicht in den Schutzbereich fallen, wenn sie nichtdiskriminierend sind und keine rechtlichen oder tatsächlichen Nachteile zur Folge haben. *Frenz* trifft seine Feststellungen anhand der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EG. Ob – und falls ja, wie – eine modifizierte Übertragung auch für die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften nach Art. 43 EG i.V.m. Art. 48 EG möglich ist, bleibt unbeantwortet. Dies trifft auch für die weiteren Befürworter zu. Wie eine Anwendung der *Keck*-Grundsätze auf umziehende Gesellschaften erfolgen soll, wird bislang nicht erörtert.

Die Gegenstimmen in der Literatur lehnen dagegen eine Übertragung der *Keck*-Rechtsprechung, unabhängig davon, ob dies für natürliche Personen oder Gesellschaften der Fall sein soll, grundsätzlich ab. Bspw. sieht *Müller-Graff*<sup>532</sup> für eine Übertragung keinen zwingenden Grund und verweist dabei auch auf die terminologischen Übertragungsprobleme. Darüber hinaus böten die *Keck*-Grundsätze gegenüber der konkreten Rechtfertigungsprüfung für Beschränkungen im Rahmen der Niederlassungsfreiheit ein zu grobes Raster. Ebenso sind

---

<sup>530</sup> Bspw. *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 413 f, 2014 ff; *Eberhartinger* EWS 1997, 43, 49, der erwägt, das Begriffspaar „produktbezogene Maßnahmen – Verkaufsmodalitäten“ mit dem Begriffspaar „Berufsausübung – Berufszugang“ aus der Niederlassungsfreiheit gleichzusetzen; *Feiden* S. 179 ff, 207 f, die der Auffassung ist, das die *Keck*-Grundsätze auch im Rahmen der Niederlassungsfreiheit sachgerechte Ergebnisse liefert, da auch der Niederlassungsfreiheit, wie der Warenverkehrsfreiheit und allen anderen Grundfreiheiten, der Grundgedanke der freien Bewegung in einem gemeinsamen Markt zugrunde liege; *Everling* in GS Knobbe-Keuk S. 607, 621; *Eidenmüller/Rehm* ZGR 2004, 159, 167 f, die aber davon ausgehen, dass nur unerhebliche Beschränkungen im Sinne dieser Rechtsprechung als unbedenklich eingestuft werden können.

<sup>531</sup> Dazu und zum Folgenden: *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 413 f, 2014 ff.

<sup>532</sup> Dazu und zum Folgenden: *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 62.

*Tiedje/Troberg*<sup>533</sup> der Auffassung, dass eine Übertragung ausscheidet. Der Vorgang einer Niederlassung sei komplexer als der der Einfuhr von Erzeugnissen aus einem Mitgliedstaat in einen anderen. Eine Unterscheidung entsprechend der Merkmale „produktbezogene Maßnahme“ und „Verkaufsmodalität“ sei im Rahmen der Niederlassungsfreiheit schon vom Grundansatz her nicht möglich. Auch *Scheuer*<sup>534</sup> lehnt generell eine Übertragung der *Keck*-Grundsätze ab. Im Übrigen käme eine Unbeachtlichkeit von Beschränkungen nach den *Keck*-Grundsätzen nur bei marginalen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit in Betracht.<sup>535</sup> Dass dies für die Anwendung nationaler Mitbestimmungsregeln auf zuziehende Auslandsgesellschaften zutreffen könnte, ist zu bezweifeln.

Im Ergebnis lässt sich somit feststellen, dass eine Anwendung der Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung auf die Niederlassungsfreiheit umstritten ist und weiterhin auch die konkrete Übertragung der Grundsätze im hier untersuchten Fall größte, nicht nur terminologische, Schwierigkeiten bereitet und somit abzulehnen ist. Es ist nicht davon auszugehen, dass nationale Mitbestimmungsregelungen in einer Form ausgestaltet werden können, in der sie nach den Grundsätzen der *Keck*-Rechtsprechung zulässig wären und „Gnade“ vor dem EuGH finden würden.

### **e. Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass in beiden Konstellationen, a und b, jedenfalls von einer Behinderung der Niederlassungsfreiheit auszugehen ist. Diese Feststellung ist bedeutsam, da im Folgenden nun geklärt werden muss, ob eine Rechtfertigung einer solchen Behinderung möglich ist. Nachdem es sich in beiden Fällen um keine direkten Diskriminierungen handelt, stehen als Rechtfertigungstatbestände Art. 46 EG und auch zwingende Gründe des Allgemeininteresses zur Verfügung, vgl. F. II. 2. Aus diesem Grund kann hier auch dahingestellt bleiben, ob sich den neueren Entscheidungen des EuGH inzwi-

---

<sup>533</sup> Dazu und zum Folgenden: *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 43 EG Rn. 102 f.

<sup>534</sup> *Scheuer* in Lenz EU/EG-Vertrag Art. 43 EGV Rn. 10.

<sup>535</sup> *Eidenmüller* JZ 2004, 24, 26 f.

schen entnehmen lässt, dass auch direkte Diskriminierungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigbar sind.<sup>536</sup>

### **3. Rechtfertigungsmöglichkeiten für Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit**

Nachdem in beiden Konstellationen letztlich jedenfalls eine Behinderung, in Konstellation a möglicherweise sogar eine indirekte Diskriminierung, vorliegt, ist zu prüfen, ob und wie eine derartige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt sein kann.

Für den Fall der Behinderung und der indirekten Diskriminierung wurde bereits oben unter F. II. 2. festgestellt, dass eine Rechtfertigung sowohl nach Art. 46 EG als auch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich ist.

Sofern hinsichtlich des betreffenden Bereichs bereits eine Harmonisierung durch Richtlinien oder anderes sekundäres Gemeinschaftsrecht vorgenommen wurde, scheidet eine Anwendung von Rechtfertigungsgründen aus.<sup>537</sup> In diesem Fall ist die nationale Regelung unmittelbar am bestehenden Recht zu prüfen, eine Befugnis der Mitgliedstaaten, beschränkende Regelungen zu erlassen, besteht in diesem Fall nicht mehr.<sup>538</sup> Dies ist für den Bereich der Unternehmensmitbestimmung jedoch noch nicht der Fall, einheitliche Regelungen durch Richtlinien oder anderes Sekundärrecht bestehen nicht. Folglich können nationale Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung, die die Niederlassungsfreiheit beschränken, nach den Rechtfertigungsgründen beurteilt werden.

### **III. Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nach Art. 46 EG**

Art. 46 EG ermöglicht eine Rechtfertigung von Eingriffen in die Niederlassungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit

---

<sup>536</sup> Vgl. zu diesem Streit bspw. *Gundel* Jura 2001, 79 ff.

<sup>537</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2288 f.

<sup>538</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2288 f.

und ist damit die wichtigste ausdrückliche Schranke der Niederlassungsfreiheit.<sup>539</sup>

## 1. Inhalt des Art. 46 EG

Schutzgüter des Art. 46 EG sind somit die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Durch die Richtlinie 64/221/EWG<sup>540</sup> sind die vorstehenden Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung präzisiert worden, eine abschließende Definition ist aber nicht erfolgt.<sup>541</sup> Durch die Richtlinie erfolgt eine dahingehende Eingrenzung, dass die die Niederlassungsfreiheit einschränkenden Maßnahmen aufgrund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung an das Verhalten der betroffenen Person anknüpfen müssen und die in Art. 46 EG aufgeführten Schutzgüter nicht für wirtschaftliche Zwecke bemüht werden dürfen.<sup>542</sup> So haben die Mitgliedstaaten bei der Ausfüllung der Begriffe einen eigenen Beurteilungsspielraum, dem allerdings gemeinschaftsrechtliche Grenzen gesetzt sind.<sup>543</sup> Stets ist die Beachtung des fundamentalen Grundsatzes der Freizügigkeit in der Gemeinschaft zu beachten.<sup>544</sup> Das Schutzgut der öffentlichen Gesundheit kann in der vorliegenden Untersuchung außen vor bleiben. Die weiteren Schutzgüter öffentliche Ordnung und Sicherheit werden häufig nicht exakt unterschieden und zusammen genannt,<sup>545</sup> so dass auch hier auf eine Unterscheidung verzichtet wird. Für die Auslegung der Begriffe kann nicht ausschließlich auf nationale Vorstellungen zurückgegriffen werden, vielmehr ist ein gemeinschaftsrechtliches Begriffsverständnis erforderlich.<sup>546</sup> Die nationalen Begriffe können aber einen Ausgangspunkt für die Auslegung darstellen,<sup>547</sup> somit kann davon ausge-

---

<sup>539</sup> *Schnichels* S. 98.

<sup>540</sup> ABl. 1964 (AB 56) S. 850 ff.

<sup>541</sup> *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 46 EG Rn. 10; *Schlag* in Schwarze EU Art. 46 EGV Rn. 7; *Böhmer* in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 46 EGV Rn. 2; *Troberg* in GTE Art. 56 EGV Rn. 9.

<sup>542</sup> *Schlag* in Schwarze EU Art. 46 EGV Rn. 5.

<sup>543</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 46 EGV Rn. 17; *Schlag* in Schwarze EU Art. 46 EGV Rn. 7.

<sup>544</sup> EuGH Rs. 67/74 (*Bonsignore*) Slg. 1975, 297, Leitsatz 1; *Böhmer* in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 46 EGV Rn. 3.

<sup>545</sup> *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 46 EG Rn. 18.

<sup>546</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 46 EGV Rn. 17; *Böhmer* in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 46 EGV Rn. 3.

<sup>547</sup> *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 46 EG Rn. 19; *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 46 EGV Rn. 19.

gangen werden, dass, ähnlich des nationalen Begriffsverständnisses, der Schutz der Allgemeinheit und des Einzelnen gegen Bedrohungen des Bestandes des Staates und dessen Einrichtungen sowie der Schutz gegen Bedrohungen eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens umfasst ist.<sup>548</sup>

Art. 46 EG dient dabei vorrangig der Rechtfertigung von Eingriffen durch ausländ(er)rechtliche Regelungen,<sup>549</sup> d.h. überwiegend von Eingriffen durch Vorschriften über Ein- und Ausreise, das Meldewesen und auch Ausweisungen.<sup>550</sup> Ob Art. 46 EG zur Rechtfertigung weiterer Eingriffe herangezogen werden kann, die nicht direkt dem Ausländer(polizei)recht zugeordnet werden können, ist in der Literatur umstritten und auch in der Rechtsprechung des EuGH nicht endgültig geklärt.<sup>551</sup>

Auch ist für eine Rechtfertigung eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit über Art. 46 EG erforderlich, dass eine tatsächliche und hinreichend schwerwiegende Gefährdung der Schutzgüter droht, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (Erheblichkeitsschwelle).<sup>552</sup>

Als Ausnahmeregelung ist Art. 46 EG eng auszulegen und nur restriktiv anzuwenden.<sup>553</sup>

## 2. Anwendung auf Gesellschaften

Der normierte Rechtfertigungsgrund des Art. 46 EG ist über die Verweisung in Art. 48 Abs. 1 EG auch auf Gesellschaften grundsätzlich anwendbar. Dies ent-

<sup>548</sup> Troberg in GTE Art. 56 EGV Rn. 10; Stork S. 204.

<sup>549</sup> Schlag in Schwarze EU Art. 46 EGV Rn. 3; Frenz Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 1897; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf EU Art. 46 EGV Rn. 2; Sandrock BB 2003, 2588, 2589; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 46 EG Rn. 1.

<sup>550</sup> Schlag in Schwarze EU Art. 46 EGV Rn. 3; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 46 EG Rn. 1.

<sup>551</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf EU Art. 46 EGV Rn. 6.

<sup>552</sup> Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 46 EG Rn. 17; Stork S. 204; Schlag in Schwarze EU Art. 46 EGV Rn. 8; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf EU Art. 46 EGV Rn. 19; aus der Rechtsprechung des EuGH bspw: EuGH Rs. 36/75 (*Rutili*) Slg. 1975, 1219, 1231, Rz. 26/28; Rs. 249/86 (*Kommission/Deutschland*) Slg. 1989, 1263, 1291, Rz. 17.

<sup>553</sup> Böhmer in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 46 EGV Rn. 1; Schlag in Schwarze EU Art. 46 EGV Rn. 6; Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 46 EG Rn. 4, 14.

spricht der h.M.<sup>554</sup> Ungeklärt und umstritten ist aber bisher, in welchen Fallgestaltungen und wie konkret eine Anwendung auf Gesellschaften erfolgen kann.<sup>555</sup> Die Schwierigkeiten der Anwendung des Art. 46 EG ergeben sich insbesondere daraus, dass die Regelung primär auf natürliche Personen zugeschnitten ist. Dies wird bereits aus dem Hauptanwendungsbereich des Ausländer(polizei)rechts deutlich – siehe soeben unter F. III. 1. – und wird auch durch die weitere sekundärrechtliche Ausgestaltung verstärkt. So bezieht sich die die Begriffe des Art. 46 EG weiter konkretisierende Richtlinie 64/221/EWG<sup>556</sup> auf Fallgestaltungen, die sich im Bereich der Niederlassung natürlicher Personen ergeben (bspw. Krankheit, Visapflicht, Straffälligkeit etc).<sup>557</sup> Selbstverständlich schließt dies eine Anwendbarkeit auf Gesellschaften nicht grundsätzlich aus, zeigt aber bereits deutlich, dass eine Anwendung mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. Es erscheint äußerst schwierig für Gesellschaften Konstellationen zu finden, die einer Übertragung im Sinne ausländer(polizei)rechtlichen Regelungen für natürliche Personen entsprechen.

Auch lassen sich der Rechtsprechung des EuGH keine konkreten Leitlinien für eine Anwendung des Art. 46 EG auf Gesellschaften entnehmen. Zwar hat der EuGH bereits in mehreren Entscheidungen auch hinsichtlich Gesellschaften Art. 46 EG als Rechtfertigungsgrund erwähnt,<sup>558</sup> jedoch stellt der EuGH in den Entscheidungen keine generellen Anforderungen für eine Anwendung auf, die auf weitere Fälle übertragen werden könnten. Der EuGH versteht Art. 46 EG in seiner Rechtsprechung aber jedenfalls überwiegend in einem quasipolizeirecht-

---

<sup>554</sup> Aus der Rechtsprechung des EuGH bspw.: EuGH Rs. 79/85 (*Segers*) Slg. 1986, 2375, 2388, Rz. 17; *Tiedje/Troberg* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 46 EGV Rn. 5; *Schlag* in Schwarze EU Art. 46 EGV Rn. 4; *Scheuer* in Lenz EU/EG-Vertrag Art. 46 EGV Rn. 5; *Schnichels* S. 98. *Stork* S. 206; kritisch gegenüber einer uneingeschränkten generellen Anwendbarkeit dagegen *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 46 EGV Rn. 44 ff und *Forsthoff* EWS 2001, 59 ff: eine Anwendung auf Gesellschaften sei nur mit äußerster Vorsicht möglich.

<sup>555</sup> Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU Art. 48 EGV Rn. 44 ff; *Forsthoff* EWS 2001, 59 ff.

<sup>556</sup> Fn. 540.

<sup>557</sup> *Troberg* in GTE Art. 56 EGV Rn. 3.

<sup>558</sup> Vgl. bspw. EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*) Slg. 1999, I-1459, 1495, Rz. 34; EuGH Rs. 79/85 (*Segers*) Slg. 1986, 2375, 2388, Rz. 17; EuGH Rs. 352/85 (*Bond van Adverteerders*) Slg. 1988, 2085, 2136, Rz. 39; EuGH Rs. C-260/89 (*ERT*) Slg. 1991, I-2951, 2960, Rz. 25.

lichen Sinn.<sup>559</sup> Die Anwendung auf natürliche Personen ist dagegen durch die Rechtsprechung des EuGH und das Sekundärrecht konkretisiert. Dies ist für eine Anwendung auf Gesellschaften (noch) nicht der Fall, so dass bei einer konturlosen Anwendung in diesem Bereich die Gefahr besteht, dass Art. 46 EG entgegen seiner Konzeption zu einer weiten Ausnahmeregelung werden könnte.<sup>560</sup>

### **3. Art. 46 EG und Anwendung nationaler Regeln zur Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften**

Im hier untersuchten Fall könnte man nun argumentieren, dass der Zuzug einer Auslandsgesellschaft ohne oder mit sehr schwachen Mitbestimmungsregeln einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Deutschland darstelle und demgemäß eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch Anwendung nationaler Regeln zur Unternehmensmitbestimmung auf die zuziehende Auslandsgesellschaft nach Art. 46 EG gerechtfertigt sei. Hierbei sind aber die dargestellten generellen Bedenken und Schwierigkeiten einer Anwendung von Art. 46 EG auf Gesellschaften zu beachten. Weiterhin ist auch der Rechtsprechung des EuGH und des zu Art. 46 EG ergangenen Sekundärrechts keine klare Linie für die Anwendung auf Gesellschaften zu entnehmen. Vielmehr ist der Anwendungsbereich des Art. 46 EG überwiegend auf natürliche Personen beschränkt. Besonders gegen eine Anwendung im hier untersuchten Fall spricht die überwiegende ausländer(polizei)rechtliche Auslegung in der Rechtsprechung und Literatur zu Art. 46 EG. Eine Qualifikation von Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung im Sinne von ausländer(polizei)rechtlichen Normen scheidet offensichtlich aus.<sup>561</sup>

Eine Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch Anwendung nationaler Mitbestimmungsregelungen auf zuziehende Auslandsgesellschaften über Art. 46 EG ist somit nicht möglich.

Dieses Ergebnis wird letztlich auch durch die *Überseering*-Entscheidung des EuGH bestätigt. Zwar nimmt der EuGH in der Entscheidung nicht zu Art. 46 EG Stellung, jedoch lässt er ausdrücklich die Möglichkeit der Rechtfertigung eines

<sup>559</sup> Sandrock ZVglRWiss 102 (2003), 447, 459; ders. AG 2004, 57, 65.

<sup>560</sup> Troberg in GTE Art. 56 EGV Rn. 3.

<sup>561</sup> Sandrock AG 2004, 57, 65; ders. BB 2003, 2588, 2589.

Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit in bestimmten Fällen zu. Der EuGH formulierte folgendermaßen:

„es lässt sich nicht ausschließen, dass *zwingende Gründe des Gemeinwohls*, wie der *Schutz* der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschaft, *der Arbeitnehmer* oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können. [Hervorhebungen nicht im Original]“<sup>562</sup>

Der EuGH führt somit ausdrücklich aus, dass Beschränkungen auch aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes rechtfertigbar sein können. Folglich kommt grundsätzlich auch eine Rechtfertigung einer Beschränkung durch Anwendung nationaler Mitbestimmungsregeln in Betracht. Der Arbeitnehmerschutzcharakter der Unternehmensmitbestimmung ergibt sich dabei aus der Zielsetzung und den Grundgedanken der Unternehmensmitbestimmung, vgl. D. III. 2. c. bb. Im Zusammenhang mit der genannten Rechtfertigungsmöglichkeit erwähnt der EuGH allerdings Art. 46 EG mit keinem Wort. Vielmehr nimmt er ausdrücklich auf eine Rechtfertigungsmöglichkeit nach den unbenannten Rechtfertigungsgründen – zwingende Allgemeinwohlintereessen – Bezug. Dies spricht dagegen, dass eine Rechtfertigung von Beschränkungen aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes nach Auffassung des EuGH auch nach Art. 46 EG in Betracht käme.

#### **IV. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit**

Neben Art. 46 EG kommt eine Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit auch aus unbenannten Rechtfertigungsgründen in Betracht.

Eine entsprechende Rechtfertigung kann danach aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erfolgen. Dieser Rechtfertigungsgrund wurde vom EuGH für unterschiedslos anwendbare Maßnahmen zunächst im Bereich der Warenverkehrsfreiheit (in der *Cassis*-Rechtsprechung<sup>563</sup>) und der Dienstleistungsfrei-

<sup>562</sup> EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*) Slg. 2002, I-9943, 9974, Rz. 92.

<sup>563</sup> EuGH Rs. 120/78 (*Cassis*) Slg. 1979, 649 ff; In dieser Entscheidung hat der EuGH festgestellt, dass nichtdiskriminierende nationale Regelungen, die auf zwingende Gründe des

heit entwickelt und erst später in den Entscheidungen *Kraus*<sup>564</sup> und *Gebhard*<sup>565</sup> auch auf die Niederlassungsfreiheit für natürliche Personen,<sup>566</sup> und in der Entscheidung *Centros*<sup>567</sup> auch auf Gesellschaften übertragen<sup>568</sup>. Die Entwicklung der unbenannten Rechtfertigungsgründe neben den normierten Rechtfertigungsgründen ist durch die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten hin zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot erforderlich geworden.<sup>569</sup> Die normierten Rechtfertigungsgründe waren für ein so weites Verständnis der Grundfreiheiten zu eng, eine damit einhergehende Erweiterung der Rechtfertigungsmöglichkeiten war als „Gegengewicht“ erforderlich.<sup>570</sup>

Die Terminologie des EuGH ist dabei nicht einheitlich. Mit sachlich gleichem Bedeutungsinhalt verwendet der EuGH neben der Bezeichnung „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ u.a. auch die Formulierungen „zwingende Gründe des Gemeinwohls“ und „zwingende Erfordernisse“.<sup>571</sup> Im Folgenden wird nur die Bezeichnung „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ verwendet.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist für die Möglichkeit der Rechtfertigung von unterschiedslos anwendbaren nationalen Maßnahmen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen, erforderlich, dass sie folgende vier Voraussetzungen erfüllen:<sup>572</sup>

- Die nationalen Maßnahmen müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden,

---

Allgemeininteresses gestützt werden und zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sind, keine unzulässige Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit darstellen.

<sup>564</sup> EuGH Rs. C-19/92 (*Kraus*) Slg. 1993, I-1663, 1697, Rz. 32.

<sup>565</sup> EuGH Rs. C-55/94 (*Gebhard*) Slg. 1995, I-4165, 4197 f, Rz. 37.

<sup>566</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV Rn. 155; *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 478, 481.

<sup>567</sup> EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*) Slg. 1999, I-1459 ff.

<sup>568</sup> *Ebke* JZ 2003, 927, 931 Fn. 68.

<sup>569</sup> *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 75; *Thüsing* ZIP 2004, 381, 385; *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 481.

<sup>570</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2248.

<sup>571</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV Rn. 154.

<sup>572</sup> EuGH Rs. C-55/94 (*Gebhard*) Slg. 1995, I-4165, 4197 f, Rz. 37.

- sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,
- sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten,
- und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.

### **1. Bedeutung für ein Umsetzungsmodell für die Unternehmensmitbestimmung**

Unter F. II. wurde festgestellt, dass eine Erstreckung von Mitbestimmungsregeln auf zuziehende Auslandsgesellschaften grundsätzlich zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führt. Durch diesen unbenannten Rechtfertigungsgrund können indirekte Diskriminierungen und nichtdiskriminierende Behinderungen gerechtfertigt werden, nicht dagegen direkte Diskriminierungen.<sup>573</sup> In den beiden hier untersuchten Konstellationen, siehe F. II. , liegt jedenfalls keine direkte Diskriminierung vor, dies wurde bereits oben unter F. II. 2. festgestellt, so dass eine Rechtfertigungsmöglichkeit aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses grundsätzlich in Betracht kommt. Dies bedeutet, dass eine nationale Regelung zur Unternehmensmitbestimmung, die zuziehende Auslandsgesellschaften erfasst, diesen vier Anforderungen gerecht werden muss.

Für die Bestimmung, ob eine nichtdiskriminierende Anwendung von nationalen Mitbestimmungsregeln vorliegt und ob für die Anwendung nationaler Vorschriften ein zwingender Grund des Allgemeininteresses besteht, ist es zunächst ausreichend, Grundmodelle, die für eine Umsetzung in Betracht kommen, zugrunde zu legen. Deshalb werden in den folgenden Untersuchungspunkten zur nichtdiskriminierenden Anwendung und zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zunächst lediglich die beiden unter F. II. entwickelten Konstellationen zugrunde gelegt, jedoch noch kein konkretes Umsetzungsmodell.

---

<sup>573</sup> Nw. in Fn. 505.

## 2. Unterschiedslose und nichtdiskriminierende Anwendung

Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt eine Rechtfertigung durch den unbenannten Rechtfertigungsgrund der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses lediglich bei nationalen Regelungen in Betracht, die unterschiedslos auf In- und Ausländer, d.h. im vorliegenden Fall auf Inlands- und Auslandsgesellschaften, anzuwenden sind.<sup>574</sup> Dies bedeutet für die oben unter F. II. erfolgte Differenzierung für abstrakte Umsetzungsmodelle der Mitbestimmung, dass danach nur noch Konstellation a eine rechtfertigbare Beschränkung darstellen kann. Lediglich in dieser Konstellation liegt nämlich eine Regelung vor, die grundsätzlich dieselben Anforderungen an in- und ausländische Gesellschaften stellt und somit unterschiedslos anwendbar ist. Selbstverständlich müsste in diesem Fall gewährleistet werden, dass die Regelung auch nicht zu einer faktischen Diskriminierung führt, vgl. zu dieser Gefahr unter F. II. 2. a. D.h. die Regelung müsste letztlich für in- und ausländische Gesellschaftsformen die gleiche Belastung darstellen. Sofern dies gewährleistet ist, liegt eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme vor, die in nichtdiskriminierender Weise auf die zuziehenden Auslandsgesellschaften angewandt wird, eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses stünde somit offen.

Dagegen liegt in Konstellation b aufgrund der Besserbehandlung der zuziehenden Auslandsgesellschaften gegenüber den Inlandsgesellschaften zwar keine Diskriminierung vor. Bei einer Verwirklichung von Mitbestimmungsregeln basierend auf diesem Grundmodell, läge aber keine unterschiedslose Anwendung mehr vor, da gerade für die Auslandsgesellschaften andere Regeln gelten als für die Inlandsgesellschaften. Nimmt man nun die Rechtsprechung des EuGH beim Wort, dann spielt es bei der Beurteilung auch keine Rolle, dass in Konstellation b keine direkte Diskriminierung vorliegt, die Auslandsgesellschaften gegenüber den Inlandsgesellschaften vielmehr sogar besser behandelt wer-

---

<sup>574</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 486, 2254, 2268; *Oppermann* Europarecht Rn. 1299. Zur *Cassis*-Rechtsprechung bei der Warenverkehrsfreiheit, aus der sich der Rechtfertigungsgrund für die Niederlassungsfreiheit entwickelt hat (vgl. F. IV. ): *Leible* in Grabitz/Hilf EU Art. 28 EGV Rn. 20; *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 28 EG Rn. 183 ff; *Geiger* EUV/EGV Art. 28 EGV Rn. 15; *Schroeder* in Streinz EUV/EGV Art. 28 Rn. 39, 52; *Dausen* in Dausen Hdb EU-Wirtschaftsrecht C I Rn. 103. Aus der EuGH-Rechtsprechung bspw. EuGH Rs. C-1 und 176/90 (*Aragonesa de Publicidad Exterior u. Pulivia*) Slg. 1991, I-4151, 4184, Rz. 13; EuGH Rs. C-2/90 (*Kommission/Belgien*) Slg. 1992, I-4431, 4480, Rz. 34.

den, da für sie geringere Mitbestimmungserfordernisse gelten würden. Diese Besserstellung würde nämlich gerade bedeuten, dass eine unterschiedliche Behandlung, wenn auch zum Guten, vorliegt. Nach den EuGH-Grundsätzen zur Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses scheidet demnach trotz der Besserstellung der Auslandsgesellschaften eine Rechtfertigung aus, da letztlich keine unterschiedslos anwendbare Maßnahme vorliegt.

Dies stellt auch keinen Widerspruch zu dem Grundsatz dar, dass eine Inländerdiskriminierung grundsätzlich zulässig ist, vgl. bereits oben unter C. IV. 2. a. Das Problem der Inländerdiskriminierung betrifft nämlich nur die Frage, ob sich Inländer auf das europarechtliche Diskriminierungsverbot berufen können, wenn zuziehende Ausländer besser behandelt werden als sie.<sup>575</sup> Eine ganz andere Frage ist dagegen, in welchen Fällen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt sein kann. Dies ist nach der Rechtsprechung des EuGH nur in den Fällen unterschiedslos anwendbarer Maßnahmen möglich und gilt damit unabhängig davon, dass europarechtlich grundsätzlich eine Inländerdiskriminierung zulässig ist, d.h. für die deutschen Gesellschaften grundsätzlich strengere Regelungen gelten dürfen. Eine Rechtfertigung eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit ist dagegen nur bei unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen zulässig. Eine Maßnahme ist aber nur dann unterschiedslos anwendbar, wenn sie tatsächlich für alle betroffenen Gesellschaften gleich gilt, d.h. wenn auch keine Inländerdiskriminierung vorliegt. Damit ist folglich eine Schlechterbehandlung der Inlandsgesellschaften bzw. eine Besserbehandlung der Auslandsgesellschaften ausgeschlossen.

Vorstehende Ausführungen haben zur Folge, dass im weiteren Fortgang der Untersuchung die Konstellation b außen vor bleibt, da eine entsprechende Umsetzung nicht geeignet ist, vom EuGH als gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit angesehen zu werden. Auch insgesamt erscheint es geboten, lediglich Konstellation a für eine künftige Umsetzung von Mitbestimmungsregelungen weiter zu verfolgen. Lediglich eine einheitliche Regelung der Unternehmensmitbestimmung, die für alle von ihr erfassten Gesellschaftsformen

---

<sup>575</sup> Vgl. dazu *Streinz* in *Streinz EUV/EGV Art. 12 EGV Rn. 58 f*; *Koenig/Haratsch Europarecht Rn. 723*; *Nicolaysen Europarecht I S. 134*.

grundsätzlich die gleichen Anforderungen vorsieht, kann zu einem weitgehend einheitlichen Mitbestimmungsstandard bei den von der Mitbestimmung erfassten Gesellschaften in Deutschland führen. Die Argumentation für eine einheitliche Mitbestimmungsregelung wird auch dadurch unterstützt, dass eine solche Regelung verhindern würde, dass die deutschen Gesellschaftsformen (noch stärker) unattraktiv gegenüber ausländischen Rechtsformen werden. Dies wäre dagegen der Fall, wenn für sie weiterhin das stark ausgeprägte ursprüngliche deutsche Mitbestimmungssystem der (beinahe-)paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat weiter gelten würde, für Auslandsgesellschaften dagegen nur ein abgeschwächtes System, das nicht an die (Beinahe-)Parität heranreicht.

Somit ist festzustellen, dass umsetzungsfähig nur eine Mitbestimmungsregelung sein kann, die in nichtdiskriminierender Weise an alle erfassten Gesellschaftsformen die gleichen Anforderungen stellt.

### **3. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses**

Eine nationale Regelung kann nach den Voraussetzungen des EuGH nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses beruht.

#### **a. Bestimmung von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses**

Allgemein ist für die Anerkennung eines zwingenden Allgemeininteresses erforderlich, dass das betreffende Interesse nach rechtsstaatlichen Grundsätzen ein allgemeines Ziel verfolgt.<sup>576</sup> Auch verbietet sich bei der Anerkennung eine pauschale Betrachtung, es muss stets eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen werden.<sup>577</sup> Die Bereiche, die als zwingende Allgemeininteressen angesehen werden können, lassen sich folglich nicht abschließend aufzählen, vielmehr handelt es sich um einen dynamischen Bereich von Einzelfällen, der stets auch für neue Aspekte und Entwicklungen offen ist,<sup>578</sup> eine primärrechtliche Aufzählung von zwingenden Allgemeininteressen ist nicht erfolgt.<sup>579</sup> Für die Mitgliedstaaten ergibt sich daraus ein gewisser Spielraum für die Festlegung schützenswerter

<sup>576</sup> *Everling* in FS Knobbe-Keuk S. 607, 621.

<sup>577</sup> *Everling* in FS Knobbe-Keuk S. 607, 621.

<sup>578</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 498; *Stork* S. 208.

<sup>579</sup> *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 75.

Interessen. Sie haben somit eine Einschätzungsprärogative, ob einem bestimmten Interesse ein solches Gewicht zukommt, dass es auch gegenüber der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich weiter verfolgt werden sollte/muss.<sup>580</sup> Somit können die Mitgliedstaaten gerade auch nationale Besonderheiten bei der Definition eines (möglichen) Allgemeininteresses berücksichtigen. Allerdings müssen die betreffenden Interessen zumindest von einigem Gewicht sein, da andernfalls eine Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit wegen Bedeutungslosigkeit des geltend gemachten Interesses schon von vorne herein ausscheidet.<sup>581</sup> Weiterhin kommt die Annahme eines zwingenden *Allgemeininteresses*, wie die Bezeichnung schon zum Ausdruck bringt, nur für Belange in Betracht, die nicht ausschließlich Individualinteressen schützen.<sup>582</sup> Eine weitere Einschränkung wurde durch den EuGH dahingehend vorgenommen, dass rein wirtschaftliche Interessen nicht als zwingende Allgemeininteressen für eine Rechtfertigung anerkannt werden.<sup>583</sup>

Bei der Bestimmung, ob im konkreten Einzelfall ein zwingendes Allgemeininteresse vorliegt, das für eine Rechtfertigung in Betracht kommt, ist wichtig festzustellen, dass es nicht schon ausreichend ist, dass das geltend gemachte Interesse im betreffenden Mitgliedstaat *national* als zwingendes Allgemeininteresse angesehen wird. Vielmehr muss dem Interesse auch gemeinschaftsweit eine besondere Bedeutung zukommen.<sup>584</sup> Diese gemeinschaftsweite Bedeutung kann sich dabei zum einen direkt aus dem gesamten Europarecht sowie auch aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben, zum anderen auch daraus, dass das Interesse in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen enthalten ist, d.h. in diesem Fall muss noch keine europarechtliche Regelung bestehen.<sup>585</sup> Auch ist nicht unbedingt erforderlich, dass das Interesse in der/den betreffenden Rechtsordnung/en normiert enthalten ist. Es ist vielmehr ausreichend, dass das betreffend

---

<sup>580</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV Rn. 160, 172.

<sup>581</sup> *Stork* S. 208.

<sup>582</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 498.

<sup>583</sup> Vgl. bspw. EuGH Rs. C-158/96 (*Kohll*) Slg. 1998, I-1931, 1948, Rz. 41; EuGH Rs. C-120/95 (*Decker*) Slg. 1998, I-1831, 1884, Rz. 39; EuGH Rs. C-288/89 (*Gouda*) Slg. 1991, I-4007, 4040, Rz. 11; *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 500; *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 75; *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV Rn. 163 f.

<sup>584</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 498.

<sup>585</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 499.

Interesse generell besteht und ihm eine entsprechend hohe Bedeutung zukommt, dass dadurch im konkreten Fall eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden kann.<sup>586</sup> Somit muss die Bestimmung, ob ein zwingendes Allgemeininteresse vorliegt, letztlich aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht vorgenommen werden.<sup>587</sup> Dennoch dürfen aufgrund der Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten auch die besonderen Strukturen und Traditionen des jeweiligen Mitgliedstaates nicht außer Acht gelassen werden, d.h. bei der Festlegung, ob ein zwingendes Allgemeininteresse vorliegt, muss zunächst von den Wertungen des betreffenden Mitgliedstaates ausgegangen werden.<sup>588</sup> Nur in dem Fall, in dem diese nationalen Wertungen mit dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot der Marktöffnung, durch möglichst uneingeschränkte Verwirklichung der Grundfreiheit, nicht in Einklang zu bringen ist, kann der letztlich entscheidende EuGH eine Ablehnung der Anerkennung als Allgemeininteresse erwägen.<sup>589</sup> Dabei muss der EuGH allerdings auch berücksichtigen, dass trotz fortschreitender rechtlicher Annäherung in der Gemeinschaft gewisse sozial- und gesellschaftspolitische Entscheidungen nach wie vor von den Mitgliedstaaten selbst getroffen werden.<sup>590</sup> Dies muss insbesondere in den Bereichen gelten, in denen keinerlei gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung besteht<sup>591</sup> oder angestrebt ist, somit auch im Bereich der Unternehmensmitbestimmung.

Der EuGH war in seiner bisherigen Rechtsprechung bzgl. der Anerkennung von zwingenden Allgemeininteressen großzügig und hat so eine Vielzahl von Interessen in diesem Sinn anerkannt,<sup>592</sup> bspw.: Kontinuität der Krankenversorgung,<sup>593</sup> Sicherstellung der Unabhängigkeit von Wirtschaftsprüfern,<sup>594</sup> die

---

<sup>586</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 499.

<sup>587</sup> *Everling* in FS Knobbe-Keuk S. 607, 621.

<sup>588</sup> *Everling* in FS Knobbe-Keuk S. 607, 621 f.

<sup>589</sup> *Everling* in FS Knobbe-Keuk S. 607, 622.

<sup>590</sup> *Everling* in FS Knobbe-Keuk S. 607, 625; auch nach dem Amsterdamer Vertrag besteht keine genuine sozialpolitische Kompetenz der EU, dieser Bereich steht weiterhin den Mitgliedstaaten zu, vgl. *Langenfeld* in Grabitz/Hilf EU vor Art. 136 Rn. 19; vgl. auch Art. 137 Abs. 4 EG.

<sup>591</sup> *Kersting* NZG 2003, 9, 10.

<sup>592</sup> Vgl. mwNw. *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV Rn. 160 ff; wobei für die Feststellung eines Allgemeininteresses auch die Rechtsprechung des EuGH zur Rechtfertigung von Beschränkungen der weiteren Grundfreiheiten herangezogen werden kann, vgl. *Schlag* in Schwarze EU Art. 43 EGV Rn. 53; *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 76.

<sup>593</sup> EuGH Rs. 96/85 (*Kommission/Frankreich*) Slg. 1986, 1475, 1486, Rz. 14.

Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle,<sup>595</sup> Schutz der Sozialordnung,<sup>596</sup> Förderung der Nationalsprache,<sup>597</sup> die Sicherung einer geordneten Rechtspflege,<sup>598</sup> Schutz des Versicherten,<sup>599</sup> die Qualifikationssicherung von Architekten,<sup>600</sup> der Schutz des geistigen Eigentums,<sup>601</sup> Schutz des Verbrauchers vor übermäßiger Werbung<sup>602</sup>. Dabei ist festzustellen, dass ein Großteil der vom EuGH anerkannten Interessen sozialpolitische Belange sind.<sup>603</sup>

Dennoch ist im Rahmen der Bestimmung eines zwingenden Allgemeininteresses bei aller bisherigen Großzügigkeit des EuGH nicht die *Inspire Art*-Entscheidung des EuGH aus den Augen zu verlieren. Aus der Entscheidung wird nämlich deutlich, dass der EuGH keineswegs stets das Vorbringen der Mitgliedstaaten akzeptiert. Vielmehr zeigt die Entscheidung, dass im Bereich der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften wohl nur ein eingeschränkter Bereich für die Anerkennung von zwingenden Allgemeininteressen besteht.<sup>604</sup> Der EuGH hat in dieser Entscheidung ausdrücklich das Vorbringen der Niederlande zurückgewiesen, die besonderen Publizitätserfordernisse, Mindestkapital- und Haftungsvorschriften der niederländischen Regelung für sog. Scheinauslandsgesellschaften seien aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses geboten.<sup>605</sup>

## **b. Unternehmensmitbestimmung als europarechtlich zwingendes Allgemeininteresse**

Entscheidend für eine Rechtfertigungsmöglichkeit für nationale Mitbestimmungsregelungen ist somit, dass diese ein zwingendes Allgemeininteresse darstellen. Bei der folgenden Einordnung der Unternehmensmitbestimmung ist wiederum zu beachten, dass es hier zunächst nur um das Grundprinzip der Unternehmensmitbestimmung und nicht um ein konkretes Umsetzungsmodell geht.

---

<sup>594</sup> EuGH Rs. C-106/91 (*Ramrath*) Slg. 1992, I-3351, 3385, Rz. 35.

<sup>595</sup> EuGH Rs. C-250/95 (*Futura*) Slg. 1997, I-2471, 2501, Rz. 31.

<sup>596</sup> EuGH Rs. C-274/92 (*Schindler*) Slg. 1994, I-1039, 1096, Rz. 58.

<sup>597</sup> EuGH Rs. C-379/87 (*Groener*) Slg. 1989, I-3967, 3993, Rz. 19.

<sup>598</sup> EuGH Rs. 107/83 (*Klopp*) Slg. 1984, 2971, 2990, Rz. 20 f.

<sup>599</sup> EuGH Rs. 220/83 (*Kommission/Frankreich*) Slg. 1986, 3663, 3709, Rz. 20.

<sup>600</sup> EuGH Rs. C-298/99 (*Kommission/Italien*) Slg. 2002, I-3129, 3129, Rz. 38.

<sup>601</sup> EuGH Rs. 62/79 (*Coditel*) Slg. 1980, 881, 903, Rz. 15.

<sup>602</sup> EuGH Rs. C-288/98 (*Gouda*) Slg. 1991, I-4007, 4043, Rz. 22 f.

<sup>603</sup> *Stork* S. 209.

<sup>604</sup> Siehe bereits unter B. III. 2.

<sup>605</sup> EuGH Rs. C-167/01 (*Inspire Art*) GmbHR 2003, 1260 ff, Rz. 131 ff, 142.

Denn nur, wenn die Unternehmensmitbestimmung von ihrem Grundprinzip her als zwingendes Allgemeininteresse in Betracht kommt, kann auch eine konkrete Regelung gerechtfertigt sein.

Da den Mitgliedstaaten eine gewisse Einschätzungsprärogative bei der Bestimmung von zwingenden Allgemeininteressen zugestanden wird, ist bei der Einordnung der Unternehmensmitbestimmung zunächst von deren nationaler Bedeutung auszugehen. Dass der Unternehmensmitbestimmung dabei in Deutschland eine besonders hohe Bedeutung zukommt, wurde bereits oben unter D. III. 2. c. ausführlich dargelegt. Dies resultiert auch aus den Besonderheiten der spezifischen wirtschaftlichen Entwicklung in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg.<sup>606</sup> Das Grundprinzip einer starken Unternehmensmitbestimmung ist in Deutschland auch dem *ordre public* zuzuordnen.<sup>607</sup> Demnach stellt die (starke) Unternehmensmitbestimmung eine nationale Besonderheit dar, der auch ein besonderes Gewicht zukommt. Unter D. III. 2. c. wurde ebenfalls bereits dargestellt, dass die Unternehmensmitbestimmung nicht lediglich dem Schutz von Individual- und auch nicht lediglich wirtschaftlichen Interessen dient. Somit kann, entsprechend der Einordnung zum *ordre public*, festgestellt werden, dass nach nationaler Wertung die Unternehmensmitbestimmung als zwingendes Allgemeininteresse einzuordnen ist.

Wie vorstehend herausgearbeitet wurde, muss der Unternehmensmitbestimmung allerdings auch gemeinschaftsweit eine besondere Bedeutung zukommen, um eine Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zu ermöglichen. Folglich ist die Einordnung zum *ordre public* eines Mitgliedstaates nicht ausreichend. Im Folgenden wird die europarechtliche Bedeutung der Unternehmensmitbestimmung aufgezeigt.

#### **aa. Primärrechtliche Verankerung**

Bereits im Primärrecht der EU finden sich Anhaltspunkte, dass die Unternehmensmitbestimmung in der Gemeinschaft anerkannt ist.

---

<sup>606</sup> *Bayer AG* 2004, 534, 537.

<sup>607</sup> Siehe oben D. III. 2.

Dies lässt sich Art. 136 EG entnehmen. Darin wird festgelegt, dass die Mitgliedstaaten unter Beachtung auch der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer<sup>608</sup> u.a. einen angemessenen sozialen Schutz verwirklichen wollen. In Nr. 17 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer ist dabei ausdrücklich eine Weiterentwicklung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer entsprechend der verschiedenen Ausprägungen in den Mitgliedstaaten vorgesehen: „Unterrichtung, Anhörung und *Mitwirkung* der Arbeitnehmer müssen in geeigneter Weise, unter Berücksichtigung der in den verschiedenen Mitgliedstaaten herrschenden Gepflogenheiten, weiterentwickelt werden. Dies gilt insbesondere für Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse mit Betriebsstätten bzw. Unternehmen in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft“ [Hervorhebung nicht im Original] Dies zeigt deutlich, dass die Mitbestimmung in Europa anerkannt ist und insbesondere auch die verschiedenen Ausprägungen akzeptiert werden.

Um die Ziele des Art. 136 EG durchzusetzen, unterstützt die Gemeinschaft die Mitgliedstaaten gemäß der Vorgaben des Art. 137 EG. In Art. 137 Abs. 1 lit. f EG ist zur Verwirklichung der Ziele des Art. 136 EG ausdrücklich auch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer erwähnt. Art. 137 EG bildet dabei eine zentrale Kompetenzvorschrift im EG-Vertrag, der die Gemeinschaft zur Rechtsetzung in den dort genannten Gebieten ermächtigt.<sup>609</sup> Durch die explizite Nennung der Mitbestimmung in Art. 137 Abs. 1 lit. f EG wird die gemeinschaftsweite Anerkennung der Mitbestimmung deutlich. Auch bezieht sich Art. 137 Abs. 1 lit. f EG nicht lediglich auf die betriebliche Mitbestimmung, sondern erfasst nach h.M. auch die Unternehmensmitbestimmung.<sup>610</sup>

Eine primärrechtliche Anerkennung eines gemeinschaftsweiten Interesses an der Verwirklichung der Unternehmensmitbestimmung kann folglich nicht verneint werden.

---

<sup>608</sup> Die Charta wurde vom Europäischen Rat am 09.12.1989 angenommen. Im Internet abrufbar unter [www.europarl.eu.int/transl\\_de/Abc/g/Gemeinschaftscharta%20der%20sozialen%20Grundrechte%20der%20Arbeitnehmer.htm#P12\\_201](http://www.europarl.eu.int/transl_de/Abc/g/Gemeinschaftscharta%20der%20sozialen%20Grundrechte%20der%20Arbeitnehmer.htm#P12_201) (zuletzt geprüft am 21.01.2005).

<sup>609</sup> *Langer* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 137 EG Rn. 1, 5.

<sup>610</sup> *Krebber* in Calliess/Ruffert EUV/EGV Art. 137 Rn. 14; *Eichenhofer* in Streinz EUV/EGV Art. 137 Rn. 18; *Langer* in von der Groeben/Schwarze EUV/EGV Art. 137 EG Rn. 26.

## bb. Sekundärrechtliche Verankerung

Weiterhin hat die europaweite Anerkennung der Unternehmensmitbestimmung auch im Sekundärrecht eine Ausprägung erfahren.

Dies wird aktuell besonders deutlich durch die Ergänzungsrichtlinie zur Mitbestimmung in der SE (SE-RL)<sup>611</sup>. Dort wird insbesondere in der Begründung (vgl. Ziff. 3 und 7) klargestellt, dass die SE-RL gewährleisten soll, dass durch die Gründung einer SE keine Beseitigung oder Einschränkung von Gepflogenheiten der Arbeitnehmerbeteiligung in den beteiligten Gesellschaften eintritt. Diese Gewährleistung soll der Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft im sozialen Bereich dienen (vgl. Ziff. 3). Bereits durch diese Formulierung kommt eindeutig zum Ausdruck, dass die Unternehmensmitbestimmung, in jeder nationalen Ausprägung, gemeinschaftsweit anerkannt ist und auch nicht durch eine gemeinschaftsrechtliche Regelung zurückgedrängt werden soll. Auch wird in Ziff. 5 und 10 ausdrücklich respektiert, dass in der Gemeinschaft ein unterschiedlich hoher Standard der Unternehmensmitbestimmung besteht. Ganz deutlich kommt die gemeinschaftsweit Anerkennung der Unternehmensmitbestimmung (in den verschiedenen nationalen Ausprägungen) und der angestrebte Bestandsschutz durch die Formulierung in Ziff. 18 der Begründung der SE-RL zum Ausdruck: „Die Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer über die Beteiligung an Unternehmensentscheidungen ist fundamentaler Grundsatz und erklärtes Ziel dieser Richtlinie.“<sup>612</sup>. Außerdem werden die Mitgliedstaaten in Art. 11 SE-RL verpflichtet, bei der Umsetzung der Richtlinie sicher zu stellen, dass die Gründung einer SE nicht dazu missbraucht wird, Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Diese Bestimmung bringt folglich ebenfalls die Anerkennung der Unternehmensmitbestimmung in der EU zum Ausdruck. Europarechtlich wird somit gerade kein Bestreben unterstützt, bestehende Mitbestimmungsformen aufzuweichen oder gar abzuschaffen.

Entgegen der Kritiker der Unternehmensmitbestimmung spricht die Verankerung der Mitbestimmungsregelungen für die SE in der Ergänzungsrichtlinie nicht gegen eine europaweite Anerkennung derselben. Sofern der Unternehmensmit-

<sup>611</sup> Richtlinie 2001/86/EG ABl. EG Nr. L 294, 22 ff vom 10.11.2001; abgedruckt in Sonderbeilage zu NZG Heft 1/2002 S. 16 ff.

<sup>612</sup> Richtlinie 2001/86/EG ABl. EG Nr. L 294, 22 ff, Rz. 18.

bestimmung tatsächlich keine entsprechende Bedeutung zugekommen wäre, wäre eine entsprechende Kodifikation ganz unterblieben. Selbstverständlich stellt die gewählte Form ein Kompromiss dar, dieser resultiert aber nicht aus einer europaweiten (mit Ausnahme Deutschlands) gänzlichen Ablehnung der Unternehmensmitbestimmung, sondern auf den verschiedenen nationalen Vorstellungen zur deren Ausgestaltung.

Die Bedeutung und Anerkennung der Unternehmensmitbestimmung im Sekundärrecht wird auch durch den Entwurf für die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung (14. Richtlinie)<sup>613</sup> unterstrichen. Dort ist in Art. 3 Abs. 1 lit. c festgelegt, dass Gesellschaften im Rahmen der Sitzverlegung einen Verlegungsplan aufstellen müssen, in dem die Form der Arbeitnehmermitbestimmung geregelt sein muss. Dies zeigt, dass auch in dieser Materie europarechtlich die Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen sein wird. Gleiches gilt auch für den Richtlinienentwurf der Kommission für eine Richtlinie für grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (10. Richtlinie).<sup>614</sup> Auch in diesem Vorschlag sind Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung enthalten (vgl. Art. 14), die sich teilweise an den Regelungen der Ergänzungsrichtlinie der SE orientieren, zum Teil aber auch abweichende Regelungen enthalten. Selbstverständlich finden sich beide vorgenannten Richtlinienentwürfe noch in der Diskussion und sind noch weit davon entfernt, in den vorliegenden Fassungen tatsächlich verabschiedet zu werden. Dennoch zeigen auch sie, dass die Unternehmensmitbestimmung europaweit anerkannt und zu berücksichtigen ist.

Auch verdeutlichen die Entwürfe und die bereits angenommene Ergänzungsrichtlinie zur Mitbestimmung in der SE, dass es in Europa kein einheitliches Verständnis der Unternehmensmitbestimmung gibt, sondern dass die vielfältigen Ausgestaltungen anerkannt und berücksichtigt werden. Aufgrund dieser Tatsache kann die Einordnung der Unternehmensmitbestimmung als europaweit

---

<sup>613</sup> Entwurf abgedruckt in ZGR 1999, 157 ff; vgl. dazu bspw. *Di Marco* ZGR 1999, 3 ff; *Leible* ZGR 2004, 531 ff.

<sup>614</sup> Dokument KOM (2003) 703 vom 18.11.2003; im Internet abrufbar unter [www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/de/company/company/mergers/mergers\\_de.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/de/company/company/mergers/mergers_de.htm) (zuletzt geprüft am 21.01.2005); dazu bspw. *Maul/Teichmann/Wenz* BB 2003, 2633 ff und knapp zur enthaltenen Mitbestimmungsregelung *Bayer* BB 2004, 1, 9.

zwingendes Allgemeininteresse auch nicht aufgrund der Verschiedenartigkeit der Ausgestaltung abgelehnt werden, da die europarechtlichen Regelungen bzw. Entwürfe gerade diese Verschiedenartigkeit berücksichtigen und so das Gesamtkonzept einer Unternehmensmitbestimmung europaweit anerkennen. Auch hat der EuGH in seinen bisherigen Entscheidungen für die Anerkennung eines zwingenden Allgemeininteresses nicht gefordert, dass europaweit für das betreffende Allgemeininteresse ein einheitlich ausgestalteter Standard bestehen muss.<sup>615</sup> Entscheidend ist lediglich, ob das betreffende Interesse in der EU generell anerkannt ist; in welcher Ausprägung einzelne Mitgliedstaaten das entsprechende Interesse (bisher) realisiert haben, spielt dann keine Rolle.<sup>616</sup> Somit muss für die Unternehmensmitbestimmung gelten, dass auch durch die Kodifikation in der Ergänzungsrichtlinie (und durch die weiteren Entwürfe) eine generelle Anerkennung als zwingendes Allgemeininteresses besteht.<sup>617</sup> Nicht mehr entscheidend ist damit, dass in Deutschland stärker ausgeprägte Regelungen bestehen als in anderen Mitgliedstaaten.

Folglich hat die Anerkennung der Unternehmensmitbestimmung auch im Sekundärrecht ihren Niederschlag gefunden. Auch wenn das Sekundärrecht zwar nicht direkt das Primärrecht prägen kann, unterstreichen die vorstehende genannten Regelungen doch die gemeinschaftsweite Anerkennung als zwingendes Allgemeininteresse.<sup>618</sup>

### **cc. Anerkennung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs**

Neben der Anerkennung der Unternehmensmitbestimmung im Primär- und Sekundärrecht, ist auch der Rechtsprechung des EuGH eine entsprechende Anerkennung zu entnehmen.

---

<sup>615</sup> Vgl. bspw. die Anerkennung eines zwingenden Allgemeininteresses an der Kohärenz des Steuersystems (bspw. EuGH Rs. C-204/90 Slg. 1992, I-249), obwohl die Steuersysteme in den Mitgliedstaaten ganz erheblich unterschiedlich ausgestaltet sind. Gleiches gilt für die Anerkennung des Schutzes der Sozialordnung (bspw. EuGH Rs. C-67/98 Slg. 1999, I-7289), auch diese ist in den verschiedenen Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich ausgeprägt; so auch *Thüsing* ZIP 2004, 381, 386 und *Bayer AG* 2004, 534, 537.

<sup>616</sup> *Thüsing* ZIP 2004, 381, 386.

<sup>617</sup> So auch *Kersting* NZG 2003, 9, 10; *Bayer AG* 2004, 534, 537.

<sup>618</sup> Ähnlich *Eidenmüller/Rehm* ZGR 2004, 159, 184.

In seiner Rechtsprechung hat der EuGH in einer Vielzahl von Urteilen den sozialen Arbeitnehmerschutz anerkannt.<sup>619</sup> Zuletzt war dies ausdrücklich in der *Überseering*-Entscheidung der Fall, in der der EuGH feststellte: „Es lässt sich nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, *der Arbeitnehmer* oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.“<sup>620</sup> [Hervorhebung nicht im Original]. Besonders bedeutsam ist diese Aussage auch deshalb, da sie der EuGH gerade im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften getroffen hat.

Auch wenn der EuGH in seinen Urteilen bisher keine ausdrückliche Entscheidung zur Unternehmensmitbestimmung getroffen hat, zeigen die Entscheidungen doch, dass er dem Arbeitnehmerschutz eine besondere Bedeutung beimisst. Somit steht fest, dass die Unternehmensmitbestimmung, als Arbeitnehmerschutzrecht, auch vom EuGH anerkannt ist.

Gegen diese Feststellung spricht auch nicht die der *Überseering*-Entscheidung nachfolgende *Inspire Art*-Entscheidung<sup>621</sup> des EuGH. Zwar hat der Gerichtshof in dieser Entscheidung die Grenzen für rechtfertigbare Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sehr eng gezogen, doch lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen, dass dadurch eine rechtfertigbare Beschränkung durch Regeln zur Unternehmensmitbestimmung ausgeschlossen ist. Der EuGH hat in dieser Entscheidung Feststellungen zur Unzulässigkeit besonderer Publizitätserfordernisse getroffen, diese waren aber bereits nach diesbezüglich ergangenen Sekundärrecht unzulässig. Daneben hat er besondere Anforderungen hinsichtlich der Kapitalausstattung einer Gesellschaft als nach Art. 43 EG unzulässig erachtet. Diesen Feststellungen kann aber keine Tendenz für die Zulässigkeit von Beschränkungen durch Mitbestimmungsregelungen entnommen werden. Somit bleibt es bei der Aussage des *Überseering*-Urteils, dass grundsätzlich auch der

---

<sup>619</sup> Bspw. EuGH Rs. 62/81 (*Seco*) Slg. 1982, 223; EuGH Rs. 279/80 (*Webb*) Slg. 1981, 3305; EuGH Rs. C-279/00 (*Kommission/Italien*) Slg. 2002, I-1425; EuGH Rs. C-165/98 (*Mazzoleni/ISA*) Slg. 2001, I-2189; EuGH Rs. C-272/94 (*Guiot*) Slg. 1996, I-905; EuGH Rs. C-369/96 und C-376/96 (*Arblade*) Slg. 1999, I-8453.

<sup>620</sup> EuGH ZIP 2002, 2037, 2045, Rz. 92.

<sup>621</sup> vgl. dazu oben B. III.

Arbeitnehmerschutz eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen kann.<sup>622</sup> Lediglich der generelle Rahmen für zulässige Beschränkungen wurde durch die *Inspire Art*-Entscheidung enger gezogen.

#### **dd. Anerkanntes Institut in verschiedenen Mitgliedstaaten**

Dass die Unternehmensmitbestimmung europaweit anerkannt ist, lässt sich auch aus den verschiedenen Regelungen der Mitgliedstaaten zur Unternehmensmitbestimmung entnehmen. Gegen eine entsprechende Wertung spricht auch nicht, dass dem (bisherigen) deutschen Mitbestimmungsstandard eine singuläre Stellung zukommt. Für eine europaweite Anerkennung eines Allgemeininteresses ist es nach der Rechtsprechung des EuGH nämlich nicht erforderlich, dass das Interesse in allen Staaten mit der gleichen Intensität umgesetzt bzw. verfolgt wird, dazu bereits soeben und oben unter F. IV. 3. b. bb.

Neben Deutschland bestehen in folgende Mitgliedstaaten in verschiedenen Ausprägungen Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung (Kurzüberblick):

##### **Dänemark:**<sup>623</sup>

Im dänischen Aktiengesetz sind Vorschriften zur Vertretung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat von Gesellschaften und in Konzernaufsichtsräten enthalten. Sofern die Arbeitnehmer dies beschließen, müssen ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrates, mindesten aber zwei, Arbeitnehmer sein. Die Arbeitnehmervertreter haben dann dieselben Befugnisse wie die übrigen Aufsichtsratsmitglieder und sind genauso verpflichtet, das Unternehmen verantwortlich zu führen und dessen Interessen wahrzunehmen. D.h. sie dürfen die Interessen der Arbeitnehmer nicht stärker berücksichtigen als die Interessen des Unternehmens.

##### **Finnland:**<sup>624</sup>

Auch in Finnland gibt es Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung, diese sind ganz unterschiedlich ausgestaltet. Die Mitbestimmung im Verwaltungsrat

<sup>622</sup> Bayer BB 2003, 2357, 2365.

<sup>623</sup> Folgendes nach *Steinrücke/Meurs-Gerken* in *ArbeitsR in Europa, Dänemark*, S. 179 ff, Rn.130 ff; *Krüger Andersen* in *Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU* S. 11 ff und *Böckler Stftg GesR u MitbestR in der EU*, S. 13

<sup>624</sup> Folgendes nach *Böckler Stftg GesR u MitbestR in der EU* S. 25 und *Toiviainen* in *Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU* S. 25 ff.

findet dabei in einem Verhältnis von einem Arbeitnehmervertreter zu vier Anteilseignervertretern (aber maximal vier Arbeitnehmervertreter) statt.

**Frankreich:**<sup>625</sup>

In Frankreich bestehen grundsätzlich keine zwingenden Vorgaben für eine Unternehmensmitbestimmung, außer im Bereich der öffentlichen Unternehmen: dort ist eine Arbeitnehmerbeteiligung von drei Mitgliedern bis zu einem Drittel der Mitglieder des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgans vorgesehen. Für die privaten Unternehmen ist dagegen vorgesehen, dass sie freiwillig Arbeitnehmer beteiligen können.

**Griechenland:**<sup>626</sup>

Es bestehen zwar keine generellen Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung, aber im Bereich der öffentlichen Unternehmen sowie in der Bergbau- und Zementindustrie bestehen Regelungen zur Mitwirkung der Arbeitnehmer auch im Rahmen der allgemeinen wirtschaftlichen Verwaltung der Unternehmen.

**Irland:**<sup>627</sup>

Irland kennt im privaten Sektor keine Unternehmensmitbestimmung, im öffentlichen Sektor ist allerdings die Besetzung des board of directors mit einem Drittel Arbeitnehmervertretern vorgesehen.

**Luxemburg:**<sup>628</sup>

Auch in Luxemburg existieren Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung. So müssen bei einer Aktiengesellschaft ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrates Arbeitnehmervertreter sein.

---

<sup>625</sup> Folgendes nach Böckler Stftg GesR u MitbestR in der EU S. 27.

<sup>626</sup> Folgendes nach *Kerameos/Kerameus* in ArbeitsR in Europa, Griechenland, S. 303 ff, Rn. 139 und Böckler Stftg GesR u MitbestR in der EU S. 33.

<sup>627</sup> Folgendes nach Böckler Stftg GesR u MitbestR in der EU S. 37.

<sup>628</sup> Folgendes nach Böckler Stftg GesR u MitbestR in der EU S. 43.

**Malta:**<sup>629</sup>

In Malta muss bei öffentlichen Unternehmen ein Mitglied des board of directors ein Arbeitnehmervertreter sein. Im privaten Bereich bestehen keine Mitbestimmungsregeln.

**Österreich:**<sup>630</sup>

In Österreich ist für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung eine Drittelbeteiligung vorgesehen. Die Arbeitnehmervertreter haben dabei grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die Anteilseignervertreter.

**Polen:**<sup>631</sup>

In Polen unterliegen Unternehmen, an denen der Staat beteiligt ist, einer Mitbestimmungsregelung. Danach sind bei mehr als 50 %iger Staatsbeteiligung zwei Fünftel des Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen, bei einer Staatsbeteiligung von unter 50 % zwei bis vier Aufsichtsratsmitglieder je nach Größe des Aufsichtsrates. In privaten Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern ist ein Mitglied des Vorstands mit einem Arbeitnehmervertreter zu besetzen.

**Schweden:**<sup>632</sup>

In Schweden bestehen Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung, wonach Arbeitnehmer bis zu drei Sitze im Verwaltungsrat bestimmter Gesellschaftsformen erhalten. Diese Vertreter haben grundsätzlich die gleichen Befugnisse wie die übrigen Organmitglieder.

---

<sup>629</sup> Folgendes nach Böckler Stftg European Company S. 71 ff.

<sup>630</sup> Folgendes nach Böckler Stftg GesR u MitbestR in der EU S. 51, 53 und *Kalss* in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 95.

<sup>631</sup> Folgendes nach Böckler Stftg European Company S. 71 ff.

<sup>632</sup> Folgendes nach *Nordlöf* in ArbeitsR in Europa, Schweden, S. 985 ff, Rn. 197; Böckler Stftg GesR u MitbestR in der EU S. 61 und *Victorin* in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 125 ff.

**Slowakei:**<sup>633</sup>

In der Slowakei muss bei privaten Gesellschaften mit Aufsichtsrat und mehr als 50 Arbeitnehmern ein Drittel des Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern besetzt sein, bei öffentlichen Unternehmen die Hälfte.

**Slowenien:**<sup>634</sup>

In Slowenien müssen Gesellschaften, die einen Aufsichtsrat haben (ab 500 Arbeitnehmern zwingend vorgeschrieben) je nach Satzung der Gesellschaft zwischen einem Drittel und der Hälfte des Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern besetzt sein. Zusätzlich muss bei Gesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern ein Mitglied des Vorstands ein Arbeitnehmervertreter sein.

**Tschechien:**<sup>635</sup>

Das tschechische Handelsgesetzbuch sieht bei Aktiengesellschaften eine Unternehmensmitbestimmung durch die Besetzung des Aufsichtsrates mit einem Drittel Arbeitnehmern vor.

**Ungarn:**<sup>636</sup>

Auch in Ungarn bestehen Regeln für eine Unternehmensmitbestimmung. Bei Gesellschaften mit mehr als 200 Arbeitnehmern muss der Aufsichtsrat zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzt sein.

Wie der vorstehende Kurzüberblick zeigt, ist der Gedanke der Unternehmensmitbestimmung in vielen Staaten der EU verankert. Die Mitbestimmung ist dabei je nach Tradition und nationaler Auffassung in ganz verschiedenen Formen ausgestaltet. Daneben gibt es allerdings auch einige Staaten, bspw. Großbritannien, Italien, Spanien und Portugal,<sup>637</sup> in denen überhaupt keine Mitbestimmungsregeln existieren. In den Niederlanden besteht wiederum ein ganz

<sup>633</sup> Folgendes nach Böckler Stftg European Company S. 71 ff.

<sup>634</sup> Folgendes nach Böckler Stftg European Company S. 71 ff.

<sup>635</sup> Folgendes nach *Linhart/Schwarz/Hlaký* in *ArbeitsR in Europa*, Tschechien, S. 1175 ff, Rn. 134 f und Böckler Stftg European Company S. 71 ff.

<sup>636</sup> Folgendes nach Böckler Stftg European Company S. 71 ff.

<sup>637</sup> Vgl. Böckler Stftg GesR u MitbestR in der EU S. 39, 41, 55, 59, 65, 67, 69.

eigenständiges System.<sup>638</sup> Dort gibt es keine gesetzlich vorgeschriebene direkte Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von Unternehmen, dieser ergänzt sich vielmehr selbst durch Kooption. Der Betriebsrat hat ein nicht bindendes Vorschlagsrecht. Jedoch kann alleine die Tatsache, dass einzelne Staaten keine Unternehmensmitbestimmung kennen, nicht deren europaweite Anerkennung die die Unternehmensmitbestimmung durch Verankerung in einer Vielzahl von europäischen Rechtsordnungen gefunden hat, in Zweifel ziehen. Dadurch ist klar, dass auch auf der Ebene der Mitgliedstaaten die Unternehmensmitbestimmung anerkannt ist und somit ein europaweites Allgemeininteresse nicht abgelehnt werden kann.

### ee. Zwischenergebnis

Die Unternehmensmitbestimmung stellt somit auch ein europarechtliches zwingendes Allgemeininteresse dar.<sup>639</sup> Damit können Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung, die die Niederlassungsfreiheit beschränken, grundsätzlich auch gerechtfertigt sein. Ob eine Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch nationale Mitbestimmungsregeln allerdings tatsächlich möglich ist, kann nur anhand der weiteren Voraussetzungen für eine Rechtferti-

---

<sup>638</sup> Dazu Böckler StfG European Company S. 62 f; *Timmerman/Spanjaard* in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 75 ff.

<sup>639</sup> Diese Auffassung wird auch von einem größeren Teil der Literatur vertreten, vgl. bspw.: *Bayer AG* 2004, 534, 537 f; *ders.* BB 2003, 2357, 2365; *Thüsing ZIP* 2004, 381, 386 f; *Kamp BB* 2004, 1496, 1499 f; *Kersting NZG* 2003, 9, 10; *Kindler NJW* 2003, 1073, 1079; *von Hase BuW* 2003, 944, 949; *Leible ZGR* 2004, 531, 552; *Kieninger ZGR* 1999, 724, 744 f; *von Halen WM* 2003, 571, 577; *Grundmann/Möslein ZGR* 2003, 313, 350 f; wohl auch *Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht (Group of German Experts on Corporate Law) ZIP* 2003, 863, 877.

Dagegen bspw.: *Riegger ZGR* 2004, 510, 518 ff; *Ebke JZ* 2003, 927, 931; *Eidenmüller ZIP* 2002, 2233, 2242; *Hammen WM* 1999, 2487, 2493 ff; *Sandrock BB* 2003, 2588, 2589; *ders.* AG 2004, 57, 60 ff; *Veit/Wichert AG* 2004, 14, 17 f; *Forsthoff DB* 2002, 2471, 2477; *Paefgen DB* 2003, 487, 491 f; *Binz/Mayer GmbHR* 2003, 249, 257; *Windbichler AG* 2004, 190, 191.

Zweifelnd: *Ziemons ZIP* 2003, 1913, 1917 f;

Unklar: *Schanze/Jüttner AG* 2004, 661, 668, die aber in AG 2003, 30, 36 zunächst eine Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften für möglich gehalten haben. Unklar auch *Zimmer NJW* 2003, 3585, 3590 f, der feststellt, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass der EuGH eine Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften als zulässig erachten würde, aber aus anderen Gründen eine Erstreckung insgesamt ablehnt.

gung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses und nur anhand eines konkreten Umsetzungsmodells geklärt werden.

### c. Geeignetheit

Als weitere Anforderung nach den vier Voraussetzungen des EuGH für eine Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses ist erforderlich, dass eine nationale Regelung, die ein anerkanntes zwingendes Allgemeininteresse umsetzt, dazu geeignet ist. Dies ist dann der Fall, wenn sie die Erreichung des entsprechenden Allgemeininteresses fördert.<sup>640</sup> Folglich ist zu prüfen, inwieweit durch die entsprechende Regelung das mit ihr verfolgte Allgemeininteresse durchgesetzt werden kann.<sup>641</sup>

Bei Bestimmung, ob eine Regelung zur Erreichung des intendierten Ziels geeignet ist, haben die Mitgliedstaaten grundsätzlich einen weiten Beurteilungsspielraum, lediglich ein inkonsequentes Vorgehen bzw. ein gänzlich untaugliche Mittel sind unzulässig.<sup>642</sup> Die Geeignetheit einer Regelung scheidet nach der Rechtsprechung des EuGH dabei auch nicht schon in den Fällen aus, in denen das durch die Regelung verfolgte Ziel nicht vollständig erreicht wird.<sup>643</sup> Damit können die Mitgliedstaaten die Mittel zur Durchsetzung des Allgemeininteresses grundsätzlich frei wählen und es sind auch solche Mittel zunächst nicht unzulässig i.S.v. ungeeignet, die das verfolgte Ziel nur unzulänglich erreichen.

Für die abstrakte Umsetzung nach Konstellation a kann aufgrund dieser allgemeinen Anforderungen festgestellt werden, dass Geeignetheit grundsätzlich gegeben ist. Schließlich fördert eine entsprechende Umsetzung offensichtlich die möglichst umfassende Umsetzung des Allgemeininteresses „Unternehmensmitbestimmung“ im Sinne des Schutzes von Arbeitnehmerinteressen.<sup>644</sup> Ob

<sup>640</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2292.

<sup>641</sup> *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 79.

<sup>642</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV Rn. 184; *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 79; *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2292; so auch *Everling* in GS Knobbe-Keuk S. 607, 622.

<sup>643</sup> Vgl. bspw. EuGH Rs. 52/79 (*Debauve*) Slg. 1980, 833, 858, Rz. 19; *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV Rn. 157.

<sup>644</sup> So auch *Thüsing* ZIP 2004, 381, 387: „Die Geeignetheit, Arbeitnehmerschutz zu sichern, kann der Mitbestimmung nicht abgesprochen werden.“; ebenso *Eidenmüller/Rehm* ZGR 2004, 159, 185; *Franzen* RdA 2004, 257, 262.

eine nationale Regelung, basierend auf Konstellation a, letztlich in diesem Sinn geeignet ist, kann nur anhand des konkreten Einzelfalls, d.h. anhand des konkreten Umsetzungsmodells, geprüft werden.<sup>645</sup> Dies erfolgt im Anschluss unter G.

#### d. Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit einer die Niederlassungsfreiheit beschränkenden nationalen Regelung ist dann zu bejahen, wenn das mit der Regelung verfolgte Allgemeininteresse nicht gleich effektiv durch eine weniger belastende Maßnahme erreicht werden kann, d.h. wenn kein milderer, gleich effektives Mittel zur Erreichung des betreffenden Allgemeininteresses zur Verfügung steht.<sup>646</sup>

Im Rahmen der Erforderlichkeit sind dabei Regelungen der anderen Mitgliedstaaten zur entsprechenden Materie grundsätzlich unbeachtlich. Alleine die Tatsache, dass ein anderer Mitgliedstaat bzgl. des betreffenden Allgemeininteresses möglicherweise schwächere Regelungen als die in Frage stehende Regelungen des Zuzugsstaates erlassen hat, steht nämlich noch nicht der Erforderlichkeit der betreffenden Regelung entgegen.<sup>647</sup> Die Regelungen anderer Mitgliedstaaten für den betreffenden Bereich sind nach der Rechtsprechung des EuGH für die Beurteilung der Erforderlichkeit der betreffenden Regelung grundsätzlich ohne Bedeutung.<sup>648</sup> Dies folgt daraus, dass die Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten nicht verpflichten, ihre Regelungen in Bereichen, die (noch) nicht durch Gemeinschaftsrecht harmonisiert worden sind, auf das Regelungsniveau des Mitgliedstaates anzupassen, der die schwächste Regelung für den betreffenden Bereich hat.<sup>649</sup> Ein sog. race to the bottom, hin zum niedrigsten Regelungsniveau in der Gemeinschaft für das betreffende Allgemeininteresse, fordern die Grundfreiheiten folglich nicht.<sup>650</sup>

<sup>645</sup> *Frenz Hdb Europarecht* Bd. 1 Rn. 2292.

<sup>646</sup> *Frenz Hdb Europarecht* Bd. 1 Rn. 2293.

<sup>647</sup> *Stork* S. 112; *Frenz Hdb Europarecht* Bd. 1 Rn. 2300; *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV* Rn. 173.

<sup>648</sup> Vgl. bspw. EuGH Rs. C-108/96 (*Mac Quen*) Slg. 2001, I-837, 868, Rz. 33 f; *Frenz Hdb Europarecht* Bd. 1 Rn. 2300.

<sup>649</sup> GA *Jacobs* in EuGH Rs. C-384/93 (*Alpine Investments*) Slg. 1995, I-1141, 1165, Anm. 90; *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV* Rn. 173.

<sup>650</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV* Rn. 173; vgl. dazu die ähnlichen Erwägungen oben unter D. V.

Auch kann die Erforderlichkeit der Regelung nicht mit dem pauschalen Argument bestritten werden, die betriebliche Mitbestimmung sei zur Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer ausreichend. Dass es sich bei der betrieblichen Mitbestimmung und der Unternehmensmitbestimmung um Institute mit ganz verschiedenen Schutzrichtungen handelt, die sich zwar ergänzen aber nicht ersetzen können, wurde bereits oben unter D. III. 2. c. ff. ausführlich dargestellt.

Für die abstrakte Umsetzung nach Konstellation a kann aufgrund dieser allgemeinen Anforderungen festgestellt werden, dass die Erforderlichkeit einer entsprechenden Regelung nicht von vorne herein ausgeschlossen ist. Ob eine konkrete nationale Regelung, basierend auf Konstellation a, letztlich in diesem Sinn tatsächlich erforderlich ist, d.h. das mildeste Mittel zur Erreichung des Zieles darstellt, kann nur anhand des konkreten Umsetzungsmodells, geprüft werden.<sup>651</sup> Dies erfolgt im Anschluss unter G.

### **e. Angemessenheit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn**

Teilweise wird in der Literatur<sup>652</sup> neben den vorgenannten Prüfungspunkten im Rahmen der Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch ein zwingendes Allgemeininteresse auch eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, d.h. der Angemessenheit, vorgenommen.

Eine nationale Regelung ist danach dann angemessen, wenn das mit ihr verfolgte Ziel und die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in einem abgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Somit ist das Interesse des regelnden Mitgliedstaates an der Verwirklichung des Allgemeininteresses mit dem Interesse an der unbeschränkten Durchsetzung der Niederlassungsfreiheit gegeneinander abzuwägen,<sup>653</sup> eine unangemessene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist jedenfalls unzulässig<sup>654</sup>.

Ob dieser Prüfungspunkt allerdings tatsächlich, bzw. in welcher Intensität, erforderlich ist, wird aus der Rechtsprechung des EuGH nicht klar deutlich, da

---

<sup>651</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2292.

<sup>652</sup> Vgl. bspw. *Müller-Graff* in Streinz EUV/EGV Art. 43 EGV Rn. 82; *Roth* in Dausen Hdb EU-Wirtschaftsrecht E I Rn. 122.

<sup>653</sup> *Everling* in FS Knobbe-Keuk S. 607, 621.

<sup>654</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2301.

diese Prüfung in der Rechtsprechung bisher lediglich eine untergeordnete Rolle gespielt hat<sup>655</sup>. Insbesondere in den Entscheidungen *Kraus*<sup>656</sup> und *Gebhard*<sup>657</sup>, in denen der EuGH eine Rechtfertigung von Beschränkungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses auf die Niederlassungsfreiheit übertrug, lag der Schwerpunkt der Prüfung bei der Feststellung, ob ein zwingendes Allgemeininteresse vorlag und ob die Regelung erforderlich und geeignet war, eine besondere Angemessenheitsprüfung hat der EuGH dagegen nicht vorgenommen.<sup>658</sup> Jedenfalls ist bei einer Prüfung der Angemessenheit aber stets das besondere Interesse an der möglichst unbeschränkten Durchsetzung der Grundfreiheiten (effet utile) zu berücksichtigen.<sup>659</sup> Allerdings sind im Rahmen der Abwägung auch die Interessen und Strukturen des regelnden Mitgliedstaates zu berücksichtigen, dessen Wertungen sind dabei grundsätzlich der Abwägung zugrunde zu legen.<sup>660</sup>

Auch wenn der EuGH die Angemessenheit einer beschränkenden Maßnahme bisher nicht ausdrücklich in einem eigenen Prüfungspunkt behandelt hat, muss dennoch davon ausgegangen werden, dass eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Regelung letztlich auch angemessen sein muss, um durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein zu können. Ob dies nun in einem eigenen Prüfungspunkt erörtert wird oder, wie es die Rechtsprechung des EuGH nahe legt, implizit bei der Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der betreffenden Regelung geschieht, macht letztlich keinen Unterschied. Aufgrund der klareren Systematik wird im Rahmen der unter G. folgenden Beurteilung einzelner Umsetzungsmodelle die Angemessenheit in einem eigenen Prüfungspunkt dargestellt.

Ob eine nationale Regelung, basierend auf Konstellation a, letztlich in diesem Sinn auch tatsächlich angemessen ist, kann nur anhand des konkreten Umsetzungsmodells geprüft werden.<sup>661</sup> Dies erfolgt im Anschluss unter G.

---

<sup>655</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2304; vgl. auch *Thüsing* ZIP 2004, 381, 387; *Bayer* AG 2004, 534, 538.

<sup>656</sup> Siehe Fn. 500.

<sup>657</sup> Siehe Fn. 501.

<sup>658</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2304.

<sup>659</sup> *Stork* S. 230; *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2306.

<sup>660</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2306.

<sup>661</sup> *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2292.

#### **4. Ergebnis**

Ein Umsetzungsmodell der Unternehmensmitbestimmung, das europarechtskonform zuziehende Auslandsgesellschaften erfassen soll, muss sämtliche vorgenannten Anforderungen erfüllen. Insbesondere ist dabei die Erforderlichkeit eines bestimmten Modells zu prüfen, da hier aufgrund der unterschiedlichen Unternehmensverfassungen in Europa – dualistisches bzw. monistisches Organisationsmodell – schwierige Anpassungen zu erwarten sind.

## G. Änderungsmodelle

Im Folgenden werden nun Modelle dargestellt und an den oben ausgearbeiteten Anforderungen des Europarechts dahingehend geprüft, ob sie für eine europarechtskonforme Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften geeignet sind. Dabei scheiden von vorneherein sämtliche Modelle aus, die zu einer direkten Diskriminierung führen, da solche Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit vorliegend nicht gerechtfertigt werden können.<sup>662</sup>

Grundlage der folgenden Untersuchung ist auch, dass es sich bei den nationalen Regelungen, die auf die zuziehenden Auslandsgesellschaften angewandt werden sollen, um unterschiedslos anwendbare Maßnahmen i.S.d. Rechtsprechung des EuGH handeln muss, da andernfalls eine Rechtfertigung ausscheidet; siehe dazu bereits oben unter F. IV. 2. Das bedeutet, dass die Regelungen, die auf die Auslandsgesellschaften angewandt werden sollen, in gleicher Art und Weise und in gleichem Umfang auch für die inländischen Gesellschaften gelten müssen.<sup>663</sup>

Soweit eine Anwendung auf die zuziehenden Auslandsgesellschaften durch eines der folgenden Modelle möglich ist, soll, wie bisher, Grundvoraussetzung für die Anwendung das Erreichen einer Beschäftigungsschwelle von mind. 2000 Arbeitnehmern in Deutschland bleiben. Dies ist ein bewährter Anknüpfungspunkt für die Verwirklichung einer weitgehenden Unternehmensmitbestimmung. Durch dieses Erfordernis wird auch gewährleistet, dass bei der entsprechenden (Auslands-)Gesellschaft ein hinreichender Inlandsbezug vorliegt, der zur Rechtfertigung einer Anknüpfung beiträgt. Demgemäß haben die folgenden Modelle zum Ziel, nationale Mitbestimmungsregeln auf Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz und mehr als 2000 Arbeitnehmern in Deutschland anzuwenden.

Im Rahmen der folgenden Darstellung und Prüfung der Kriterien des EuGH erfolgt keine erneute Prüfung der Voraussetzung des europarechtlich zwingen-

---

<sup>662</sup> Vgl. dazu die unter F. III. 3. festgestellte Unanwendbarkeit von Art. 46 EG, der einzig direkte Diskriminierungen rechtfertigen könnte.

<sup>663</sup> Zur Abgrenzung von der grds. zulässigen Inländerdiskriminierung siehe ebenfalls oben unter C. IV. 2. a.

den Allgemeininteresses für Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung. Dass das Grundprinzip der Unternehmensmitbestimmung ein solches europarechtlich anerkanntes Allgemeininteresse ist, wurde ausführlich bereits oben unter F. IV. 3. b. dargestellt. Da alle im Folgenden dargestellten Modelle letztlich das Grundprinzip der Unternehmensmitbestimmung verwirklichen, erübrigt sich eine Wiederholung der Ausführungen.

## **I. Aufhebung der Rechtsformbindung in § 1 Mitbestimmungsgesetz**

Als naheliegendstes Modell, nationale Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung auch auf Auslandsgesellschaften anzuwenden, kommt in Betracht, schlicht die Rechtsformbindung in § 1 MitbestG aufzuheben, zunächst ohne weitere Veränderungen im MitbestG vorzunehmen.<sup>664</sup> Dies hätte zur Folge, dass grundsätzlich alle Gesellschaften der entsprechenden Rechtsformen, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland haben, der nationalen Unternehmensmitbestimmung unterfallen würden. Konsequenz wäre folglich, dass nach dann geltender Rechtslage alle Gesellschaften der betreffenden Rechtsformen gezwungen wären, ab Erreichen des Schwellenwertes von 2000 Arbeitnehmern eine paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat nach den übrigen (unveränderten) Vorschriften des MitbestG einzuführen.

Die Erörterung dieses Modells erfolgt hier zur Verdeutlichung, um nochmals aufzuzeigen, dass eine Anwendung der bisherigen Mitbestimmungsregelungen europarechtlich unzulässig ist und lediglich eine veränderte Form der Mitbestimmung zulässig sein kann.<sup>665</sup>

---

<sup>664</sup> So in der Literatur bspw. ansatzweise erwähnt bei *Schanze/Jüttner* AG 2003, 30, 35; *von Hase* BuW 2003, 944, 949; *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 17; *Zimmer* NJW 2003, 3585, 3591; *ders.* IntGesR S. 164; zum Formulierungsvorschlag vgl. E. III.

<sup>665</sup> Siehe dazu bereits unter C. IV. 3.

## 1. Rechtfertigungsvoraussetzungen des Europäischen Gerichtshofs

### a. Unterschiedslose und nichtdiskriminierende Anwendung

Dieses Modell würde zweifelsohne zu einer unterschiedslosen Anwendung der Mitbestimmungsregeln auf alle Gesellschaften der betreffenden Rechtsformen mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland führen. Diesem Rechtfertigungskriterium für Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit würde eine entsprechende Regelung folglich gerecht werden. Das Modell bereitet aber bereits unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung erhebliche Probleme. Da die zuziehenden Gesellschaften eine Unternehmensmitbestimmung durch paritätische Besetzung eines Aufsichtsrates einrichten müssten, würde dies besonders für monistisch organisierte Auslandsgesellschaften zu einer faktischen Schlechterbehandlung gegenüber Inlandsgesellschaften führen. Für die Inlandsgesellschaften, jedenfalls für die Aktiengesellschaft, stellt die Verwirklichung einer solchen Regelung keine praktischen Schwierigkeiten dar, da für sie ein Aufsichtsrat zwingend vorgeschrieben ist. Für monistisch organisierte Auslandsgesellschaften würde dies aber bedeuten, dass sie ein entsprechendes Organ erst bilden müssten. Aufgrund ihrer originären Organisationsstruktur wären Inlandsgesellschaften, jedenfalls die deutschen Aktiengesellschaften, gegenüber zuziehenden Auslandsgesellschaften somit besser gestellt. Es läge folglich, jedenfalls für monistisch organisierte zuziehende Auslandsgesellschaften, eine faktische Diskriminierung vor, da für diese die Umsetzung des Mitbestimmungsmodells erheblich schwerer wäre, da sie ein Gesellschaftsorgan mit weit reichenden Kompetenzen einführen müssten, das sie nach ihrem Gründungsrecht überhaupt nicht kennen.<sup>666</sup> Somit scheidet ein entsprechendes Modell bereits an diesem Prüfungspunkt aus.

### b. Geeignetheit

Eine derart gestaltete Neuregelung müsste weiterhin auch noch geeignet sein. Dies ist der Fall, wenn sie die Erreichung des Allgemeininteresses der Unternehmensmitbestimmung zu fördern vermag. Ein Zwang zur paritätischen Beset-

---

<sup>666</sup> A.A. *Franzen* RdA 2004, 257, 262 der darin keine unzulässige Schlechterbehandlung sieht.

zung des Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern fördert zweifellos das Ziel, eine möglichst weitgehende Unternehmensmitbestimmung zu erreichen. Ebenso kann eine entsprechende Regelung auch nicht als gänzlich untauglich eingestuft werden, da sie ohne Frage der Verwirklichung der Mitbestimmung dient. Auch kann der Regelung nicht der Vorwurf der Inkonsequenz entgegengehalten werden.<sup>667</sup> Sofern dies einem entsprechenden Modell (und auch bereits der jetzigen Rechtslage in Deutschland) entgegengehalten wird, da nur (bestimmte) Kapitalgesellschaften der Regelung unterfallen, ist folgendes festzustellen:

Es bestehen sachliche Gründe, nur bestimmte Gesellschaften der Mitbestimmung nach dem MitbestG zu unterwerfen. Sofern kritisiert wird, dass die Mitbestimmung nur in Großunternehmen ab 2000 Arbeitnehmern greift, muss entgegnet werden, dass gerade in Großunternehmen aufgrund der gesteigerten Anonymität der Arbeitnehmer und der häufig weit verteilten Betriebsstätten ein ganz besonderes Interesse an einer starken Beteiligung besteht, da der einzelne Arbeitnehmer seine Interessen in einer solchen Struktur nur sehr schwer vertreten kann.<sup>668</sup> Die Anknüpfung an bestimmte Rechtsformen und Arbeitnehmerzahlen stellt insoweit ein sachgerechtes und nicht zu beanstandendes Differenzierungskriterium dar.<sup>669</sup> Auch besteht i.d.R. gerade erst bei Unternehmen ab einer gewissen Größe eine ausreichend differenzierte Organisation, an denen die Regelungen des MitbestG ansetzen können.<sup>670</sup> Außerdem können der Beschränkung auf Gesellschaften dieser Größe auch sachliche Kosten/Nutzen-Erwägungen zugrunde liegen.<sup>671</sup> Dem Einwand, dass Personengesellschaften, auch wenn sie die Arbeitnehmerschwelle erreichen, nicht erfasst werden, ist entgegenzuhalten, dass sich Mitbestimmung und persönliche Haftung nicht in Einklang bringen lassen.<sup>672</sup>

Weiterhin ist an dieser Stelle anzumerken, dass der EuGH auch gerade nicht fordert, dass das verfolgte Ziel vollständig erreicht wird, vielmehr kann der betreffende Mitgliedstaat die Regelung relativ frei selbst bestimmen und eine

---

<sup>667</sup> So bspw. *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 17.

<sup>668</sup> So auch bereits BVerfGE 50, 290, 380 f.

<sup>669</sup> *Eidenmüller/Rehm* ZGR 2004, 159, 184.

<sup>670</sup> Regierungsbegründung zum Gesetzentwurf BT-Drcks. 7/2172 S. 19.

<sup>671</sup> *Eidenmüller* JZ 2004, 24, 29.

<sup>672</sup> Bericht der Mitbestimmungskommission BT-Drcks. 6/334 S. 116.

Regelung ist auch dann grundsätzlich nicht ungeeignet, wenn sie das Ziel nur unzulänglich erreicht.<sup>673</sup>

Somit kann festgehalten werden, dass die schlichte Aufhebung der Rechtsformbindung grundsätzlich jedenfalls geeignet i.S.d. EuGH-Rechtsprechung wäre.

### c. Erforderlichkeit

Hauptfrage beim hier erörterten Modell ist die Erforderlichkeit einer entsprechenden Regelung. Dies ist für eine Regelung nur zu bejahen, wenn das Ziel nicht gleich effektiv durch eine weniger belastende Maßnahme erreicht werden kann, d.h. wenn kein milderer, gleich effektives Mittel zur Durchsetzung der Unternehmensmitbestimmung zur Verfügung steht.<sup>674</sup> Um dies beurteilen zu können, muss man sich die konkreten Auswirkungen der Regelung für zuziehende Auslandsgesellschaften klarmachen: wenn außer der Aufhebung der Rechtsformbindung keine Veränderungen im MitbestG vorgenommen würden, hätte dies zur Folge, dass alle betreffenden Auslandsgesellschaften einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat einrichten müssten. Dies mag zunächst für Auslandsgesellschaften, die dualistisch organisiert sind, noch problemlos durchführbar sein.<sup>675</sup> Allerdings wirft dies im Hinblick auf die neueren Entscheidungen des EuGH große Probleme für Gesellschaften auf, die monistisch organisiert sind. Für diese bestünde nämlich ein Zwang, einen Aufsichtsrat nach deutschem Modell einzurichten, obwohl eine derartige Institution mit dessen Kompetenzen nach ihrem Gründungsrecht ihnen vollständig fremd ist. Dies hätte somit einen tiefen Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft zur Folge. Ein entsprechender Zwang widerspräche eklatant der *Überseering*- und der *Inspire Art*-Entscheidung, wonach Auslandsgesellschaften im Zuzugsstaat grundsätzlich so anzuerkennen sind, wie sie nach ihrem Gründungsrecht bestehen, d.h. ein Eingriff in die Organisationsstruktur ist nur in sehr engen Grenzen zulässig. Der Zwang zur Bildung eines Aufsichtsrates nach deutschem Verständnis mit dessen weit reichenden Entscheidungskompetenzen lässt sich

---

<sup>673</sup> Vgl. F. IV. 3. c.

<sup>674</sup> Vgl. F. IV. 3. d.

<sup>675</sup> Allerdings bestehen auch in diesem Fall Probleme, wenn möglicherweise nach dem Gründungsrecht eine so weitgehende Besetzung des Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern ausgeschlossen ist; diese Bedenken äußert auch bereits *Zimmer IntGesR* S. 167.

nach dieser Rechtsprechung nicht durchsetzen, dies würde die engen Grenzen, die der EuGH gesetzt hat, weit überschreiten.<sup>676</sup> Es ist nicht vermittelbar, dass eine Arbeitnehmerbeteiligung auf Unternehmensebene ausschließlich durch einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat zu erreichen ist und keine gleich effektive, mildere Möglichkeit der Verwirklichung der Unternehmensmitbestimmung besteht.<sup>677</sup> Aufgrund des starken Eingriffs in die Organisationsstruktur einer monistisch organisierten Auslandsgesellschaft kann nicht angenommen werden, dass eine entsprechende Regelung erforderlich i.S.d. Rechtsprechung des EuGH ist. Den besonderen Umsetzungsproblemen für monistisch organisierte Gesellschaften kann auch nicht dadurch begegnet werden, dass man als Ausnahme für diese eine andere Form der Umsetzung der Mitbestimmung als für dualistisch organisierte Gesellschaften vorsieht. Dann würde nämlich keine unterschiedslos anwendbare Regelung mehr vorliegen und folglich eine Rechtfertigung bereits aufgrund der Ausgestaltung der Regelung an sich ausscheiden.<sup>678</sup>

Ein weiterer Konflikt mit dem Erforderlichkeitskriterium besteht unter dem Gesichtspunkt, dass auch Gesellschaften zuziehen können, für die bereits nach ihrem Gründungsrecht Mitbestimmungsregelungen gelten.<sup>679</sup> Sofern diese Regelungen von den deutschen abweichen, was aufgrund des hohen deutschen Niveaus der Regelfall sein wird, wären sie bei Scheitern der Verhandlungen ebenfalls gezwungen, neben den nach ihrem Gründungsrecht zwingend vorgeschriebenen Mitbestimmungsregelungen auch einen mitbestimmten Aufsichtsrat deutscher Form einzurichten. Dass die Durchsetzung der deutschen Mitbestimmungsregelungen in diesem Fall das effektivste und mildeste Mittel zur Umsetzung der Unternehmensmitbestimmung ist, muss abgelehnt werden. In diesem Fall kommt als milderer und zur Durchsetzung des Grundprinzips der Unternehmensmitbestimmung als europarechtliches Allgemeininteresse gleich effektives Mittel die ausschließliche Anwendung der Mitbestimmungsregeln des Gründungsrechts in Betracht. Dass auch andere Wege der Umsetzung der Un-

---

<sup>676</sup> Zu den rechtstechnischen Schwierigkeiten auch *Zimmer* NJW 2003, 3585, 3591; *von Hase* BuW 2003, 944, 949; *Forsthoff* DB 2002, 2471, 2477; *Kamp* BB 2004, 1496, 1499; *Horn* NJW 2004, 893, 900; *Eidenmüller* ZIP 2002, 2233, 2242.

<sup>677</sup> Dass andere Möglichkeiten bestehen, werden die folgenden Erörterungen zu den weiteren Umsetzungsmodellen zeigen.

<sup>678</sup> Vgl. F. IV. 2.

<sup>679</sup> Zu den einzelnen Mitbestimmungsregeln in verschiedenen Mitgliedstaaten vgl. den Überblick oben unter F. IV. 3. b. dd.

ternehmensmitbestimmung bestehen, zeigt gerade das Vorhandensein von Mitbestimmungsregelungen nach dem Gründungsrecht der Gesellschaft. Eine Anwendung der Regelungen des Zuzugsstaates wäre in diesem Fall unverhältnismäßig, da dies zu einer Doppelbelastung der zuziehenden Gesellschaften führen würde.<sup>680</sup> Dies entspricht auch der Tatsache, dass europarechtlich keine bestimmte Form der Unternehmensmitbestimmung als zwingendes Allgemeininteresse anerkannt ist, sondern dass die Unternehmensmitbestimmung „nur“ ihrem Grundprinzip nach anerkannt ist.<sup>681</sup> Für die konkrete Ausgestaltung von Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung durch die Mitgliedstaaten bestehen folglich europarechtlich grundsätzlich keine Vorgaben. D.h. einer Mitbestimmungsregelung des Gründungsrechts kann deshalb nicht pauschal entgegengehalten werden, sie sei zur Umsetzung des Grundprinzips der Unternehmensmitbestimmung nicht geeignet oder erforderlich.

Eine Anwendung der Mitbestimmungsregelungen des Zuzugsstaates hätte somit zum einen den vorstehend beschriebenen starken Eingriff in die Organisationsstruktur zur Folge, zum anderen würde dies auch zu einer Kumulation von Mitbestimmungsrechten in den Gesellschaften führen, für die bereits nach ihrem Gründungsrecht Mitbestimmungsregeln gelten. Folge wäre somit eine Überrepräsentanz der Arbeitnehmer in den Gesellschaftsorganen solcher Gesellschaften.<sup>682</sup> Dass eine derartige Konsequenz am Erforderlichkeitskriterium des EuGH scheitern muss, ist offensichtlich. Eine Negierung von Mitbestimmungsregelungen, die bereits nach dem Gründungsrecht einer Gesellschaft bestehen, kann somit nicht zu einer Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führen. Eine entsprechende Regelung ist folglich nicht erforderlich.

---

<sup>680</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf EU vor Art. 39-55 EGV Rn. 173, 175, 183; *Roth* in Dausers Hdb EU-Wirtschaftsrecht E I Rn. 129. Dies lässt sich auch der Rechtsprechung des EuGH entnehmen: EuGH Rs. 62 und 63/81 (*Seco*) Slg. 1982, 223, 235, Rz. 9; EuGH Rs. C-272/94 (*Guiot*) Slg. 1996, I-1905; EuGH Rs. C-43/93 (*Vander Elst.*) Slg. 1994, I-3803, 3824, Rz. 15; EuGH Rs. C-250/95 (*Futura*) Slg. 1997, I-2471; siehe auch GA *Lenz* in EuGH Rs. C-379/92 (*Perlata*) Slg. 1994, I-3453, 3479 f, Anm. 88.

<sup>681</sup> Vgl. F. IV. 3. b.

<sup>682</sup> Zum Problem der Kumulation knapp *Thüsing* ZIP 2004, 381, 384.

#### d. Angemessenheit

Ebenso scheidet eine entsprechende Regelung an dem Kriterium der Angemessenheit. Gerade aufgrund des erheblichen Eingriffs in die Organisationsstruktur (insbesondere) monistisch organisierter Gesellschaften, ist es ausgeschlossen anzunehmen, die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und das Ziel der Durchsetzung der Unternehmensmitbestimmung stünden noch in einem angemessenen Verhältnis zueinander. Dass auch andere Wege bestehen, eine Form der Unternehmensmitbestimmung durchzusetzen, zeigen gerade auch die verschiedenen Mitbestimmungsmodelle in der EU. Wollte man tatsächlich eine monistisch organisierte Gesellschaft zur Errichtung eines Aufsichtsrates zwingen, würde dies äußerst abschreckend auf zuziehende Gesellschaften wirken und somit die Niederlassungsfreiheit unangemessen beschränken.

## 2. Ergebnis

Eine schlichte Aufhebung der Rechtsformbindung würde bereits zu einer faktischen Diskriminierung der Auslandsgesellschaften führen und im Übrigen auch an der Erforderlichkeit und der Angemessenheit scheitern.

## II. Territoriale Anknüpfung wie bei der betrieblichen Mitbestimmung

Als weitere Möglichkeit, zuziehende Auslandsgesellschaften zu erfassen, kommt in Betracht, die Unternehmensmitbestimmung wie die betriebliche Mitbestimmung an den Ort des Betriebes anzuknüpfen. Dies wurde bereits auch schon vor den aktuellen Entscheidungen des EuGH vereinzelt vorgeschlagen.<sup>683</sup>

Für die Feststellung, ob eine Gesellschaft eine Unternehmensmitbestimmung einführen muss, wäre somit ausschließlich ausschlaggebend, ob diese in Deutschland mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt.<sup>684</sup> Auf die Lage des Verwaltungssitzes käme es, anders als bei der Anknüpfung der Unternehmensmitbestimmung nach dem Gesellschaftsstatut<sup>685</sup>, nicht an.<sup>686</sup> Insofern entspräche die

<sup>683</sup> *Zimmer* IntGesR S. 148 ff; *Zimmer* gibt diese Auffassung allerdings offenbar selbst wieder auf in NJW 2003, 3585, 3590 f; kurz erwähnt auch bei *Schanze/Jüttner* AG 2003, 30, 35; *Maul/Schmidt* BB 2003, 2297, 2300.

<sup>684</sup> Vgl. *Zimmer* IntGesR S. 148 ff.

<sup>685</sup> So allerdings bisher die ganz h.M., vgl. Fn. 8.

Lage für die Unternehmensmitbestimmung der für die betriebliche Mitbestimmung. Es könnte folglich argumentiert werden, dass eine entsprechende Anknüpfung der Unternehmensmitbestimmung keine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen würde, da sie, genauso wie bisher schon die betriebliche Mitbestimmung, für alle betroffenen Gesellschaften gleichermaßen gelten würde.

Konkret würde dies bedeuten, dass eine Auslandsgesellschaft, unabhängig davon, ob sich ihr Verwaltungssitz in Deutschland oder im Ausland befindet, ab der Beschäftigung von mehr als 2000 Arbeitnehmern in Deutschland den deutschen Mitbestimmungsregeln unterläge. Dies hätte zur Folge, dass auch bei dieser Variante wie bereits im vorstehenden Modell ein Zwang zur Einrichtung eines Aufsichtsrates nach deutschem Bild bestehen würde.

## **1. Rechtfertigungsvoraussetzungen des Europäischen Gerichtshofs**

### **a. Unterschiedslose und nichtdiskriminierende Anwendung**

Ein Fall der unterschiedslosen Anwendung läge vor, da alle Gesellschaften mit Betrieben mit insgesamt mehr als 2000 Arbeitnehmern in Deutschland gleichermaßen erfasst wären. Jedoch würde auch bei dieser Variante eine (faktische) Diskriminierung wie bereits beim vorstehend erörterten Modell vorliegen, insofern kann entsprechend auf obige Ausführungen unter G. I. 1. a. verwiesen werden. Das Modell scheitert folglich bereits daran, dass letztlich eine faktische Diskriminierung vorläge.

### **b. Geeignetheit**

Dagegen könnte einer entsprechenden Regelung grundsätzlich nicht die Geeignetheit abgesprochen werden. Das Modell würde unzweifelhaft die Durchsetzung der Mitbestimmung fördern.

---

<sup>686</sup> Vgl. *Zimmer* IntGesR S. 148 ff.

### c. Erforderlichkeit

Allerdings ergeben sich bei der Prüfung des Erforderlichkeitskriteriums erneut die bereits beim vorstehenden Modell der Aufhebung der Rechtsformbindung dargestellten Probleme hinsichtlich der rechtspraktischen Umsetzung. Ebenso wie bereits dort erörtert, ist auch für diese Variante eine praktische Umsetzung der Mitbestimmung durch den Zwang zur Einrichtung eines Aufsichtsrates nach deutschem Bild europarechtlich nicht zulässig, insofern kann entsprechend auf die Ausführungen unter G. I. 1. c. verwiesen werden, die Schwierigkeiten sind die gleichen. Ein weiteres Problem ergibt sich für diese Variante auch daraus, dass alleine durch die Anknüpfung an die Arbeitnehmerzahl in Deutschland auch Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Ausland gezwungen wären, die Mitbestimmung nach deutschem Modell einzuführen. Dies ist allerdings völkerrechtlich äußerst problematisch und wohl kaum zulässig, da dies zu einer extraterritorialen Anwendung des deutschen Rechts führen würde, wofür der deutsche Gesetzgeber keine Regelungskompetenz hat.<sup>687</sup>

Der Ablehnung der Erforderlichkeit dieses Modells kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die bereits in dieser Art bestehende Anknüpfung für die betriebliche Mitbestimmung bislang als europarechtlich zulässig erachtet wird. Die betriebliche Mitbestimmung erfordert keine Anpassung der Organisationsstruktur der Gesellschaft auf Unternehmensebene und lässt sich somit europarechtlich zulässig anwenden, sie ist für Inlands- und Auslandsgesellschaften gleich belastend.<sup>688</sup> Den Arbeitnehmern werden durch die betriebliche Mitbestimmung keine weit reichenden Entscheidungskompetenzen übertragen. Dagegen erfordert die Unternehmensmitbestimmung stets einen Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft auf Unternehmensebene<sup>689</sup>, dies ist aber nach der *Überseering*- und *Inspire Art*-Entscheidung grundsätzlich nur noch in sehr engen Grenzen möglich. Wie bereits dargelegt wurde, werden diese Gren-

---

<sup>687</sup> *Thüsing* ZIP 2004, 381, 382; *Kamp* BB 2004, 1496, 1498; siehe zu den völkerrechtlichen Einwänden auch *Zimmer* IntGesR S. 151 ff, der allerdings die Möglichkeit der Anwendung auf Gesellschaften mit Auslandssitz im Ergebnis in bejaht. Darauf wird hier nicht weiter eingegangen, da Zielsetzung der vorliegenden Arbeit die Untersuchung der Erstreckungsmöglichkeiten der Unternehmensmitbestimmung auf Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland ist.

<sup>688</sup> *Schanze/Jüttner* AG 2003, 661, 668.

<sup>689</sup> *Forsthoff* DB 2002, 2471, 2477.

zen durch den Zwang zur Bildung eines Aufsichtsrates nach deutschem Vorbild weit überschritten.

Weiterhin bestehen für diese Variante Friktionen mit der Niederlassungsfreiheit auch für den Fall des Zuzugs einer Gesellschaft, für die bereits nach ihrem Gründungsrecht Mitbestimmungsregelungen gelten (Kumulation von Mitbestimmungsrechten), insofern kann entsprechend auf die Ausführungen unter G. I. 1. c. verwiesen werden.

#### **d. Angemessenheit**

Für die Angemessenheit einer entsprechenden Umsetzung gelten die bereits unter G. I. 1. d. im Rahmen der Aufhebung der Rechtsformbindung geäußerten Bedenken entsprechend.

## **2. Ergebnis**

Eine Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf Auslandsgesellschaften durch Anknüpfung an die Beschäftigtenzahl in Deutschland, unabhängig vom Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes, ist europarechtlich unzulässig. Sie scheitert daran, dass eine faktische Diskriminierung vorliegen würde und die Regelung im Übrigen weder erforderlich, noch angemessen wäre.

### **III. Zwang zur Gründung einer Tochtergesellschaft in deutscher Rechtsform**

Weiterhin kommt in Betracht, einer zuziehenden Auslandsgesellschaft aufzuerlegen, für ihr Inlandsgeschäft eine Tochtergesellschaft nach deutschem Recht zu gründen. Diese deutsche Tochtergesellschaft würde dann ganz unproblematisch den deutschen Mitbestimmungsregelungen unterliegen.<sup>690</sup>

Dieser Weg ist aber nach den aktuellen Entscheidungen des EuGH gänzlich ausgeschlossen, da er zur Folge hätte, dass sich die zuziehende Gesellschaft gerade nicht in ihrer ursprünglichen Form in Deutschland betätigen könnte. Nach der *Überseering*-Entscheidung des EuGH kann es aber niemals erforderlich sein, einer in der EU wirksam gegründeten Gesellschaft die Rechtsfähigkeit

---

<sup>690</sup> So bspw. erwähnt bei *Großfeld* in Staudinger IntGesR Rn. 518.

abzusprechen. Nichts anderes würde aber der Zwang zur Gründung einer deutschen Tochtergesellschaft bedeuten. Dies stellt folglich immer eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.<sup>691</sup>

Aufgrund des klaren Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit und die aktuelle Rechtsprechung des EuGH erübrigt sich eine detaillierte Prüfung der Kriterien des EuGH. Ein entsprechendes Modell scheidet offensichtlich aus.

#### IV. Übertragung des Modells der *Societas Europaea*

In der Literatur wird als Umsetzungsmöglichkeit auch eine Übertragung des Mitbestimmungsmodells der SE erwähnt.<sup>692</sup> Durch die SE ist eine europäische Rechtsform für Kapitalgesellschaften geschaffen worden.<sup>693</sup> Die Bestimmungen für die SE finden sich in der SE-Verordnung (SE-VO) vom 08.10.2001<sup>694</sup>, sowie – hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung – in der Ergänzungsrichtlinie (SE-RL) vom 08.10.2001<sup>695</sup>.

Der Anwendungsbereich der SE ist dabei beschränkt. Eine SE kann nicht unmittelbar zur Neuaufnahme einer unternehmerischen Tätigkeit gegründet werden. Für die Gründung einer SE besteht ein *numerus clausus* von Tatbeständen: so kann eine SE grundsätzlich ausschließlich gegründet werden

- gemäß Art. 2 Abs. 1 SE-VO durch Verschmelzung von mindestens zwei bereits bestehenden Aktiengesellschaften aus Mitgliedstaaten, deren Sitz und Hauptverwaltung in der EU liegen, sofern die beteiligten Gesellschaften aus mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten stammen, oder

---

<sup>691</sup> So auch *Paefgen* DB 2003, 487, 491.

<sup>692</sup> Vgl. bspw. *Thüsing* ZIP 2004, 381, 387 f; *Bayer* BB 2003, 2357, 2365.

<sup>693</sup> Generell zur SE aus der umfangreichen Literatur bspw. *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1 Rn. 2361 ff; *Blanquet* ZGR 2002, 20 ff; *Heinze* ZGR 2002, 66 ff; siehe dazu auch bereits oben unter C. IV. 2. c.

<sup>694</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABIEG Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 1 ff; abgedruckt in Beilage zu Heft 1 NZG 2002, S. 3 ff.

<sup>695</sup> Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABIEG Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 22 ff; abgedruckt in Beilage zu Heft 1 NZG 2002, S. 16 ff.

- gemäß Art. 2 Abs. 2 SE-VO durch Bildung einer SE-Holdinggesellschaft aus mindestens zwei bereits bestehenden Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung wiederum jeweils mit Sitz und Hauptverwaltung in der EU aus mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten, oder
- gemäß Art. 2 Abs. 3 SE-VO durch Gründung einer SE-Tochtergesellschaft durch mindestens zwei bestehende Gesellschaften aus der EU mit Sitz und Hauptverwaltung in der Gemeinschaft aus mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten, oder
- gemäß Art. 2 Abs. 4 SE-VO durch Umwandlung einer bestehenden Aktiengesellschaft aus einem Mitgliedstaat mit Sitz und Hauptverwaltung in der EU in eine SE, sofern die bestehende Aktiengesellschaft seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft hat, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegt.

Eine Besonderheit der Gründung der SE ist in Titel III der SE-VO enthalten. Danach kann eine SE gemäß Art. 38 lit. b SE-VO entweder dualistisch oder monistisch organisiert werden, die Gründer haben somit die freie Wahl zwischen den beiden Organisationsformen. Die Art. 39 bis 51 der SE-VO enthalten besondere Regelungen für die unterschiedlichen Organisationsformen. Diese Wahlmöglichkeit ist insbesondere für das deutsche Gesellschaftsrecht ein Novum,<sup>696</sup> da Kapitalgesellschaften in Deutschland bislang grundsätzlich dualistisch organisiert waren. Konsequenz der europarechtlichen Regelungsvorgabe ist damit auch, dass es keine einheitliche Rechtsform der SE geben wird, d.h. keine SE wird der anderen gleichen.<sup>697</sup> Es werden unterschiedliche Gesellschaften in der Rechtsform der SE entstehen, geprägt jeweils durch das gemäß Art. 10 SE-VO auf diese zusätzlich anzuwendende nationale Recht.<sup>698</sup>

---

<sup>696</sup> Nagel NZG 2004, 833, 835.

<sup>697</sup> Weiss NZA 2003, 177, 181.

<sup>698</sup> Henssler in FS Ulmer S. 193, 196; Eidenmüller JZ 2004, 24, 31.

## 1. Das Mitbestimmungsmodell der Societas Europaea

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE<sup>699</sup> ist in der SE-RL geregelt. Der Begriff der Mitbestimmung i.S.d. SE-RL ist in Art. 2 lit. k SE-RL definiert als

„die Einflussnahme des Organs zur Vertretung der Arbeitnehmer und/oder der Arbeitnehmersvertreter auf die Angelegenheiten einer Gesellschaft durch

- die Wahrnehmung des Rechts, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu wählen oder zu bestellen, oder
- die Wahrnehmung des Rechts, die Bestellung eines Teils der oder aller Mitglieder des Aufsichts- oder des Verwaltungsorgans der Gesellschaft zu empfehlen und/oder abzulehnen.“

Dies entspricht der deutschen Unternehmensmitbestimmung.<sup>700</sup>

### a. Vorrang einer Verhandlungslösung

Die Form und das Ausmaß der Unternehmensmitbestimmung soll bei einer SE vorrangig durch Verhandlungen zwischen den Arbeitnehmern und den jeweils zuständigen Organen der beteiligten Gesellschaften geregelt werden, vgl. Art. 3 und 4 SE-RL. Für die Arbeitnehmer wird gemäß Art. 2 Abs. 2 SE-RL für die Verhandlungsführung ein besonderes Verhandlungsgremium durch Wahl bestimmt. Ziel der Verhandlungen ist gemäß Art. 4 Abs. 1 SE-RL zu einer Vereinbarung für die Beteiligung der Arbeitnehmer innerhalb der SE zu gelangen. Hinsichtlich des möglichen Ergebnisses sind die Verhandlungsparteien grundsätzlich völlig frei. Gesetzliche Restriktionen bzgl. des Inhalts der Unternehmensmitbestimmung bestehen insoweit nicht. Dies ermöglicht den Verhandlungsparteien, ein Mitbestimmungsmodell zu vereinbaren, das optimal auf die Bedürfnisse und Besonderheiten der SE zugeschnitten ist. Für die Verhandlungen stehen den Parteien gemäß Art. 5 Abs. 1 SE-RL ab Einsetzung des

---

<sup>699</sup> Vgl. dazu aus der umfangreichen Literatur bspw. *Reichert/Brandes* ZGR 2003, 767 ff; *Henssler* in FS Ulmer S. 193 ff; *Herfs-Röttgen* NZA 2002, 358 ff; *Gruber/Weller* NZG 2003, 297 ff; *Weiss* NZA 2003, 177, 180 ff.

<sup>700</sup> *Nagel* NZG 2004, 833, 836.

besonderen Verhandlungsgremiums der Arbeitnehmer grundsätzlich sechs Monate zur Verfügung (gemäß Art. 5 Abs. 2 SE-RL verlängerbar auf insgesamt bis zu ein Jahr). Eine besondere Regelung enthält auch Art. 3 Abs. 6 SE-RL. Soweit das Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer mit Zwei-Drittel-Mehrheit beschließt, keine Verhandlungen aufzunehmen oder diese abzubrechen, ist die entstehende SE grundsätzlich gänzlich mitbestimmungsfrei.

## **b. Auffangregelung**

Für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen, d.h. wenn bis zum Ende der Verhandlungszeit keine Einigung erzielt werden konnte, und auch um Druck auf die Verhandlungsparteien auszuüben, ein Verhandlungsergebnis zu erzielen, ist in Art. 7 SE-RL eine gesetzliche Auffangregelung aufgenommen worden, die im Falle des Scheiterns der Verhandlungen regelt, wie die Mitbestimmung in der SE ausgestaltet sein muss. Das Eingreifen der Auffangregelung kann außerdem gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 2 lit. a SE-RL von den Verhandlungsparteien vereinbart werden.

Für das Eingreifen der Auffangregelung stellt Art. 7 Abs. 2 SE-RL außerdem weitere Voraussetzungen auf. So kommt die Auffangregelung bspw. im Falle der Gründung durch Umwandlung nicht zur Anwendung, wenn die beteiligten Gesellschaften ursprünglich mitbestimmungsfrei waren (Art. 7 Abs. 2 lit. a SE-RL). Für den Fall der Verschmelzungs-SE kommt die Auffangregelung dagegen dann zur Anwendung, wenn die bisherigen Mitbestimmungsregelungen in den an der Gründung beteiligten Gesellschaften mindestens 25 % der Arbeitnehmer der künftigen SE erfasst hat (Art. 7 Abs. 2 lit. b SE-RL). Bei Gründung einer Holding-SE oder einer Tochter-SE greift die Auffangregelung dagegen bei einer entsprechenden ursprünglichen Mitbestimmungsquote von mindestens 50 % (Art. 7 Abs. 2 lit. c SE-RL).

Weitere Bestimmungen für die Ausgestaltung der Mitbestimmungsregelung durch die Mitgliedstaaten sind in Teil 3 des Anhangs zur SE-RL geregelt. Danach muss gemäß Teil 3 Abs. 1 lit. a des Anhangs der SE-RL bei der Gründung einer SE durch Umwandlung das ursprünglich für die Gesellschaft vor der Umwandlung geltende Mitbestimmungsniveau vollumfänglich bestehen bleiben, d.h. eine Veränderung des Mitbestimmungsniveaus durch Umwandlung ist aus-

geschlossen. Bei den übrigen Gründungstatbeständen setzt sich das höchste Mitbestimmungsniveau, das bei einer der beteiligten Gesellschaften bestand, durch. D.h. im Falle des Eingreifens der Auffangregelung sind die am stärksten ausgeprägten Arbeitnehmerrechte der beteiligten Gesellschaften entscheidend. Diese Vorgaben haben die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie zu berücksichtigen.

Die beschriebene Auffangregelung zeigt, dass die Unternehmensmitbestimmung in der SE hinsichtlich ihrer Gründungstatbestände von einer „Vorher-Nachher-Betrachtung“ sowie vom Prinzip des „Schutzes erworbener Rechte“ geprägt ist.<sup>701</sup>

Konsequenz der komplexen Mitbestimmungsregelung ist damit auch, dass es kein einheitliches Mitbestimmungsniveau für Gesellschaften in der Rechtsform der SE gibt, d.h. auch in der SE spiegelt sich damit die unterschiedliche Ausgestaltung der Unternehmensmitbestimmung in den verschiedenen Mitgliedstaaten wieder.<sup>702</sup>

In Deutschland ist die SE-VO und die SE-RL durch das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22.12.2004 umgesetzt worden.<sup>703</sup>

Die Regelungen für die SE zeigen auch, dass durch sie eine Rechtsform geschaffen wurde, die für transnationale Sachverhalte eine passende Rechtsform zur

---

<sup>701</sup> *Pluskat* DStR 2001, 1483, 1486; *Krause* BB 2004 Heft 31 „Die erste Seite“; *Nagel* NZG 2004, 833, 837; *ders.* DB 2004, 1299, 1301. In der Literatur wird deshalb kritisiert, dass diese Regelung zu einer Diskriminierung der deutschen Unternehmen bei der Gründung einer SE führen wird, da in Deutschland europaweit der höchste Mitbestimmungsstandard besteht und ein deutsches Unternehmen somit als Partner für die Gründung einer SE unattraktiv sei, da die Gefahr bestehe, dass die SE über die Auffangregelung der starken deutschen Mitbestimmung unterliegt, vgl. bspw. *Reichert/Brandes* ZGR 2003, 767, 780 f; *Lutter* BB 2002, 1, 6; *Schwark* AG 2004, 173, 176. Dieser Aspekt bleibt in der weiteren Ausarbeitung unberücksichtigt, da er für die Arbeit ohne Bedeutung ist.

<sup>702</sup> *Pluskat* DStR 2001, 1483, 1486.

<sup>703</sup> BGBl. 2004 Teil I Nr. 73, S. 3675 ff. Das SEEG besteht aus zwei Teilen: Art. 1 SEEG setzt die SE-VO um (SE-Ausführungsgesetz (SEAG)), Art. 2 SEEG die SE-RL hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung (SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)). Das SEEG ist mit seiner Verkündung am 28.12.2004 in Kraft getreten. Die Bestimmungen zur gesetzlichen Auffangregelung für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen sind in Art. 2 §§ 34 ff SEEG enthalten. Zum vorangegangenen Regierungsentwurf (BR-Drcks. 438/04) vgl. *Nagel* NZG 2004, 833 ff; *ders.* DB 2004, 1299 ff; *Krause* BB 2004 Heft 31 „Die erste Seite“; *Grobys* NZA 2004, 779 ff.

Verfügung stellt. Da es sich beim hier untersuchten Sachverhalt des Zuzugs einer Auslandsgesellschaft durch Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat grundsätzlich auch um einen transnationalen Sachverhalt handelt, ist eine Übertragung des Mitbestimmungsmodells der SE für eine Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften erwägenswert.

## **2. Übertragbarkeit des Mitbestimmungsmodells der Societas Europaea**

Aufgrund der „Vorher-Nachher-Betrachtung“ und des Prinzips des „Schutzes erworbener Rechte“ ist allerdings eine Anwendung dieses Modells auf die Fälle des Zuzugs einer Auslandsgesellschaft ausgeschlossen. Eine Vergleichsbetrachtung hinsichtlich des ursprünglichen Mitbestimmungsniveaus und des künftigen Mitbestimmungsniveaus ist in diesen Fällen nicht möglich. Das System versagt in den hier untersuchten Fällen. Wenn bspw. eine nach ihrem Gründungsrecht gänzlich mitbestimmungsfreie Gesellschaft zuzieht, dann hatte sie diesen Status bereits vor dem Zuzug, eine Vergleichsbetrachtung ist somit unmöglich. Die Vergleichsbetrachtung ist bei der SE nur deshalb möglich, da bei der Gründung grundsätzlich mindestens zwei verschiedene Gesellschaftsformen, mit i.d.R. unterschiedlichen Mitbestimmungsregeln, beteiligt sind. Dies ist im hier untersuchten Fall aber gerade nicht der Fall, es zieht jeweils nur eine einzelne Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat in einen anderen.

Somit können die SE-Regelungen nur dahingehend eine Vorbildfunktion haben, dass bei einer Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung *de lege ferenda* eine Verhandlungslösung mit gesetzlicher Auffangregelung für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen die Grundlage einer Regelung sein kann. Die konkrete Auffangregelung der SE ist dabei aber nicht übertragbar. Sie beruht gerade auf der Besonderheit der Gründung der SE, dass mindestens zwei verschiedene Gesellschaftsformen unterschiedlicher „Nationalität“ beteiligt sind. Durch die Auffangregelung der SE werden die sich daraus ergebenden Besonderheiten berücksichtigt. Der Zuzug einer einzelnen Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat ist mit dieser Konstellation nicht vergleichbar. Zweck der SE-Regelung ist vorrangig, grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse, Konzernierungsvorgänge und Unternehmenskooperationen durch eine

einheitliche Rechtsform zu erleichtern.<sup>704</sup> Auf transnationale Sachverhalte, an denen nur eine Gesellschaft beteiligt ist, lässt sich die Regelung folglich nicht anwenden und kann systembedingt auch nicht übertragen werden.<sup>705</sup> Eine Überprüfung anhand der Kriterien des EuGH für zulässige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit ist folglich nicht vorzunehmen.

### **a. Analoge Anwendung des Modells der *Societas Europaea***

Nachdem eine „direkte“ Übertragung des SE-Modells ausscheidet, könnte eine analoge Anwendung erwogen werden.<sup>706</sup> Dies ist aber ebenso aus Gründen der Rechtsunsicherheit und des Europarechts ausgeschlossen, wie bereits eine analoge Anwendung der deutschen Mitbestimmungsregelungen ausgeschlossen ist, es gelten grundsätzlich dieselben Erwägungen, vgl. oben unter C. I. 2. b. dd. und C. I. 2. b. ee. . Im Übrigen wäre dabei auch zweifelhaft, wie die im SE-Modell vorgesehene „Vorher-Nachher-Betrachtung“ durch eine Analogie überhaupt übertragen werden könnte. Insoweit würde auch bei einer analogen Anwendung bei gänzlich mitbestimmungsfreien Gesellschaften ein entsprechender Anknüpfungspunkt fehlen. Weiterhin bestünde auch hier das Problem, dass den Gesellschaften bei Scheitern der Verhandlungen i.d.R. eine Mitbestimmung im Verwaltungsorgan bzw. Aufsichtsorgan aufgezwungen würde, die diese nach ihrem Gründungsrecht nicht kennen. Die Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme müsste wiederum wie bereits beim Vorschlag der Aufhebung der Rechtsformbindung, vgl. oben unter G. I. 1. c. , abgelehnt werden.

### **b. Vorschlag *Kersting***

Ein weiterer Vorschlag zur Übertragung der SE-Mitbestimmungsregelungen auf zuziehende Auslandsgesellschaften wurde von *Kersting*<sup>707</sup> gemacht. Um zu verhindern, dass Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland aufgrund der EuGH-Rechtsprechung mitbestimmungsfrei sind, sei de lege ferenda zu erwägen, diese Gesellschaften entsprechend der Regelungen

<sup>704</sup> *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 19

<sup>705</sup> So wird dieser Vorschlag auch in der Literatur teilweise generell abgelehnt, vgl. bspw. *Binz/Mayer* GmbH 2003, 249, 257; *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 19.

<sup>706</sup> Kurz erwähnt bei *Schwark* AG 2004, 173, 178, der dies aber ablehnt.

<sup>707</sup> NZG 2003, 9, 12, der dies im Rahmen eines Richtlinienkonzepts zur Durchsetzung zwingender nationaler Schutzinstrumente vorschlägt.

für die SE wie eine inländische Gesellschaft zu behandeln, die sich durch Umwandlung in eine ausländische umgewandelt hat. Beispielsweise eine englische ltd. würde bei Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland folglich so behandelt, als sei sie ursprünglich eine deutsche Aktiengesellschaft gewesen, die sich in eine englische ltd. umgewandelt hätte. Dies würde nach Teil 3 Abs. 1 lit. a des Anhangs der SE-RL bedeuten, dass diese Gesellschaft der deutschen Mitbestimmungsregelung unterliegen würde, da fingiert würde, dass es sich ursprünglich um eine deutsche Gesellschaftsform gehandelt hat (die ja grundsätzlich der Unternehmensmitbestimmung unterliegt). D.h. die nach der fiktiven Umwandlung aus einer fiktiven deutschen Aktiengesellschaft entstandene englische ltd. müsste entsprechend ihrer fiktiven Urform einen deutschen Aufsichtsrat „beibehalten“, d.h. jetzt einführen.

Bei diesem Vorschlag bleibt jedoch unbeachtet, dass nach der fingierten Umwandlung in eine Auslandsgesellschaft eben gerade keine SE entsteht, sondern die ursprüngliche Auslandsgesellschaft fortbesteht. Konsequenz der Anwendung der Umwandlungsvorschriften wäre somit, dass eine zuziehende Auslandsgesellschaft voll den deutschen Mitbestimmungsregelungen unterliegen würde (die ja für die fiktive deutsche Urgesellschaft gegolten hätten). D.h. sie wäre zur Schaffung eines Aufsichtsrates nach deutschem Bild verpflichtet. Dass dies aber gerade in eklatantem Widerspruch zur *Überseering*-Entscheidung des EuGH steht und spätestens an der Erforderlichkeit der Regelung scheitern würde, wurde bereits oben unter G. I. 1. c. ausführlich dargelegt. Folglich bietet auch dieser Vorschlag keine Möglichkeit, das SE-Mitbestimmungsmodell auf zuziehende Auslandsgesellschaften anzuwenden.

### **c. Ergebnis**

Eine Übertragung des SE-Mitbestimmungsmodells ist ausgeschlossen. Dies scheitert an den systematischen Vorgaben der „Vorher-Nachher-Betrachtung“ und des Prinzips des „Schutzes erworbener Rechte“. Die Anknüpfung versagt beim Zuzug einer einzelnen, möglicherweise gänzlich mitbestimmungsfreien, Gesellschaft. Im Übrigen würde eine Übertragung des SE-Modells auch am Erforderlichkeitskriterium des EuGH für Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit scheitern, da die zuziehende Gesellschaft letztlich immer zu tiefen Ein-

griffen in ihre Organisation durch Aufnahme von Arbeitnehmervertretern in ihrem Aufsichts- oder Verwaltungsorgan gezwungen wäre.

Das SE-Modell kann aber zumindest als europarechtskonformer Ausgangspunkt für ein eigenständiges Umsetzungsmodell angesehen werden. Dies gilt ganz besonders für den Vorrang der Verhandlungen und die lediglich subsidiär eingreifende gesetzliche Auffangregelung. Zweifellos müssten aber bei der Formulierung der Auffangregelung die Besonderheiten des Zuzugs einzelner Gesellschaften und auch möglicherweise bereits nach dem Gründungsrecht bestehende Mitbestimmungsregelungen berücksichtigt werden.

## V. Vorschlag der Davignon-Sachverständigengruppe

Als mögliches Modell für eine europarechtskonforme Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf Auslandsgesellschaften kommt auch das Modell des Abschlussberichts<sup>708</sup> der sog. Davignon-Sachverständigengruppe von 1997 in Betracht.<sup>709</sup> Auftrag der Davignon-Sachverständigengruppe war, ein Mitbestimmungsmodell für die damals noch in der Planung befindliche SE zu entwickeln. Die heute für die SE eingeführte Mitbestimmungsregelung beruht weitgehend auf den Vorschlägen der Sachverständigengruppe. Insbesondere wurde der Vorrang der Verhandlungslösung mit gesetzlicher Auffangregelung, wie dies nun auch umgesetzt wurde, von der Sachverständigengruppe für die SE erarbeitet. Die Sachverständigengruppe war dabei der Auffassung, dass es kein ideales System der Arbeitnehmerbeteiligung gibt und deshalb eine Mitbestimmungsregelung, die sich aus Verhandlungen ergibt, die für die individuelle Gesellschaft beste Mitbestimmungsregelung darstellt.<sup>710</sup> Die für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen vorgesehene Auffangregelung sieht dabei für die Arbeitnehmer Anhörungs-, Informations- und Mitbestimmungsrechte vor.<sup>711</sup>

---

<sup>708</sup> Davignon-Bericht, Abschlussbericht der Sachverständigengruppe „European system of worker involvement“ (nach ihrem Vorsitzenden *Etienne Davignon* als Davignon-Bericht bezeichnet), unveröffentlicht, abrufbar im Internet unter [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/labour\\_law/docs/davignonreport\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/davignonreport_en.pdf) (zuletzt geprüft am 21.01.2005); dazu *Heinze* AG 1997, 289 ff; knapp *ders.* ZGR 2002, 66, 70-72.

<sup>709</sup> So bspw. vorgeschlagen von *Schanze/Jüttner* AG 2003, 30, 35 f; *dies.* AG 2003, 661, 668.

<sup>710</sup> Davignon-Bericht Rz. 41.

<sup>711</sup> Davignon-Bericht Rz. 75 ff.

Allerdings weicht die spätere Umsetzung der Auffangregelung bei der SE in einem ganz wesentlichen Punkt vom ursprünglichen Vorschlag der Sachverständigengruppe ab. Dieser hatte für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen ein starres Auffangmodell vorgesehen. So sollten in diesem Fall zwingend ein Fünftel der Sitze (mindestens aber zwei) des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgans (je nach Organisationsform der Gesellschaft) mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden.<sup>712</sup> Entgegen der späteren SE-Lösung sollte nach dem Sachverständigenvorschlag folglich keine „Vorher-Nachher-Betrachtung“ erfolgen und das Prinzip des „Schutzes erworbener Rechte“ stand nicht im Vordergrund.

Bei der Beurteilung der Umsetzbarkeit des Davignon-Modells ist zu beachten, dass die Vorschläge der Sachverständigengruppe für die künftige SE entwickelt wurden. D.h. sie beziehen sich genauso wie die endgültige SE-Regelung auf transnationale Sachverhalte. Entgegen der endgültigen SE-Regelung sah die Sachverständigengruppe als Gründungstatbestände auch lediglich die Gründung einer Holding-SE, einer Tochter-SE oder einer Verschmelzungs-SE vor, die Möglichkeit der Gründung einer SE durch Umwandlung wurde von der Sachverständigengruppe nicht berücksichtigt.<sup>713</sup> Auf Grundlage der von der Sachverständigengruppe für die künftige SE vorgesehenen Gründungstatbestände bestehen zunächst dieselben systematischen Bedenken bei einer Übertragung des Modells wie bereits bei der endgültigen SE-Regelung, vgl. G. IV. 2. Dennoch scheidet eine Übertragung aus diesem Grund noch nicht aus, da die Sachverständigengruppe – entgegen der endgültigen SE-Regelung – in der Auffangregelung eine starre Arbeitnehmerbeteiligung vorgesehen hat, die sich gerade nicht an den Mitbestimmungsstandards der beteiligten Gesellschaften vor der Gründung der SE orientiert. Ein starres Arbeitnehmerbeteiligungsmodell ist aber entgegen der endgültigen SE-Regelung grundsätzlich auch auf den Zuzug einer einzelnen Gesellschaft übertragbar.

Da die Vorschläge der Davignon-Sachverständigengruppe ebenfalls aus einer Zeit vor den Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit stammen, ist auch dieses Modell an den Anforderungen des EuGH zu messen. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die Auffangregelung zu richten, da diese in letzter

---

<sup>712</sup> Davignon-Bericht Rz. 83.

<sup>713</sup> Davignon-Bericht Rz. 33, 35.

Konsequenz zwingend auf eine zuziehende Auslandsgesellschaft anzuwenden ist, wenn sie keine Verhandlungslösung erreicht. Dieser Zwang bedeutet aber wiederum eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die einer Rechtfertigung bedarf, da die zuziehende Gesellschaft in diesem Fall nicht so anerkannt wird, wie sie nach ihrem Gründungsrecht besteht.

## **1. Rechtfertigungsvoraussetzungen des Europäischen Gerichtshofs**

### **a. Unterschiedslose und nichtdiskriminierende Anwendung**

Eine gesetzliche Regelung, die vorsieht, dass Auslandsgesellschaften beim Zugang nach Deutschland und Überschreiten der Arbeitnehmerschwelle in Deutschland Verhandlungen mit ihren Arbeitnehmern über die Ausgestaltung der Mitbestimmung in der Gesellschaft führen müssen und die bei Scheitern derselben eine zwingende Auffangregelung vorsieht, ist dann eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme, wenn auch für die Inlandsgesellschaften bei Überschreiten der Arbeitnehmerschwelle dieselben Anforderungen gelten. Entscheidend kommt es dabei auf die Ausgestaltung der Auffangregelung an, da diese bei Scheitern der Verhandlungen zwingend anzuwenden ist, d.h. gerade diese muss den europarechtlichen Anforderungen gerecht werden.

Problematisch ist bei dieser Variante allerdings bereits die unterschiedslose Anwendung der Auffangregelung, da der Davignon-Vorschlag eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Organisationsformen der erfassten Gesellschaften – monistisch und dualistisch – vornimmt. Vorgesehen ist, dass monistisch organisierte Gesellschaften ein Fünftel des Verwaltungsorgans mit Arbeitnehmervertretern besetzen müssen, dualistisch organisierte Gesellschaften dagegen ein Fünftel des Aufsichtsorgans.<sup>714</sup> Aufgrund dieser Unterscheidung liegt keine unterschiedslos anwendbare Maßnahme vor. Dies gilt insbesondere auch deshalb, da die nationalen Gesellschaftsformen grundsätzlich ausschließlich dualistisch organisiert sind und somit die „Sonderregelung“ in der Auffangregelung für monistisch organisierte Gesellschaften grundsätzlich nur

---

<sup>714</sup> Davignon-Bericht Rz. 83

Auslandsgesellschaften betrifft. Somit liegt faktisch eine unterschiedliche Behandlung dieser Gesellschaften vor.

Zudem würde die Umsetzung des Davignon-Modells auch nicht zu einer diskriminierungsfreien Anwendung führen. Letztlich läge bei diesem Modell durch die Differenzierung hinsichtlich der Besetzung des entscheidenden Gesellschaftsorgans mit Arbeitnehmervertretern in der Auffangregelung eine (faktische) Diskriminierung monistisch organisierter Auslandsgesellschaften gegenüber dualistisch organisierten Inlands- und Auslandsgesellschaften vor. So sieht die Auffangregelung des Davignon-Modells vor, dass bei dualistisch organisierten Gesellschaften das Aufsichtsorgan zu einem Fünftel mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden muss, bei monistisch organisierten Gesellschaften dagegen das Verwaltungsorgan. Auf den ersten Blick mag man darin noch keine Diskriminierung sehen, da angenommen werden könnte, es liege eine durch die unterschiedliche Organisationsform der Gesellschaften sachlich gerechtfertigte Andersbehandlung ohne Schlechterbehandlung vor. Die faktische Diskriminierung der monistisch organisierten Gesellschaften ergibt sich jedoch aus dem Punkt, dass der Davignon-Vorschlag vorsieht, dass die Arbeitnehmervertreter im jeweiligen Organ vollwertige Mitglieder sind,<sup>715</sup> d.h. ihre Kompetenzen nicht auf Beratung, Aufsicht oder auf Arbeitnehmerbelange beschränkt sind. Dies hat eine Schlechterstellung – faktische Diskriminierung – der monistisch organisierten Gesellschaften gegenüber den dualistisch organisierten zur Folge. Ein Arbeitnehmervertreter, der als vollwertiges Mitglied im Verwaltungsorgan einer monistisch organisierten Gesellschaft sitzt, hat weitergehende Kompetenzen als ein Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsorgan einer dualistisch organisierten Gesellschaft.<sup>716</sup> Durch den Sitz im Verwaltungsorgan kann der Arbeitnehmervertreter unmittelbar die Geschicke der Gesellschaft mitbestimmen, er kontrolliert folglich nicht „lediglich“ die Handlungen des Verwaltungsorgans. Beim Sitz im Aufsichtsorgan ist der Arbeitnehmervertreter dagegen vorwiegend auf eine Kontrolltätigkeit beschränkt. Folglich liegt in der Stellung als Mitglied des Verwaltungsorgans ein qualitativer Unterschied zur Stellung als Mitglied im

---

<sup>715</sup> Davignon-Bericht Rz. 88.

<sup>716</sup> Eine Beteiligung der Arbeitnehmer im Verwaltungsorgan ist folglich eine im Vergleich zur Beteiligung im Aufsichtsorgan materiell weitergehende Beteiligung, vgl. *Wisskirchen/Prinz* DB 2004, 2638, 2642.

Aufsichtsorgan. Im ersteren Fall hat der Arbeitnehmer weitergehende Kompetenzen. Somit werden aber die monistisch organisierten Gesellschaften faktisch diskriminiert, da sie durch die Auffangregelung diese erweiterte Mitbestimmung durch die Arbeitnehmervertreter hinnehmen müssen, bei den dualistisch organisierten Gesellschaften dagegen „lediglich“ eine Veränderung im Aufsichtsorgan eintritt.

Bei der Umsetzung des Davignon-Modells läge folglich weder eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme, noch eine nichtdiskriminierende Anwendung vor.

### **b. Geeignetheit**

Einer entsprechenden Regelung wäre dagegen nicht abzusprechen, dass sie die Umsetzung der Arbeitnehmermitbestimmung fördert. Die Geeignetheit wäre somit gegeben.

### **c. Erforderlichkeit**

Zu klären bleibt, ob die Umsetzung des Davignon-Modells in nationales Recht zumindest erforderlich wäre, d.h. ob kein gleich effektives, milderer, d.h. weniger belastendes, Mittel zur Verfügung steht.

Eine Umsetzung des Modells stößt allerdings auf ähnliche Bedenken, wie bereits die schlichte Aufhebung der Rechtsformbindung. Zwar besteht durch eine Vorgabe, vorrangig durch Verhandlungen zu einer Mitbestimmungsregelung zu gelangen, noch kein Konflikt mit dem Erforderlichkeitskriterium, da insoweit noch keinerlei Zwang zur Umsetzung eines bestimmten Ergebnisses besteht. Sofern die Parteien im Rahmen der Verhandlungen zu einem Ergebnis gelangen, welches dann „freiwillig“ in der Gesellschaft umgesetzt wird, bestehen gerade keine Friktionen mit der Niederlassungsfreiheit, da die dann umgesetzte Regelung nicht auf staatlichem Zwang beruht. Allerdings bestehen erhebliche Bedenken hinsichtlich der Auffangregelung. Sofern die Parteien zu keinem Verhandlungsergebnis gelangen, ist das Eingreifen der Auffangregelung zwingend vorgeschrieben, d.h. ihr Eingreifen beruht dann auf staatlichem Zwang. Entscheidend ist somit, welche Anforderungen die Auffangregelung konkret an

die Gesellschaft stellt. Die konkrete Ausgestaltung der Auffangregelung ist somit für die Bejahung oder Ablehnung der Erforderlichkeit ausschlaggebend. Im Falle der Übertragung der Auffangregelung der Davignon-Sachverständigengruppe würde dies dazu führen, dass die Gesellschaft bei Scheitern der Verhandlungen dazu verpflichtet wäre, eine Arbeitnehmerbeteiligung von einem Fünftel (mindestens zwei Sitze) in ihrem Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgan einzuführen, auch wenn dies nach ihrem Gründungsrecht nicht vorgesehen ist. Dies würde zu einem erheblichen Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft führen. Zwar ist der Eingriff nicht ganz so stark, wie der, der bei der schlichten Aufhebung der Rechtsformbindung im MitbestG eintreten würde (was den Zwang zur Einrichtung eines Aufsichtsrates nach deutscher Form zur Folge hätte).<sup>717</sup> Dennoch liegt auch in der Auffangregelung des Davignon-Vorschlags ein ganz erheblicher Eingriff in die Gesellschaftsstruktur, da bestehende Gesellschaftsorgane mit ganz konkreten Aufgaben abweichend von den möglicherweise zwingenden Vorgaben des Gründungsrechts auch mit Arbeitnehmersvertretern besetzt werden müssten. Aufgrund dieses starken Eingriffs in die Organisationsstruktur der Gesellschaft ist die Erforderlichkeit eines entsprechenden Umsetzungsmodells letztlich abzulehnen.

Im Falle der Übertragung des Modells der Davignon-Sachverständigengruppe bestehen im Übrigen weitere Konflikte auch in dem Fall des Zuzugs einer Gesellschaft, für die bereits nach ihrem Gründungsrecht Mitbestimmungsregeln gelten. Durch den Zwang zur Einrichtung einer Arbeitnehmervertretung nach der Auffangregelung bestehen dieselben Probleme wie bei der schlichten Aufhebung der Rechtsformbindung, da es auch hier zu einer unzulässigen Kumulation von Mitbestimmungsrechten kommen kann. An dieser Stelle kann folglich entsprechend auf die Ausführungen unter G. I. 1. c. verwiesen werden.

#### **d. Angemessenheit**

Die im Rahmen des Erforderlichkeitskriteriums beschriebenen Konsequenzen führen letztlich auch dazu, dass die Durchsetzung einer nationalen Auffangregelung – insbesondere in den Fällen des Zuzugs einer Gesellschaft, die bereits nach ihrem Gründungsrecht Mitbestimmungsregelungen unterliegt – nicht mehr

---

<sup>717</sup> Vgl. F. IV. 3. d.

angemessen im Sinne der Rechtsprechung des EuGH sind. Die durch den Zwang eintretende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und die möglicherweise eintretende Negierung bestehender Mitbestimmungsregelungen bzw. die möglicherweise eintretende Kumulation von Mitbestimmungsrechten stehen in keinem angemessenen Verhältnis zur Durchsetzung nationaler Mitbestimmungsregelungen.

## 2. Ergebnis

Die Umsetzung des Davignon-Mitbestimmungsmodells ist europarechtskonform nicht möglich.<sup>718</sup> Es läge weder eine unterschiedslos noch diskriminierungsfrei anwendbare Maßnahme vor, diese wäre außerdem auch weder erforderlich, noch angemessen.

## VI. Zwischenergebnis

Vorstehende Erörterungen haben die Schwierigkeiten aufgezeigt, die eine europarechtskonforme Umsetzung eines Mitbestimmungsmodells mit sich bringt. An dieser Stelle können somit die Kernvoraussetzungen zusammengefasst werden, die ein Umsetzungsmodell zwingend erfüllen muss, um europarechtskonform anwendbar zu sein:

- Als erster Punkt ist festzustellen, dass das SE-Modell und die diesem vorausgegangene Ausarbeitung der Davignon-Sachverständigengruppe aufzeigen, dass eine Umsetzung nur auf der Grundlage einer Verhandlungslösung mit subsidiärer gesetzlicher Auffangregelung in Betracht kommt.<sup>719</sup>
- Entscheidender Punkt für die Europarechtskonformität eines auf diesem Konzept beruhenden Umsetzungsmodells ist die Ausgestaltung der zwingenden Auffangregelung für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen.
- Grundvoraussetzung für die Auffangregelung ist, dass diese unterschiedslos auf Inlands- und Auslandsgesellschaften anwendbar sein muss. Andernfalls

<sup>718</sup> So auch *Veit/Wichert* AG 2004, 14, 19 f; a.A. dagegen *Schanze/Jüttner* AG 2003, 30, 36; jeweils ohne ausführliche Begründung.

<sup>719</sup> Für den Leitbildcharakter einer Verhandlungslösung entsprechend der SE-Regelung auch *Windbichler* AG 2004, 190, 196, dort in Fn. 66 und *Goos* in FS Bundesarbeitsgericht, S. 1179, 1194.

scheidet eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses aus. Das bedeutet auch, dass eine Auffangregelung ausscheidet, die für Auslandsgesellschaften, für die bereits nach ihrem Gründungsrecht Mitbestimmungsregelungen gelten, vorsieht, dass im Fall des Scheiterns der Verhandlungen automatisch als Auffangregelung die Mitbestimmungsregeln des Gründungsrechts weiter gelten. Eine entsprechende Regel wäre nicht unterschiedslos anwendbar, da für mitbestimmte Auslandsgesellschaften andere Regelungen gelten würden, als für mitbestimmungsfreie Auslands- und Inlandsgesellschaften.

- Die Auffangregelung muss darüber hinaus in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden, auch eine faktische Diskriminierung ist unzulässig.
- Die vorstehenden Erörterungen haben auch gezeigt, dass alle Modelle, die zu einem starken Eingriff in die Organisationsstruktur der Auslandsgesellschaften führen, am Erforderlichkeitskriterium des EuGH scheitern und somit eine nicht rechtfertigbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen. Dies muss ebenfalls bei der Ausgestaltung der Auffangregelung bedacht werden.
- Weiterhin lässt sich den bisherigen Ausführungen entnehmen, dass Mitbestimmungsregelungen, die für eine Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht bestehen, im Rahmen eines Umsetzungsmodells beachtet werden müssen. Eine Kumulation von Mitbestimmungsrechten darf nicht eintreten.

Eine Möglichkeit, diese Anforderungen zu vereinen, wird anhand des folgenden abschließenden Umsetzungsmodells dargestellt.

## **VII. Abschließender Vorschlag – Vorrang von Verhandlungen mit subsidiärer Auffangregelung**

Folgendes Modell für eine Anwendung nationaler Regeln zur Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften setzt die vorstehend erörterten Voraussetzungen um.

## 1. Das Modell

Das Modell beruht wie bereits die SE-Regelung und der dieser vorangegangene Vorschlag der Davignon-Sachverständigengruppe auf einem Vorrang von Verhandlungen zwischen den Arbeitnehmern und dem Entscheidungsorgan der Gesellschaft, kombiniert mit einer subsidiären Auffangregelung.<sup>720</sup>

Folglich muss das Modell vorsehen, dass eine Gesellschaft, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat und dort mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt, Verhandlungen über die Ausgestaltung einer Unternehmensmitbestimmung in der Gesellschaft führen muss. Sofern diese Verhandlungen scheitern, greift eine gesetzliche Auffangregelung ein. In der Auffangregelung werden die Arbeitnehmerinteressen dadurch berücksichtigt, dass die betreffende Gesellschaft nicht zur Besetzung ihres Aufsichts- oder Verwaltungsorgans mit Arbeitnehmersvertretern verpflichtet wird, sondern dass die Schaffung eines den originären Gesellschaftsorganen beigeordneten, zusätzlichen Organs vorgesehen ist. In diesem Organ sind dann ausschließlich von den Arbeitnehmern der Gesellschaft gewählte Personen vertreten. Dieses Organ muss mit den übrigen Gesellschaftsorganen in engen Kontakt gestellt werden,<sup>721</sup> um eine effektive Berücksichtigung der Arbeitnehmerbelange zu gewährleisten. Zur konkreten Ausgestaltung dieses beigeordneten Organs und dessen Kompetenzen siehe sogleich unter G. VII. 1. b.

Insgesamt basiert der im Folgenden dargestellte Umsetzungsvorschlag auf Überlegungen zur Reformierung der Unternehmensmitbestimmung aus dem Bereich der corporate governance.<sup>722</sup> In diesem Zusammenhang wird für ein entsprechendes beigeordnetes Organ überwiegend die Bezeichnung „Konsultationsrat“ verwendet, davon wird in dieser Arbeit nicht abgewichen.

---

<sup>720</sup> Vgl. für den Vorrang einer Verhandlungslösung auch den Diskussionsbericht in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 179, 186, VIII. Für diese Grundlage bspw. auch *Thüsing ZIP* 2004, 381, 388 f; *Schanze/Jüttner AG* 2003, 30, 35 f; *dies. AG* 2003, 661, 668; BDA/BDI-Bericht (siehe dazu Fn. 726) S. 27 ff.

<sup>721</sup> *von Werder DBW* 2004, 229, 240; *ders. AG* 2004, 166, 172.

<sup>722</sup> Vgl. bspw. *von Werder DBW* 2004, 229 ff; *ders. AG* 2004, 66 ff; *Säcker AG* 2004, 180 ff; *ders. BB* 2004, 1462 ff; *Windbichler AG* 2004, 190 ff; *Kirchner AG* 2004, 197 ff; *Berliner Netzwerk Corporate Governance AG* 2004, 200 f, These 2, 11, 12; ähnlich auch *Schiessl ZHR* 167 (2003) 235, 255; *knapp von Hase BuW* 2003, 944, 949.

## a. Verhandlungen

Die konkrete Ausgestaltung des Verhandlungsverfahrens bleibt hier weitgehend ausgespart, da für die Untersuchung ausschließlich die Auffangregelung von Bedeutung ist, da durch ihre zwingende Anwendung im Falle des Scheiterns der Verhandlungen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eintritt. Jedoch sollen einige knappe Anmerkungen zu Punkten erfolgen, die bei der Ausgestaltung der Verhandlungen zu beachten sind.

Bei der Ausgestaltung der Verhandlungen kann eine Orientierung an den entsprechenden SE-Regelungen<sup>723</sup> erfolgen. So wäre von den Arbeitnehmern ein Verhandlungsgremium zu wählen, das dann über die Ausgestaltung der Unternehmensmitbestimmung in der betreffenden Gesellschaft mit deren Verwaltungsorgan verhandelt. In die zu schaffende Regelung könnte insoweit auch eine „Soll-Vorschrift“ bzgl. der Beteiligung der Arbeitnehmer der Gesellschaft in anderen Staaten aufgenommen werden. Diese würde zwar nicht zu einer zwingenden Berücksichtigung dieser Arbeitnehmer führen, andererseits aber doch zum Ausdruck bringen, dass eine Beteiligung dieser Arbeitnehmer gewünscht ist. Verknüpft werden könnte eine entsprechende „Soll-Vorschrift“ mit einer Auflage, dass dem Verwaltungsorgan eine ausführliche Begründungspflicht für den Fall auferlegt wird, in dem die ausländischen Arbeitnehmer bei der Bildung des Verhandlungsgremiums nicht berücksichtigt werden. Durch die Formulierung als „Soll-Vorschrift“ besteht darüber hinaus auch kein völkerrechtlicher Konflikt<sup>724</sup>, da die Befolgung der Vorschrift gerade nicht erzwungen werden könnte. Auch hinsichtlich des zeitlichen Rahmens für die Verhandlungen kann eine Orientierung an den SE-Regeln erfolgen,<sup>725</sup> so dass auch hier ein Zeitrahmen von sechs Monaten, maximal verlängerbar auf insgesamt ein Jahr, festzulegen wäre. Um den Verhandlungen eine gewisse sachliche Basis bzw. Orientierungshilfe zur Verfügung zu stellen, kann auch erwogen werden, den Verhandlungsparteien entsprechend dem Vorschlag der BDA/BDI-

---

<sup>723</sup> Art. 3 ff SE-RL (Fn. 695).

<sup>724</sup> Vgl. dazu G. II. 1. c. ; zur völkerrechtlich unproblematischen Einbeziehung von Arbeitnehmern im Ausland durch eine Verhandlungslösung auch *Windbichler AG* 2004, 190, 196.

<sup>725</sup> Art. 5 SE-RL (Fn. 695).

Mitbestimmungskommission<sup>726</sup> (BDA/BDI-Bericht) verschiedene, nicht bindende Optionen („Regelbeispiele“/„Leitplanken“<sup>727</sup>) für ein mögliches Verhandlungsergebnis bereitzustellen. So sieht der BDA/BDI-Bericht als Optionen für ein Verhandlungsergebnis eine Mitbestimmung nach den bisherigen Regeln des MitbestG, eine Drittelparitätische Besetzung des Aufsichtsrats oder die Ausgliederung der Unternehmensmitbestimmung in einen Konsultationsrat vor.<sup>728</sup> Bei diesen Möglichkeiten soll es sich aber lediglich um unverbindliche Vorschläge handeln, die Parteien bleiben hinsichtlich des Verhandlungsergebnisses völlig frei.

## b. Auffangregelung

Sofern die Verhandlungen zwischen den Parteien innerhalb des Verhandlungszeitraums zu keinem Ergebnis gelangen, greift eine zwingende gesetzliche Auffangregelung ein. Diese sieht für ausnahmslos alle Gesellschaften – monistisch und dualistisch organisierte – die Umsetzung der Unternehmensmitbestimmung durch die Bildung eines Konsultationsrates vor. Dabei handelt es sich um ein eigenständiges Organ, das den übrigen originären Gesellschaftsorganen beigeordnet wird. Besetzt wird der Konsultationsrat durch Wahl durch die Arbeitnehmer der Gesellschaft.

Die Ausgestaltung, die Kompetenzen und die Organisation des beigeordneten Organs bestimmen sich dabei nach folgenden Punkten:

- Der Konsultationsrat nimmt die Interessen der Arbeitnehmer in allen überbetrieblichen Angelegenheiten wahr, betriebliche Angelegenheiten bleiben aus-

---

<sup>726</sup> Bericht der Kommission Mitbestimmung, beauftragt vom BDA und BDI vom 17.11.2004 (abrufbar im Internet unter [www.bdi-online.de](http://www.bdi-online.de). Zuletzt geprüft: 21.01.2005). Die Kommission hatte den Auftrag, eine erneuerte und moderne Mitbestimmung zu entwickeln, die Abschaffung der Mitbestimmung wird dabei von der Kommission abgelehnt (vgl. Bericht S. 27). Gegenstand der Untersuchungen war neben der Unternehmensmitbestimmung auch die betriebliche Mitbestimmung. An der Arbeit der Kommission waren insgesamt 72 Vertreter überwiegend der Arbeitgeberseite und aus der Wissenschaft beteiligt. Anzumerken ist, dass die Kommission die Auffassung vertritt, dass eine Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften europarechtlich nicht zulässig und im Übrigen auch nicht gewünscht sei, vgl. Bericht S. 14 ff. Die Vorschläge der Kommission beschränken sich somit auf eine nationale Reform der Mitbestimmung und befassen sich nicht mit den in dieser Arbeit untersuchten Problemen.

<sup>727</sup> BDA/BDI-Bericht S. 33.

<sup>728</sup> BDA/BDI-Bericht S. 36 ff.

drücklich ausgespart, der Aufgabenbereich entspricht damit dem der heutigen Unternehmensmitbestimmung.<sup>729</sup>

- Der Vorsitzende des Konsultationsrates erhält das Recht, an allen Sitzungen des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgans teilzunehmen.<sup>730</sup> Der Konsultationsrat ist vor den Sitzungen des Verwaltungs-/Aufsichtsorgans über die Tagesordnung und alle anstehenden Entscheidungen zu unterrichten.<sup>731</sup> Mitglieder des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgans müssen auf (möglicherweise einstimmiges) Verlangen des Konsultationsrates an dessen Sitzungen teilnehmen.<sup>732</sup> Weiterhin kann dem Vorsitzenden des Konsultationsrats das Recht auf jederzeitigen Informationsaustausch mit dem Vorsitzenden des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgans eingeräumt werden.<sup>733</sup>
- Dem Konsultationsrat stehen weitgehende Informations- und Anhörungsrechte gegenüber den Mitgliedern der übrigen Gesellschaftsorgane zu.<sup>734</sup> Zu erwägen ist, ob das Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgan vor Entscheidungen zur Anhörung des Konsultationsrates verpflichtet sein soll.<sup>735</sup>
- Darüber hinaus steht dem Konsultationsrat das Recht zur formellen Stellungnahme bzgl. aller (arbeitnehmerrelevanten) Unternehmensentscheidungen zu.<sup>736</sup> Das Verwaltungs-/Aufsichtsorgan der Gesellschaft ist verpflichtet, sich mit den Stellungnahmen des Konsultationsrats zu befassen und hat alle Entscheidungen, die von der Stellungnahme des Konsultationsrat abweichen, ausführlich schriftlich zu begründen.<sup>737</sup>

---

<sup>729</sup> von Werder DBW 2004, 229, 240; ähnlich auch *Kirchner AG* 2004, 197, 198.

<sup>730</sup> *Säcker AG* 2004, 180, 186.

<sup>731</sup> *Säcker AG* 2004, 180, 185 f.

<sup>732</sup> von Werder DBW 2004, 229, 240; *ders.* AG 2004, 166, 172.

<sup>733</sup> *Kirchner AG* 2004, 197, 199.

<sup>734</sup> von Werder DBW 2004, 229, 241; *ders.* AG 2004, 166, 172; *Kirchner AG* 2004, 197, 199.

<sup>735</sup> *Säcker AG* 2004, 180, 185.

<sup>736</sup> von Werder DBW 2004, 229, 241; *Berliner Netzwerk Corporate Governance AG* 2004, 200, 201, These 11; *Kirchner AG* 2004, 197, 199, der auch darauf hinweist, dass dem Konsultationsrat faktisch ein umfassendes Stellungnahmerecht gewährt werden muss, da eine Begrenzung auf Stellungnahmen ausschließlich zu Arbeitnehmerfragen daran scheitert, dass eine Eingrenzung, wann Arbeitnehmerfragen von einer konkreten Entscheidung betroffen sind, nicht möglich ist.

<sup>737</sup> *Kirchner AG* 2004, 197, 199; *Berliner Netzwerk Corporate Governance AG* 2004, 200, 201, These 11.

- Weiter steht dem Konsultationsrat ein Vetorecht gegenüber allen arbeitnehmerrelevanten Entscheidungen des Verwaltungs-/Aufsichtsorgans zu,<sup>738</sup> die Ausübung des Vetos kann aber nur einstimmig durch den Konsultationsrat erfolgen und ist ausführlich schriftlich zu begründen<sup>739</sup>. Dieses Veto kann vom entsprechenden Organ mit qualifizierter Mehrheit überstimmt werden. Dadurch wird die Letztentscheidungskompetenz der Anteilseigner, wie sie auch bisher gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 MitbestG durch das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden, der i.d.R. von den Anteilseignern bestimmt wird, bei einem Patt besteht, aufrechterhalten.
- Die Mitglieder des Konsultationsrats unterliegen derselben Verschwiegenheitspflicht wie die Mitglieder des Verwaltungs-/Aufsichtsorgans.<sup>740</sup>
- Da die Arbeitnehmervertreter durch die Ausgliederung in den Konsultationsrat und die Abschwächung der Rechte nicht mehr unmittelbar an den Unternehmensentscheidungen beteiligt sind, ist nicht erforderlich, dass die Arbeitnehmervertreter auf das Unternehmensinteresse verpflichtet werden.<sup>741</sup> Sie können sich vielmehr ganz der Verwirklichung der Arbeitnehmerinteressen widmen.
- Um eine effektive Arbeit des Konsultationsrats zu gewährleisten, darf das Organ nicht übermäßig groß sein. In Betracht kommt bspw. abhängig von der Arbeitnehmerzahl der Gesellschaft eine Größe von mind. drei bis maximal sieben Vertretern, wobei zur leichteren Entscheidungsfindung stets eine ungerade Zahl von Mitgliedern vorzusehen ist.
- Erforderlich sind daneben auch gesetzliche Regeln zur Wahl des Konsultationsrats. Genauer hierzu kann in dieser Arbeit unterbleiben, eine Wahlregelung könnte aber bspw. auf den bisherigen Wahlvorschriften des derzeitigen

---

<sup>738</sup> Dagegen aber *Kirchner* AG 2004, 197, 199 und *von Werder* DBW 2004, 229, 240 f, der dadurch eine übermäßige Verzögerung von Unternehmensentscheidungen erwartet. Um eine Annäherung der Kompetenzen der Arbeitnehmervertreter in einem Konsultationsrat an die bisherigen Kompetenzen nach dem MitbestG zu gewährleisten, ist die Einführung eines entsprechenden Vetorechts dennoch zu erwägen.

<sup>739</sup> Dies soll dazu dienen, eine exzessive Ausübung dieses Rechts und damit eine Lähmung der Unternehmensentscheidungen zu verhindern.

<sup>740</sup> *von Werder* DBW 2004, 229, 241.

<sup>741</sup> *Kirchner* AG 2004, 197, 199.

MitbestG, §§ 10 ff (Delegiertenwahl), beruhen, oder durch die Einführung einer Urwahl<sup>742</sup> umgesetzt werden. Durch die Aufnahme einer „Soll-Vorschrift“ kann auch hier gewährleistet werden, dass die Arbeitnehmer der Gesellschaft im Ausland berücksichtigt werden, vgl. dazu entsprechend oben G. VII. 1. a.<sup>743</sup>

- Ob der Konsultationsrat ausschließlich mit Arbeitnehmersvertretern zu besetzen ist, oder ob bspw. auch Gewerkschaftsvertreter zugelassen sein sollten, kann an dieser Stelle offen bleiben (diesbezüglich kann bspw. auch eine Regelung erwogen werden, dass externe Mitglieder nur zulässig sind, wenn sich die Arbeitnehmer der Gesellschaft dafür entscheiden).

## 2. Rechtfertigungsvoraussetzungen des EuGH

Ein Modell für die Umsetzung der Unternehmensmitbestimmung basierend auf den soeben dargestellten Vorschlägen stellt entgegen der weiteren oben dargestellten Modellen einen europarechtskonformen Weg der Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland dar.<sup>744</sup>

### a. Unterschiedslose und nichtdiskriminierende Anwendung

Die Bestimmung, dass Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz und mehr als 2000 Arbeitnehmern in Deutschland bei Überschreiten dieser Schwelle Verhandlungen zur Verwirklichung der Unternehmensmitbestimmung aufnehmen müssen, stellt eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme dar, da sie alle Gesellschaften gleichermaßen trifft. Dies gilt auch für die subsidiäre gesetzliche Auffangregelung. Durch den Zwang zur Schaffung eines Konsultationsrates sind monistisch und dualistisch organisierte Gesellschaften gleichermaßen betroffen.<sup>745</sup> Auch liegt insbesondere in der Auffangregelung keine (faktisch) diskri-

<sup>742</sup> Gegen die aufwendige Delegiertenwahl und für eine Urwahl auch BDA/BDI-Bericht S. 43.

<sup>743</sup> Für eine Berücksichtigung der Arbeitnehmer im Ausland bspw. auch *Kirchner AG* 2004, 197, 200; *Berliner Netzwerk Corporate Governance AG* 2004, 200, 201, These 12.

<sup>744</sup> So auch *Säcker* BB 2004, 1462, 1463.

<sup>745</sup> *Säcker* BB 2004, 1462, 1463; Dagegen stellt der Vorschlag des BDA/BDI-Berichts keine unterschiedslos anwendbare Maßnahme dar. Dort wird hinsichtlich der gesetzlichen Auffangregelung zwischen monistisch und dualistisch organisierten Gesellschaften differen-

minierende Maßnahme. Die Bildung eines Konsultationsrates ist für beide Organisationsformen gleichermaßen belastend.<sup>746</sup> Beiden Organisationsformen ist ein entsprechendes Organ nach ihrem Gründungsrecht unbekannt.

## **b. Geeignetheit**

Die Geeignetheit einer entsprechenden Umsetzung, die Verwirklichung der Unternehmensmitbestimmung zu fördern, kann nicht verneint werden.

## **c. Erforderlichkeit**

Ein entsprechendes Umsetzungsmodell scheitert auch nicht am Erforderlichkeitskriterium des EuGH.

### **aa. Kein erheblicher Eingriff in Organisationsstruktur**

Der Zwang zur Bildung eines Konsultationsrates im Falle des Scheiterns der Verhandlungen führt nicht zu einem starken Eingriff in die Organisationsstruktur der betreffenden Gesellschaft, da den bestehenden Gesellschaftsorganen lediglich ein weiteres Organ beigeordnet wird. In die originäre Gesellschaftsstruktur wird dadurch nur unerheblich eingegriffen.

### **bb. Kein erheblicher Eingriff durch Kompetenzen des Konsultationsrats**

Auch ergibt sich aus den Kompetenzen des Konsultationsrats kein erheblicher Eingriff, der gegen das Erforderlichkeitskriterium des EuGH verstoßen würde. Die Kompetenzen der bestehenden Gesellschaftsorgane werden nicht verändert. Dies ergibt sich daraus, dass dem Konsultationsrat im Vergleich zur bisherigen

---

ziert (Bericht S. 39 ff): zur Umsetzung der Unternehmensmitbestimmung soll danach eine dualistisch organisierte Gesellschaft zur drittelparitätischen Besetzung des Aufsichtsrates verpflichtet sein, eine monistisch organisierte Gesellschaft dagegen zur Schaffung eines Konsultationsrates. Dies stellt aber gerade keine unterschiedslose Anwendung dar, da anhand der Gesellschaftsorganisation differenziert wird. Darüber hinaus liegt in diesem Vorschlag auch eine faktische Diskriminierung der monistisch organisierten Gesellschaften, da den dualistisch organisierten Gesellschaften eine Umsetzung leichter fällt, da das für die Umsetzung erforderliche Organ Aufsichtsrat bereits kraft ihrem originären Gründungsrecht besteht. Monistisch organisierte Gesellschaften müssen dagegen erst ein ihnen nach ihrem Gründungsrecht völlig fremdes, zusätzliches Organ bilden.

<sup>746</sup> So auch *Säcker* BB 2004, 1462, 1463.

Lage nach dem derzeitigen MitbestG keine tatsächlichen Mitentscheidungskompetenzen zustehen. Vielmehr werden ihm lediglich Anhörungsrechte etc. gewährt, die aber die Letztentscheidungskompetenz der Anteilseigner unangetastet lassen, vgl. dazu und zu den einzelnen Kompetenzen des Konsultationsrats soeben oben unter G. VII. 1. b. Die Rechte des Konsultationsrats werden zwar durch vielfältige Möglichkeiten der Stellungnahme/Anhörung und auch möglicherweise durch ein (überwindbares) Vetorecht gestärkt, sie enden aber stets vor der Schwelle einer echten Mitentscheidungskompetenz. Im Gegensatz dazu führen alle Auffangregelungen, die eine zwangsweise Besetzung des Verwaltungs-/Aufsichtsorgans mit Arbeitnehmervertretern vorsehen, zu einer konkreten Mitentscheidungskompetenz der Arbeitnehmer, die nach dem Gründungsrecht vieler Gesellschaften unbekannt ist, dies stellt aber einen erheblichen Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft dar, vgl. dazu bereits unter G. V. 1. c.

747

### **cc. Keine unzulässige Kumulation von Mitbestimmungsrechten**

Auch birgt der Aspekt der möglichen Kumulation von Mitbestimmungsrechten kein Konflikt mit dem Erforderlichkeitskriterium. Für den Fall des Zuzugs einer Gesellschaft, die bereits kraft ihrem Gründungsrecht ein bestimmtes Maß an Mitbestimmung, auf welche Art und Weise auch immer, verwirklichen muss, liegt der Schluss nahe, dass der Zwang zur Bildung eines Konsultationsrats zu einer unzulässigen Kumulation von Mitbestimmungsrechten führt. Dies ist jedoch nicht der Fall. Da es sich bei den Kompetenzen des Konsultationsrats um keine echten Mitbestimmungskompetenzen, sondern „lediglich“ um erweiterte Informationsrechte etc. handelt (siehe zu den Kompetenzen soeben oben unter G. VII. 1. b. ), stellt diese Form der Arbeitnehmer„beteiligung“ etwas qualitativ anderes dar, als eventuell bestehende Mitbestimmungsrechte nach dem Gründungsrecht der jeweiligen Gesellschaft. Eine dadurch möglicherweise eintreten-

---

<sup>747</sup> Aus diesem Grund scheitern die Vorschläge des BDA/BDI-Berichts auch am Erforderlichkeitskriterium des EuGH. Die Vorschläge sehen bei Eingreifen der Auffangregelung für dualistisch organisierte Gesellschaften die Besetzung des Aufsichtsorgans mit einem Drittel Arbeitnehmervertreter vor, vgl. Bericht S. 39 ff. Wie bereits unter G. V. 1. c. dargelegt wurde, führt dies aber (jedenfalls bei dualistisch organisierten Auslandsgesellschaften, die eine entsprechende Besetzung ihres Aufsichtsorgans nicht kennen) gerade zu einem erheblichen Eingriff in die Organisationsstruktur der betroffenen Gesellschaft und scheitert folglich an der Erforderlichkeit.

de Kumulation von Informationsrechten stellt mangels tatsächlicher Mitentscheidungskompetenz des Konsultationsrats keinen erheblichen Eingriff dar. Auch ist im Fall des Bestehens einer echten Mitbestimmung neben dem Konsultationsrat davon auszugehen, dass ein Großteil der Kompetenzen des Konsultationsrats durch diesen nicht mehr in vollem Maß ausgeübt werden, da die Arbeitnehmerseite in diesem Fall bereits durch die Mitbestimmungskompetenzen nach dem Gründungsrecht ausreichend informiert und beteiligt ist, so dass kein bzw. nur noch ein geringes Informationsdefizit bestehen wird, das durch die Kompetenzen des Konsultationsrats noch ausgeglichen werden könnte.

#### **d. Angemessenheit**

Nachdem bereits die Erforderlichkeit einer entsprechenden Regelung bejaht wurde, bestehen auch aus der Sicht der Angemessenheit keine Bedenken. Das dargestellte Umsetzungsmodell bringt das durch die Regelung verfolgte Ziel, in allen Kapitalgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz und mehr als 2000 Arbeitnehmern in Deutschland eine Unternehmensmitbestimmung zu verwirklichen, in einem abgewogenen Verhältnis zu der durch die Regelung eintretenden Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Durch die Regelung wird ein gemeinschaftsweit anerkanntes Allgemeininteresse ohne erhebliche Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit umgesetzt.

### **3. Ergebnis**

Somit konnte aufgezeigt werden, dass das vorgeschlagene Modell den Anforderungen des EuGH für eine gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht und folglich europarechtskonform umgesetzt werden kann.

### **4. Konsequenzen einer Umsetzung des Vorschlags**

Die Umsetzung des soeben dargestellten Vorschlags ermöglicht eine Erstreckung der Unternehmensmitbestimmung auf zuziehende Auslandsgesellschaften in den untersuchten Fällen.

Durch eine entsprechende Umsetzung wären erhebliche Änderungen im gesamten deutschen Gesellschaftsrecht, insbesondere des der Kapitalgesellschaften,

erforderlich. Sämtliche bisher bestehende Mitbestimmungsregelungen müssten an die neue Regelung angepasst werden. Miteinhergehen könnte auch eine Verkleinerung der Aufsichtsräte, da die Arbeitnehmervertreter nun in den Konsultationsrat ausgelagert würden.<sup>748</sup>

Festzustellen ist, dass, im Vergleich zur derzeitigen Mitbestimmungslage, durch die Umsetzung des Modells eine ganz erhebliche Abschwächung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer eintreten würde, da letztlich mangels Beteiligung in den entscheidenden Unternehmensorganen keine echten Mitbestimmungsrechte mehr bestehen würden. Folglich stellt sich die Frage, ob die Regelung nach einer entsprechenden Umsetzung überhaupt noch die Bezeichnung „Mitbestimmung“ verdient oder ob nicht vielmehr eine Bezeichnung wie bspw. „Mitsprache“ oder „Beteiligung“ die Bedeutung der Regelung besser ausdrücken würde. Die Abschwächung ist für eine europarechtskonforme Umsetzung jedoch erforderlich und steht letztlich auch nicht in einem so evidenten Widerspruch zur bisherigen Lage, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Hauptanliegen der Unternehmensmitbestimmung war auch bereits bisher vorrangig die frühzeitige und umfassende Information der Arbeitnehmer über die für die Unternehmensentwicklung wesentlichen Daten.<sup>749</sup> Die Bezeichnung Unternehmens**mitbestimmung** trifft auch bisher nicht den Kern der Regelung, da sich in Streitfällen aufgrund des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden gemäß § 29 Abs. 2 MitbestG letztlich immer die Anteilseigner durchsetzen können.<sup>750</sup> Das Prinzip der rechtzeitigen und umfassenden Information der Arbeitnehmer kann aber ebenso gut durch das dargestellte Modell mit einem Konsultationsrat als Auffangregelung erreicht werden. Der Verlust tatsächlicher Mitbestimmungskompetenzen fällt somit geringer aus, als dies zunächst erscheint.

Am Rande soll noch erwähnt werden, dass Nebeneffekt einer entsprechenden Änderung auch eine weitgehende Lösung der aus Sicht der corporate governance dargelegten Probleme der heutigen Mitbestimmung wäre.<sup>751</sup>

---

<sup>748</sup> Für eine Verkleinerung der Aufsichtsräte nach Ausgliederung der Arbeitnehmervertreter in ein eigenständiges Organ auch *Schiessl* ZHR 167 (2003) 235, 255.

<sup>749</sup> *Henssler* in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 157.

<sup>750</sup> *Henssler* in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU S. 157; so auch *von Werder* DBW 2004, 229, 241.

<sup>751</sup> Vgl. zur Kritik und der Lösung durch die Schaffung eines Konsultationsrates bspw. *von Werder* DBW 2004, 229 ff; ähnlich auch *Schiessl* ZHR 167 (2003) 235, 255.

Ob allerdings eine nationale Umsetzung dieses Vorschlags letztlich wünschenswert, sinnvoll und zweckmäßig ist, oder ob nicht möglicherweise eine gemeinschaftsweite Regelung im Europarecht anzustreben ist, soll hier offen bleiben. Ziel dieser Arbeit war lediglich, aufzuzeigen, dass eine Anwendung nationaler Mitbestimmungsregelungen auf Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland grundsätzlich europarechtskonform möglich ist.

## H. Zusammenfassung

Zusammenfassend können folgende Ergebnisse der Untersuchung festgehalten werden:

- Die Entscheidungen *Überseering* und *Inspire Art* des EuGH haben große Auswirkungen auf das internationale Gesellschaftsrecht und insbesondere auch auf die Unternehmensmitbestimmung in Deutschland. Sie ermöglichen den freien Zuzug von Kapitalgesellschaften aus allen Mitgliedstaaten der EU und verbieten grundsätzlich jede Beschränkung dieser Freiheit.
- Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland werden vom MitbestG in seiner jetzigen Form nicht erfasst.
- Eine analoge Anwendung des MitbestG auf Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland ist nicht möglich.
- Die Unternehmensmitbestimmung gehört ihrem Grundprinzip nach zum deutschen *ordre public*.
- Eine Anwendung des MitbestG auf Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland über den *ordre public* ist nicht möglich.
- Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung können als Eingriffsnormen formuliert werden.
- Die Unternehmensmitbestimmung ist ihrem Grundprinzip nach ein gemeinschaftsweit anerkanntes, zwingendes Allgemeininteresse.
- Die Anwendung nationaler Mitbestimmungsregelungen auf Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland führt zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, diese kann aber durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt werden.
- Eine entsprechende Anwendung kann nur bei einer erheblichen Abschwächung des bisherigen deutschen Mitbestimmungsniveaus erfolgen.

- Eine entsprechende Regelung muss für Inlands- und Auslandsgesellschaften gleichermaßen gelten.
- Eine entsprechende Regelung muss einen Vorrang für Verhandlungen zwischen der Gesellschaft und den Arbeitnehmern und eine zwingende gesetzliche Auffangregelung nur für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen vorsehen.
- Die zwingende Auffangregelung muss unterschiedslos auf Inlands- und Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland anwendbar sein und in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden. Zudem muss sie geeignet, erforderlich und angemessen sein.
- Einzig europarechtskonform ist eine Auffangregelung, die die Schaffung eines den Gesellschaftsorganen beigeordneten Konsultationsrats vorsieht, der mit Arbeitnehmervertretern der Gesellschaft besetzt ist.



## Literaturverzeichnis

- Armin, Hatje                               „Die Niederlassungsfreiheit im europäischen Binnenmarkt“  
Jura 2003, 160 ff. Zitiert: *Armin*
- von Bar, Christian (Hrsg.)   Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht  
1990. Zitiert: *Bearbeiter* in von Bar
- Baumert, Andreas J.                   Europäischer ordre public und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht  
1994. Zitiert: *Baumert*
- Baums, Theodor/  
Ulmer, Peter (Hrsg.)           Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten  
2004. Zitiert: *Bearbeiter* in Unternehmensmitbestimmung im Recht der EU
- Bayer, Walter                           „Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen“  
BB 2003, 2357 ff. Zitiert: *Bayer*
- ders.                                       „Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht“  
BB 2004, 1 ff. Zitiert: *Bayer*
- ders.                                       „Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit nach den EuGH-Entscheidungen Inspire Art und Überseering auf die deutsche Unternehmensmitbestimmung“  
AG 2004, 534 ff. Zitiert: *Bayer*
- Behrens, Peter                           „Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art“  
IPRax 2003, 193 ff. Zitiert: *Behrens*
- Benz, Dieter/  
Föhr, Horst/  
Kehrmann, Karl                   Mitbestimmungsgesetz '76  
Kommentar für die Praxis  
1978. Zitiert: Benz/Föhr MitbestG

- Bernhardt, Wolfgang      „Deutsche (Unternehmens-)Mitbestimmung zwischen Wünschen und Wirklichkeit“  
BB 2004, 2480 ff. Zitiert: *Bernhardt*
- Bernstein, Herbert/  
Koch, Harald      „Internationaler Konzern und deutsche Mitbestimmung“  
ZHR 143 (1979), 522 ff. Zitiert: *Bernstein/Koch*
- Bezenberger, Tilman      „Die Europäische Aktiengesellschaft“  
Jura 2003, 229 ff. Zitiert: *Bezenberger*
- Binz, Mark K./  
Mayer, Gerd      „Ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG im Aufwind?“  
GmbHHR 2003, 249 ff. Zitiert: *Binz/Mayer*
- Birk, Rolf      „Das internationale Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland“  
RabelsZ 46 (1982), 384 ff. Zitiert: *Birk*
- Blanquet, Françoise      „Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft“  
ZGR 2002, 20 ff. Zitiert: *Blanquet*
- Hans Böckler Stiftung  
(Hrsg.)      Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft  
Arbeitshilfe für Aufsichtsräte 11  
2003. Im Internet abrufbar unter [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de)  
(zuletzt geprüft: 21.01.2005). Zitiert: Böckler Stftg  
GesR u MitbestR in der EU
- Hans Böckler Stiftung  
(Hrsg.)      The European Company – Prospects for board-level representation  
2004. Zitiert: Böckler Stftg European Company
- Boewer, Dietrich/  
Gaul, Björn/  
Otto, Björn      „Zweites Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat und seine Auswirkungen auf die GmbH“  
GmbHHR 2004, 1065 ff. Zitiert: *Boewer/Gaul/Otto*
- Borges, Georg      „Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz“  
ZIP 2004, 733 ff. Zitiert: *Borges*

- Calliess, Christian/  
Ruffert, Matthias  
(Hrsg.)      Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag  
2. Auflage 2002.  
Zitiert: *Bearbeiter* in Calliess/Ruffert EUV/EGV
- Däubler, Wolfgang      „Mitbestimmung und Betriebsverfassung im Internationalen Privatrecht“  
RabelsZ 39 (1975), 444 ff. Zitiert: *Däubler*
- Dauses, Manfred A.  
(Hrsg.)      Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts  
Stand: Mai 2004.  
Zitiert: *Bearbeiter* in Dauses Hdb EU-Wirtschaftsrecht
- Di Marco, Giuseppe      „Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie“  
ZGR 1999, 3 ff. Zitiert: *Di Marco*
- Ebenroth, Carsten T./  
Sura, Achim      „Das Problem der Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht“  
RabelsZ 43 (1979), 315 ff. Zitiert: *Ebenroth/Sura*
- dies.      „Transnationale Unternehmen und deutsches Mitbestimmungsgesetz“  
ZHR 144 (1980) 610 ff. Zitiert: *Ebenroth/Sura*
- Eberhartinger, Michael      „Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten“  
EWS 1997, 43 ff. Zitiert: *Erberhartinger*
- Ebke, Werner F.      „Die Würfel sind gefallen: Die Sanktionen der Sitztheorie sind europarechtswidrig!“  
BB 2003, Heft 1 „Die erste Seite“. Zitiert: *Ebke*
- ders.      „Überseering: „Die wahre Liberalität ist Anerkennung““  
JZ 2003, 927 ff. Zitiert: *Ebke*
- Edenfeld, Stefan      Recht der Arbeitnehmermitbestimmung  
2002. Zitiert: *Edenfeld*
- Eidenmüller, Horst      „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa“  
ZIP 2002, 2233 ff. Zitiert: *Eidenmüller*

- ders. „Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt“  
JZ 2004, 24 ff. Zitiert: *Eidenmüller*
- Eidenmüller, Horst/  
Rehm, Gebhard „Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts“  
ZGR 2004, 159 ff. Zitiert: *Eidenmüller/Rehm*
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht  
5. Auflage 2005. Zitiert: *Bearbeiter* in Erfurter Kom ArbR
- Erman Bürgerliches Gesetzbuch  
Band 2  
11. Auflage 2004. Zitiert: *Bearbeiter* in Erman
- Everling, Ulrich „Das Niederlassungsrecht der EG als Beschränkungsverbot“ in: Gedächtnisschrift für B. Knobbe Keuk 1997, S. 607 ff  
Zitiert: *Everling* in GS Knobbe-Keuk
- Feiden, Sonja Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten  
2003. Zitiert: *Feiden*
- Fitting, Karl/  
Wlotzke, Otfried/  
Wißmann, Hellmut Mitbestimmungsgesetz Kommentar  
2. Auflage 1978.  
Zitiert: Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG
- Forsthoff, Ulrich „EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht – Traditionelle deutsche Sitztheorie verstößt gegen Niederlassungsfreiheit –“  
DB 2002, 2471 ff. Zitiert: *Forsthoff*
- ders. „Internationales Gesellschaftsrecht im Umbruch“  
DB 2003, 979 ff. Zitiert: *Forsthoff*
- ders. „Die Tragweite des Rechtfertigungsgrundes aus Art. 46 Abs. 1 EG für die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und für Gesellschaften“  
EWS 2001, 59 ff. Zitiert: *Forsthoff*

- Franzen, Martin                   „Niederlassungsfreiheit, internationales Gesellschaftsrecht und Unternehmensmitbestimmung“  
RdA 2004, 257 ff. Zitiert: *Franzen*
- Frenz, Walter                    Handbuch Europarecht  
Band 1 Europäische Grundfreiheiten  
2004. Zitiert: *Frenz* Hdb Europarecht Bd. 1
- Freund, Heinz-Joachim        „Keck und die Folgen“  
JA 1997, 716 ff. Zitiert: *Freund*
- Geiger, Rudolf                 EUV/EGV  
4. Auflage 2004. Zitiert: *Geiger* EUV/EGV
- Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz  
Hrsg.: Fabricius, Fritz  
Stand: April 1992. Zitiert: *Bearbeiter* GK-MitbestG
- Geßler, Ernst/  
  Hefermehl,  
  Wolfgang/  
  Eckardt, Ulrich/  
  Kropff, Bruno                 Aktiengesetz  
Band V §§ 241-290  
1984  
Zitiert: *Bearbeiter* in G/H/E/K AktG Bd. V
- Götz, Jürgen                    „Ist die Europäische Aktiengesellschaft eine überzeugende Option für die Praxis?“  
ZIP 2003, 1067. Zitiert: *Götz*
- Goos, Wolfgang                „Ansätze zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der europäischen Rechtssetzung“  
In: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht  
2004. Zitiert: *Bearbeiter* in FS Bundesarbeitsgericht
- Grabitz, Eberhard/  
  Hilf, Meinhard  
  (Hrsg.)                         Das Recht der Europäischen Union – Kommentar  
Stand: 10.8.2004.  
Zitiert: *Bearbeiter* in Grabitz/Hilf EU
- Grobys, Marcel                 „Das geplante Umsetzungsgesetz zur Beteiligung von Arbeitnehmern in der Europäischen Aktiengesellschaft“  
NZA 2004, 779 ff. Zitiert: *Grobys*

- von der Groeben, Hans/  
Schwarze, Jürgen  
(Hrsg.) Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur  
Gründung der Europäischen Gemeinschaft  
6. Auflage 2003. Zitiert: *Bearbeiter* in von der Gro-  
eben/Schwarze EUV/EGV
- von der Groeben, Hans/  
Thiesing, Jochen  
Ehlermann, C.-D.  
(Hrsg.) Kommentar zum EU-/EG-Vertrag  
5. Auflage 1997  
Zitiert: *Bearbeiter* in GTE
- Großfeld, Bernhard/  
Erlinghagen,  
Susanne „Internationales Unternehmensrecht und deutsche  
unternehmerische Mitbestimmung“  
JZ 1999, 217 ff. Zitiert: *Großfeld/Erlinghagen*
- Grothe, Helmut Die »ausländische Kapitalgesellschaft & Co.«  
1989. Zitiert: *Grothe*
- Gruber, Johannes/  
Weller,  
Marc-Philippe „Societas Europaea: Mitbestimmung ohne Aufsichts-  
rat?“  
NZG 2003, 297 ff. Zitiert: *Gruber/Weller*
- Grundmann, Stefan/  
Möslein, Florian „Die Goldene Aktie – Staatskontrollrechte in Euro-  
parecht und wirtschaftspolitischer Bewertung“  
ZGR 2003, 313 ff. Zitiert: *Grundmann/Möslein*
- Gundel, Jörg „Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden  
Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV“  
Jura 2001, 79 ff. Zitiert: *Gundel*
- Haberland, Jürgen/  
Seiler, Dietmar Mitbestimmungsgesetz  
1977. Zitiert: Haberland/Seiler MitbestG
- von Halen, Curt Christian „Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem  
Überseering-Urteil des EuGH“  
WM 2003, 571 ff. Zitiert: *von Halen*
- Hammen, Horst „Zweigniederlassungsfreiheit europäischer Gesell-  
schaften und Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf  
Unternehmensebene“  
WM 1999, 2487 ff. Zitiert: *Hammen*
- Hanau, Peter/ Ulmer, Peter Mitbestimmungsgesetz  
1981. Zitiert: *Bearbeiter* in Hanau/Ulmer MitbestG

- von Hase, Karl                   „Überseering und Inspire Art – EuGH formt das  
Gesellschaftsrecht der Zukunft“  
BuW 2003, 944 ff. Zitiert: *von Hase*
- Heinze, Meinhard               „Die Europäische Aktiengesellschaft“  
ZGR 2002, 66 ff. Zitiert: *Heinze*
- ders.                               „Ein neuer Lösungsweg für die Europäische Aktien-  
gesellschaft“  
AG 1997, 289 ff. Zitiert: *Heinze*
- Henssler, Martin                „Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas  
Europaea“  
in: Festschrift für P. Ulmer  
2003, S. 193 ff. Zitiert: *Henssler* in FS Ulmer
- Henssler, Martin/  
Braun, Axel (Hrsg.)           Arbeitsrecht in Europa  
2003. Zitiert: *Bearbeiter* in ArbeitsR in Europa
- Henssler, Martin/  
Willemsen, H. J./  
Kalb, Hein-Jürgen  
(Hrsg.)                         Arbeitsrecht Kommentar  
2004  
Zitiert: *Bearbeiter* in Henssler/Willemsen/Kalb
- Herdegen, Matthias           Europarecht  
5. Auflage 2003. Zitiert: *Herdegen* Europarecht
- Herfs-Röttgen, Ebba         „Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Euro-  
päischen Aktiengesellschaft“  
NZA 2002, 358 ff. Zitiert: *Herfs-Röttgen*
- Hobe, Stephan                 Europarecht  
2002. Zitiert: *Hobe* Europarecht
- Hoffmann, Dietrich/  
Lehmann, Jürgen/  
Weinmann, Heinz           Mitbestimmungsgesetz Kommentar  
1976  
Zitiert: Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG
- Horn, Norbert                 „Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und  
die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfrei-  
heit – Inspire Art“  
NJW 2004, 893 ff. Zitiert: *Horn*

- Hüffer, Uwe  
Aktiengesetz  
6. Auflage 2004. Zitiert: *Hüffer AktG*
- Jarass, Hans D.  
„Grundstrukturen der Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft“ in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens  
Festschrift für Peter Lerche  
1993, S. 443 ff. Zitiert: *Jarass* in FS Lerche
- Jayme, Erik  
Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht  
1988. Zitiert: *Jayme*
- Junker, Abbo  
„Sechssundsiebzig verweht – die deutsche Mitbestimmung endet in Europa“  
NJW 2004, 728 ff. Zitiert: *Junker*
- Kamp, Marcus  
„Die unternehmerische Mitbestimmung nach „Überseering“ und Inspire Art““  
BB 2004, 1496 ff. Zitiert: *Kamp*
- Kegel, Gerhard/  
Schurig, Klaus  
Internationales Privatrecht  
9. Auflage 2004. Zitiert: *Kegel/Schurig*
- Kersting, Christian  
„Rechtswahlfreiheit im Europäischen Gesellschaftsrecht nach Überseering“  
NZG 2003, 9 ff. Zitiert: *Kersting*
- Kieninger, Eva-Maria  
„Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit“  
ZGR 1999, 724 ff. Zitiert: *Kieninger*
- Kirchner, Christian  
„Grundstruktur eines neuen institutionellen Designs für die Arbeitnehmermitbestimmung auf der Unternehmensebene“  
AG 2004, 197 ff. Zitiert: *Kirchner*
- Koenig, Christian/  
Haratsch, Andreas  
Europarecht  
4. Auflage 2003. Zitiert: *Koenig/Haratsch* Europarecht

- Kommission  
Mitbestimmung      „Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven“  
Hrsg.: Bertelsmann Stiftung und Hans-Böckler-Stiftung 1998  
Zitiert: Kommission Mitbest 1998
- Kleinert, Jens/  
Probst, Peter      „Endgültiges Aus für Sonderanknüpfungen bei (Schein-)Auslandsgesellschaften“  
DB 2003, 2217 ff. Zitiert: *Kleinert/Probst*
- Krause, Rüdiger      „Gesetzentwurf zum Umsetzungsgesetz – das Problem der Mitbestimmung“  
BB 2004 Heft 31 „Die erste Seite“. Zitiert: *Krause*
- Larenz, Karl      Methodenlehre der Rechtswissenschaft  
6. Auflage 1991. Zitiert: *Larenz Methodenlehre*
- Leible, Stefan      „Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie“  
ZGR 2004, 531 ff. Zitiert: *Leible*
- Leible, Stefan/  
Hoffmann, Jochen      „„Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie“  
RIW 2002, 925 ff. Zitiert: *Leible/Hoffmann*
- Lenz, Carl Otto/  
Borchardt, K.-D.  
(Hrsg.)      EU- und EG-Vertrag  
3. Auflage 2003  
Zitiert: *Bearbeiter* in Lenz EU/EG-Vertrag
- Lutter, Marcus      „Mitbestimmungsprobleme im internationalen Konzern“ in: Festschrift für Konrad Zweigert  
1981, S. 251 ff. Zitiert: *Lutter* in FS Zweigert
- ders.      „Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?“  
BB 2002, 1 ff. Zitiert: *Lutter*
- Maul, Silja/  
Schmidt, Claudia      „Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?“  
BB 2003, 2297 ff. Zitiert: *Maul/Schmidt*
- Maul, Silja/  
Teichmann,  
Christoph/  
Wenz, Martin      „Der Richtlinienvorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften“  
BB 2003, 2633 ff. Zitiert: *Maul/Teichmann/Wenz*

- Meilicke, Heinz/  
Meilicke, Wienand      Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz 1976  
1976. Zitiert: Meilicke/Meilicke MitbestG
- Michalski, Lutz (Hrsg.)      Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) 2002  
Band 1 Systematische Darstellungen 1-7 §§ 1-34  
GmbHG  
Zitiert: *Bearbeiter* in Michalski GmbHG
- Müller-Bonanni, Thomas      „Unternehmensmitbestimmung nach „Überseering“  
und „Inspire Art““  
GmbHR 2003, 1235 ff. Zitiert: *Müller-Bonanni*
- Münchener Handbuch      Arbeitsrecht  
Band 3 Kollektives Arbeitsrecht  
2. Auflage 2000. Zitiert: *Bearbeiter* in MüHdb ArbR
- Münchener Kommentar      Bürgerliches Gesetzbuch  
Band 10 Internationales Privatrecht  
3. Auflage 1998. Zitiert: *Bearbeiter* in MüKo BGB  
Band 10 IPR
- Münchener Kommentar      Bürgerliches Gesetzbuch  
Band 11 Internationales Gesellschaftsrecht  
3. Auflage 1999. Zitiert: *Bearbeiter* in MüKo BGB  
Band 11 IntGesR
- Münchener Kommentar      Aktiengesetz  
Band 1 §§ 1-53  
2. Auflage 2000. Zitiert: *Bearbeiter* in MüKo AktG  
Band 1
- Münchener Kommentar      Aktiengesetz  
Band 3 §§ 76-117 – MitbestG - § 76 BetrVG 1952  
2. Auflage 2004. Zitiert: *Bearbeiter* in MüKo AktG  
Band 3
- Nagel, Bernhard      „Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in  
Deutschland – der Regierungsentwurf zum SE-  
Einführungsgesetz“  
NZG 2004, 833 ff. Zitiert: *Nagel*

- ders. „Ist die Europäische Aktiengesellschaft (SE) attraktiv?“  
DB 2004, 1299 ff. Zitiert: *Nagel*
- Nicolaysen, Gerd Europarecht I –Die Europäische Integrationsverfassung–  
2. Auflage 2002. Zitiert: *Nicolaysen* Europarecht I
- Oppermann, Thomas Europarecht  
2. Auflage 1999. Zitiert: *Oppermann* Europarecht
- Paefgen, Walter G. „Auslandsgesellschaften und Durchsetzung deutscher Schutzinteressen nach „Überseering““  
DB 2003, 487 ff. Zitiert: *Paefgen*
- ders. „Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht“  
WM 2003, 561 ff. Zitiert: *Paefgen*
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch  
64. Auflage 2005. Zitiert: *Bearbeiter* in Palandt
- Pawlowski, Hans-Martin Methodenlehre für Juristen – Theorie der Norm und des Gesetzes  
3. Auflage 1999. Zitiert: *Pawlowski* Methodenlehre
- Pfeiffer, Thomas „Eingriffsnormen und ihr sachlicher Regelungsgehalt“ in: Einheit und Vielfalt des Rechts  
Festschrift für Reinhold Geimer  
2002, S. 821 ff. Zitiert: *Pfeiffer* in FS Geimer
- Plötscher, Stefan Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht  
2003. Zitiert: *Plötscher*
- Pluskat, Sorika „Die Arbeitnehmerbeteiligung in der geplanten Europäischen AG“  
DStR 2001, 1483 ff. Zitiert: *Pluskat*
- Raiser, Thomas „Unternehmerische Mitbestimmung auf dem Prüfstand“  
in: Corporations, Capital Markets and Business in the Law - Liber Amicorum Richard M. Buxbaum  
2000, S. 415 ff. Zitiert: *Raiser* in FS Buxbaum

- ders. Mitbestimmungsgesetz  
4. Auflage 2002. Zitiert: *Raiser* MitbestG
- ders. Mitbestimmungsgesetz  
1. Auflage 1977. Zitiert: *Raiser* MitbestG 1. Aufl.
- ders. „Bewährung des Mitbestimmungsgesetzes nach  
zwanzig Jahren?“  
in: Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen De-  
mokratie – Freundesgabe für F. Kübler  
1997, S. 477 ff. Zitiert: *Raiser* in FS Kübler
- Reichert, Jochem/  
Brandes,  
Stephan M. „Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE:  
Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz“  
ZGR 2003, 767 ff. Zitiert: *Reichert/Brandes*
- Riegger, Bodo „Centros – Überseering – Inspire Art: Folgen für die  
Praxis“  
ZGR 2004, 510 ff. Zitiert: *Riegger*
- Roth, Wulf-Henning „Internationales Gesellschaftsrecht nach  
*Überseering*“  
IPRax 2003, 117 ff. Zitiert: *Roth*
- ders. „Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts  
auf das Internationale Privatrecht“  
RabelsZ 55 (1991), 623 ff. Zitiert: *Roth*
- Rowedder, Heinz/  
Schmidt-Leithoff, GmbHG Kommentar  
4. Auflage 2002. Zitiert: *Bearbeiter* in Rowedder  
GmbHG
- Säcker, Franz Jürgen „Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und  
Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern“  
AG 2004, 180 ff. Zitiert: *Säcker*
- ders. „Corporate Governance und Europäisches Gesell-  
schaftsrecht – Neue Wege in der Mitbestimmung“  
BB 2004, 1462 ff. Zitiert: *Säcker*
- Samtleben, Jürgen „Das Internationale Privatrecht der Börsenterminge-  
schäfte und der EWG-Vertrag“  
RabelsZ 45 (1981), 218 ff. Zitiert: *Samtleben*

- Sandrock, Otto                   „Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie“  
ZVglRWiss 102 (2003), 447 ff. Zitiert: *Sandrock*
- ders.                               „Gehören die deutschen Regelungen über die Mitbestimmung auf Unternehmensebene wirklich zum deutschen ordre public?“  
AG 2004, 57 ff. Zitiert: *Sandrock*
- ders.                               „Die Multinationalen Korporationen im Internationalen Privatrecht“  
BerGesVR 18 (1978), 169 ff. Zitiert: *Sandrock*
- ders.                               „Nach Inspire Art – Was bleibt vom deutschen Sitzrecht übrig?“  
BB 2003, 2588 f. Zitiert: *Sandrock*
- Schanze, Erich/  
    Jüttner, Andreas               „Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art““  
AG 2003, 661 ff. Zitiert: *Schanze/Jüttner*
- dies.                               „Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften – Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering-Entscheidung des EuGH“  
AG 2003, 30 ff. Zitiert: *Schanze/Jüttner*
- Schiessl, Maximilian           „Leitungs- und Kontrollstrukturen im internationalen Wettbewerb – Dualistisches System und Mitbestimmung auf dem Prüfstand –“  
ZHR 167 (2003), 235 ff. Zitiert: *Schiessl*
- Schnichels, Dominik           Reichweite der Niederlassungsfreiheit  
1995. Zitiert: *Schnichels*
- Schmidt-Parzefall,  
    Tillmann                       „Abschied von der Sitztheorie und arbeitsrechtliche Folgen“  
ZESAR 2003, 113 ff. Zitiert: *Schmidt-Parzefall*
- Schumann, Manfred           „Die Unternehmensmitbestimmung – ein Standortnachteil für den Standort Bundesrepublik Deutschland?“ in : Recht und soziale Arbeitswelt – Festschrift für W. Däubler  
1999, S. 399 ff. Zitiert: *Schumann* in FS Däubler

- Schulz, Martin                   „(Schein-)Auslandsgesellschaften in Europa – Ein Schein-Problem?  
NJW 2003, 2705 ff. Zitiert: *Schulz*
- Schwark, Eberhard           „Globalisierung, Europarecht und Unternehmensmitbestimmung im Konflikt“  
AG 2004, 173 ff. Zitiert: *Schwark*
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)   EU-Kommentar  
1. Auflage 2000. Zitiert: *Bearbeiter* in Schwarze EU
- Schwimmann, Michael       Grundriß des internationalen Privatrechts  
1982. Zitiert: *Schwimmann*
- Seibt, Christoph H.         „Drittelbeteiligungsgesetz und Fortsetzung der Reform des Unternehmensmitbestimmungsrechts“  
NZA 2004, 767 ff. Zitiert: *Seibt*
- Siehr, Kurt                   Internationales Privatrecht  
2001. Zitiert: *Siehr*
- Soergel                       Bürgerliches Gesetzbuch  
Band 10 Einführungsgesetz  
12. Auflage 1996. Zitiert: *Bearbeiter* in Soergel  
Band 10 EGBGB
- Spickhoff, Andreas         Der ordre public im internationalen Privatrecht  
1989. Zitiert: *Spickhoff*
- Staudinger                   Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band: Internationales Gesellschaftsrecht 1998.  
Zitiert: *Bearbeiter* in Staudinger IntGesR
- Staudinger                   Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/ IPR 2003  
Zitiert: *Bearbeiter* in Staudinger IPR
- Steindorff, Ernst           EG-Vertrag und Privatrecht  
1996. Zitiert: *Steindorff*

- Stork, Stefan Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union  
2003. Zitiert: *Stork*
- Streinz, Rudolf (Hrsg.) Kommentar EUV / EGV  
2003. Zitiert: *Bearbeiter* in Streinz EUV/EGV
- Sturm, Fritz Wahlfach Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung  
1982. Zitiert: *Bearbeiter* in Wahlfach IPR
- Thüsing, Gregor „Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit“  
ZIP 2004, 381 ff. Zitiert: *Thüsing*
- Treder, Lutz Methoden und Techniken der Rechtsanwendung – Eine systematische Einführung mit Beispielen 1998.  
Zitiert: *Treder Methoden*
- Triebel, Volker/  
von Hase, Karl „Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach „Überseering“ und „Inspire Art““  
BB 2003, 2409 ff. Zitiert: *Triebel/von Hase*
- Ulmer, Peter „Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen – noch zeitgemäß?“  
ZHR 166 (2002), 271 ff. Zitiert: *Ulmer*
- ders. „Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz“  
JZ 1999, 662 ff. Zitiert: *Ulmer*
- Veit, Martin/  
Wichert, Joachim „Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach „Überseering“ und „Inspire Art““  
AG 2004, 14 ff. Zitiert: *Veit/Wichert*
- Weiss, Manfred „Arbeitnehmermitwirkung in Europa“  
NZA 2003, 177 ff. Zitiert: *Weiss*

- Weller, Marc-Philippe „Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Feld für die Existenzvernichtungshaftung“  
IPRax 2003, 207 ff. Zitiert: *Weller*
- ders. „„Inspire Art“: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften“  
DStR 2003, 1800 ff. Zitiert: *Weller*
- von Werder, Axel „Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung“  
AG 2004, 166 ff. Zitiert: *von Werder*
- ders. „Modernisierung der Mitbestimmung“  
DBW 2004, 229 ff. Zitiert: *von Werder*
- Wiesner, Peter M. „Mitbestimmungsexport durch grenzüberschreitende Fusion?“  
ZIP 2004, 243. Zitiert: *Wiesner*
- Windbichler, Christine „Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen und gegenüber dem Unternehmen – eine Zwischenbilanz“  
AG 2004, 190 ff. Zitiert: *Windbichler*
- Windbichler, Christine/  
Bachmann, Gregor „Corporate Governance und Mitbestimmung als „wirtschaftsrechtlicher ordre public““ in:  
Festschrift für G. Bezenberger  
2000, S. 797 ff. Zitiert: *Windbichler/Bachmann* in  
FS Bezenberger
- Wisskirchen, Gerlind/  
Prinz, Thomas „Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE)“  
DB 2004, 2638 ff. Zitiert: *Wisskirchen/Prinz*
- Wißmann, Helmut „Der Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung als Dauerpatient“ in: Recht und soziale Arbeitswelt – Festschrift für W. Däubler  
1999, S. 385 ff. Zitiert: *Wißmann* in FS Däubler
- Zeppenfeld, Meiko Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im Internationalen Wirtschaftsrecht  
2001. Zitiert: *Zeppenfeld*

- Ziemons, Hildegard      „Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!“  
ZIP 2003, 1913 ff. Zitiert: *Ziemons*
- Zimmer, Daniel      „Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?“  
NJW 2003, 3585 ff. Zitiert: *Zimmer*
- ders.      Internationales Gesellschaftsrecht  
1996. Zitiert: *Zimmer IntGesR*