

**Sicherung und Modernisierung der  
Unternehmensmitbestimmung**



---

## **ZAAR Schriftenreihe**

Herausgegeben von Volker Rieble

Band 4

---

Robert Lubitz

**Sicherung und Modernisierung der  
Unternehmensmitbestimmung**

ZAAR Verlag München 2005

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2005 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht  
Infanteriestraße 8 | 80797 München  
[www.zaar.uni-muenchen.de](http://www.zaar.uni-muenchen.de) | [info@zaar.uni-muenchen.de](mailto:info@zaar.uni-muenchen.de)

Druck: Lipp GmbH Graphische Betriebe  
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISBN 3-9809380-4-2

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2005 als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Februar 2005 fertiggestellt. Der Verein zur Förderung arbeitsrechtlicher Forschung e.V. hat die Dissertation mit dem Förderpreis „Recht – Arbeit – Zukunft“ 2005 ausgezeichnet.

Angeregt und betreut wurde die Arbeit von Herrn Prof. Dr. Volker Rieble, bei dem ich mich an dieser Stelle sehr herzlich bedanke. Seine persönlichen Ratschläge und seine beständige Förderung haben wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Für die Übernahme des Zweitgutachtens möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Martin Franzen bedanken.

Danken möchte ich auch den Mitarbeitern des ZAAR. Die offene und herzliche Atmosphäre, in der diese Arbeit entstand, war der beste Impuls für kreatives Arbeiten.

Meinen Freunden Georg Cadeggianini und Daniel Schiele gebührt großer Dank für Ihre Hilfe auf den letzten Metern.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinen Eltern. Ohne ihre menschliche und finanzielle Unterstützung wären weder mein Studium noch meine Dissertation in dieser Form realisierbar gewesen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im September 2005

Robert Lubitz



Inhaltsverzeichnis	Seite
Vorwort .....	5
Inhaltsverzeichnis .....	7
Einleitung .....	13
§ 1 Transnationales Mitbestimmungsgefälle und Gesellschaftskollisionsrecht .....	17
<b>A. Das transnationale Mitbestimmungsgefälle</b> .....	17
I. Unternehmensmitbestimmung in Deutschland .....	17
1. Der Aufsichtsrat als Ort der Mitbestimmung .....	17
2. Sonderstellung des deutschen Modells .....	19
II. Unternehmensmitbestimmung im anglo-amerikanischen Rechtskreis .....	21
1. Das monistische Leitungsmodell .....	21
2. Fakultative Unternehmensmitbestimmung in Großbritannien .....	22
a. Collective laissez faire .....	22
b. Diskussion um Unternehmensmitbestimmung .....	23
c. Praktizierte Unternehmensmitbestimmung .....	24
3. Unternehmensmitbestimmung in den USA .....	25
<b>B. Gesellschaftskollisionsrecht als Schutzinstrument</b> .....	25
I. Bedeutung des Gesellschaftskollisionsrechts für die Unternehmensmitbestimmung .....	25
II. Die Einheitstheorien .....	26
1. Sitztheorie .....	27
2. Gründungstheorie/Inkorporationstheorie .....	30
III. Das partielle Ende der Sitztheorie .....	31
1. Europarechtliche Situation vor Centros .....	31
a. EG-Übereinkommen .....	31
b. Der EuGH .....	32
2. Die Entscheidungstrias zur Sitztheorie .....	34
a. Centros .....	34
b. Die modifizierte Sitztheorie als Ausweg .....	34
c. Überseering und Inspire Art .....	35
IV. Auswirkungen der EuGH Urteile: der „Restbestand“ der Sitztheorie .....	36
V. Gründungstheorie auf staatsvertraglicher Grundlage .....	37

§ 2 Mitbestimmungsvermeidungsstrategien .....	41
<b>A. Ausgangslage</b> .....	41
I. Nachteilige Auswirkungen der Mitbestimmung .....	41
II. Mitbestimmung als Kriterium der Standort- und der Rechtsformwahl .....	43
1. Die Anwendungsbeschränkungen .....	43
2. Sicherungsbemühungen des Gesetzgebers .....	44
3. Sachlicher Grund für Unternehmensgestaltung erforderlich? .....	46
<b>B. Die auslandsbezogenen Vermeidungsstrategien</b> .....	47
I. Auslandsgesellschaft .....	48
1. Neugründungen in ausländischer Rechtsform .....	48
2. Ausländische Holdinggesellschaft mit deutschen Tochtergesellschaften .....	48
3. Transformation inländischer Gesellschaften in ausländische Gesellschaften .....	50
a. Transnationaler Rechtsformwechsel .....	50
[1] Verlegung des Sitzungssitzes und/oder des Verwaltungssitzes .....	51
[2] Meinungen .....	51
[3] Stellungnahme .....	53
[a] Voraussetzungen .....	53
[b] Sachrechtliches Hindernis .....	53
[c] Niederlassungsfreiheit .....	54
b. Grenzüberschreitende Verschmelzung .....	55
c. Einzelübertragung .....	56
II. Sonderfall: Ausländische juristische Person & Co KG .....	57
1. Das Problem .....	57
2. Lösungsansätze .....	57
a. Beteiligungsverbot .....	57
[1] Sitztheorie als Hinderungsgrund .....	58
[2] Deutsches Gesellschaftsrecht als Hinderungsgrund .....	59
[a] Der inländische ordre public .....	59
[b] Stellungnahme .....	59
b. Überlagernde Anwendung der Mitbestimmung .....	60
§ 3 Mitbestimmungssicherung nach geltendem Recht .....	61
<b>A. „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte“ versus „Delaware     Effekt“</b> .....	61
I. Standpunkte .....	61
1. Vorzüge des Wettbewerbs .....	61
2. Der Deregulierungswettlauf .....	62
II. Stellungnahme .....	63
<b>B. Kollisionsrechtliche Anknüpfung</b> .....	64
I. Das Gesellschaftsstatut als Ausgangspunkt .....	64

II. Europarechtliche Rechtsgrundlagen? .....	64
1. Art. 46 und das Gemeinwohlprinzip .....	65
2. Der Mißbrauch der Niederlassungsfreiheit .....	65
a. EuGH Rechtsprechung zum Mißbrauch der Niederlassungsfreiheit .....	65
b. Praktische Konsequenzen .....	66
III. Der ordre public als Rechtsgrundlage .....	66
1. Positive und negative Funktion des ordre public .....	66
2. Anwendung des fremden Mitbestimmungsrechts .....	67
a. Territoriale Beschränkung des fremden Mitbestimmungsrechts .....	67
b. Das Mitbestimmungsniveau .....	69
3. Unternehmensmitbestimmung als Teil des ordre public .....	69
a. Literatur .....	69
b. Stellungnahme .....	70
IV. Eingriffsnorm .....	74
1. Das Wesen der Eingriffsnormen .....	74
2. Art. 34 EGBGB analog oder Sonderanknüpfung .....	74
a. Art. 34 analog .....	74
b. Sonderanknüpfung .....	75
c. Stellungnahme .....	76
3. Die Mitbestimmungsgesetze als Eingriffsnormen .....	77
<b>C. Sachrechtliche Umsetzung</b> .....	78
I. Überlagernde Anwendung der Mitbestimmung nach geltendem Recht .....	79
1. Ausländische Gesellschaften im Anwendungsbereich der deutschen Mitbestimmung .....	79
a. Direkte Anwendung .....	79
b. Analoge Anwendung .....	81
2. Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV .....	83
a. Eingriff .....	83
[1] Schutzbereich .....	83
[2] Beschränkung .....	84
[a] Diskriminierungsverbot .....	84
[b] Behinderungsverbot .....	85
b. Rechtfertigung .....	86
[1] Zwingender Grund des Allgemeinwohls .....	86
[2] Verhältnismäßigkeit .....	88
[a] Geeignet und erforderlich .....	88
[b] Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne .....	90
3. Sachrechtliche Verzahnungsschwierigkeiten .....	90
a. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im dualistischen Gesellschaftsmodell .....	91
[1] Zwingendes oder optionales Aufsichtsratsmodell .....	91
[2] § 6 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG analog .....	92
[3] Das Konkurrenzverhältnis zwischen deutschem Mitbestimmungsrecht und ausländischem Gesellschaftsrecht .....	92
[a] Repräsentanzsicherung .....	93

[b] Kompetenz- und Verfahrensnormen .....	94
[c] Das gesellschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot .....	96
[d] Das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot .....	96
[e] Fazit .....	96
b. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im monistischen Gesellschaftsmodell .....	97
c. Zwischenergebnis .....	98
4. Durchsetzung der Mitbestimmung .....	98
a. Bedeutung der Zuständigkeit .....	98
b. Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit .....	99
[1] Die innerdeutsche (sachliche und örtliche) Zuständigkeit .....	100
[2] Die internationale Zuständigkeit .....	101
[3] Organbeschlüsse .....	102
[4] Das Statusverfahren .....	103
5. Zwischenergebnis .....	104
II. Mittelbarer und unmittelbarer Rechtsformzwang .....	104
1. Das Konzept .....	104
a. Die Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft .....	104
b. Umgründungspflicht für ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz .....	105
2. Stellungnahme .....	105
a. Fehlende Rechtsgrundlage im deutschen Recht .....	105
b. Vereinbarkeit mit Art. 43, 48 EGV .....	106
§ 4 Mitbestimmungssicherung durch Gesetzesreform .....	109
<b>A. Zuständigkeit</b> .....	109
1. Innerdeutsche Zuständigkeit .....	109
2. Internationale Zuständigkeit .....	109
a. Entscheidungsdisharmonien .....	109
b. Entscheidung ausländischer Gerichte .....	110
[1] Anwendungspflicht der deutschen Mitbestimmungsnormen .....	110
[2] Wirkungserstreckung .....	111
[a] Versagungsgründe .....	111
[b] Umfang der Anerkennung .....	112
c. Notwendige Regelung und Änderungsverfahren .....	113
<b>B. Kollisionsrechtliche Anknüpfung</b> .....	114
I. Sonderanknüpfung an Verwaltungssitz in Deutschland .....	114
II. Die inländischen Arbeitnehmer als Anknüpfungspunkt .....	114
1. Das Konzept .....	114
2. Stellungnahme .....	115
a. Zuständigkeit .....	116
b. Überschreitung der Grenzen deutscher Rechtssetzungsbefugnis .....	116

<b>C. Sachrechtliche Ausgestaltung</b> .....	118
I. Erfasste ausländische Gesellschaften .....	118
II. Fremdenrechtliche Behandlung .....	118
III. Anwendung der deutschen Mitbestimmungsnormen .....	119
1. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im dualistischen Gesellschaftsmodell .....	119
2. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im monistischen Gesellschaftsmodell .....	119
a. Machtzuwachs .....	120
b. Mitbestimmung in der deutschen SE .....	121
c. Verfassungsmäßigkeit .....	121
§ 5 Mitbestimmungsmodernisierung durch Internationalisierung .....	123
<b>A. Einbeziehung der Auslandsarbeitnehmer de lege lata</b> .....	123
I. „Ausstrahlende Tätigkeit“ innerdeutscher Betriebe .....	123
II. Arbeitnehmer ausländischer Standorte in Rechtsprechung und Literatur ..	124
1. Befürworter .....	124
2. Stellungnahme .....	126
[1] Wille des Gesetzgebers .....	126
[2] Weitere Auslegungskriterien .....	127
[3] Europarechtliche Zulässigkeit der Inlandsbeschränkung .....	128
[a] Art. 39 EGV .....	128
[b] Art. 12 EGV .....	128
[c] Art. 56 Abs. 1 EGV .....	129
[4] Zahlenmäßige Berücksichtigung .....	130
3. Freiwillige Einbeziehung .....	130
<b>B. Einbeziehung der Auslandsarbeitnehmer de lege ferenda</b> .....	131
I. Reformbedarf .....	131
1. Deutscher Arbeitsplatzexport .....	131
2. Folgen für die Unternehmensmitbestimmung .....	132
a. Das Legitimationsdefizit der Arbeitnehmerbank .....	132
b. Die Konfliktlage des Vorstandes .....	133
c. Legitimation der Unternehmensmitbestimmung .....	133
II. Rechtliche Einwände .....	135
1. Grundlegende Einwände in der Literatur .....	135
2. Gegenposition in der Literatur .....	136
3. Eigene Stellungnahme .....	137
a. Das Territorialitätsprinzip-Begriff .....	137
[1] Das Territorialitätsprinzip im öffentlichen Recht .....	137
[2] Das „Territorialitätsprinzip“ im Privatrecht – Genuine Link Doktrin .....	139
b. Unternehmensmitbestimmung als Teil des Privatrechts .....	140
III. Normkomplexe .....	140

---

1. Die Besetzung des Aufsichtsrats .....	141
a. Schwellenwerte .....	141
b. Aktives und passives Wahlrecht .....	141
2. Durchführung der Wahlen .....	142
3. Individualarbeitsrechtliche Normen .....	143
4. Zwischenergebnis .....	143
IV. Entwicklung eines Reformkonzepts .....	143
1. Öffnungsklausel .....	143
2. Rechtsgrundlage der Mitbestimmungsbeteiligung von Auslandsarbeitnehmern .....	144
a. Zwingende gesetzliche Regelung unter Anerkennungsvorbehalt .....	144
b. Rechtsgeschäftlicher Lösungsweg .....	145
[1] Freiwillige Auslandserstreckung .....	145
[2] Länderbezogene oder weltumspannende Aufsichtsratswahl .....	145
[a] Beispiel: Siemens .....	146
[b] Die globale Aufsichtsratswahl .....	146
[c] Aufsichtsratswahl nach Ländersitzen .....	146
[3] Vereinbarung oder einseitige Verpflichtungserklärung .....	147
3. Inhaltliche Mindestanforderungen an den Durchführungsvertrag/die Durchführungserklärung .....	147
a. Individualarbeitsrechtliche Mindestnormen .....	148
b. Mindestanforderung an die Wahldurchführung .....	148
c. Gerichtliche Kontrolle und Mindestlaufzeit .....	148
d. Kulturelle oder soziale Äquivalenz .....	148
4. Folgen für die Aufsichtsratswahl der deutschen Belegschaft .....	149
5. Zustimmungspflicht der inländischen Arbeitnehmerschaft .....	150
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse .....	153
Abkürzungsverzeichnis .....	158
Literaturverzeichnis .....	163

## Einleitung

Modernisierung der Mitbestimmung, unter dieser Losung werden seit wenigen Jahren zahlreiche Vorschläge diskutiert, die das Ziel verfolgen, das deutsche Modell der Unternehmensmitbestimmung an die veränderte Unternehmenswelt anzupassen<sup>1</sup>. Angestoßen wurde diese neuerliche Auseinandersetzung um die Unternehmensmitbestimmung durch zwei Umstände:

Zum einen wurde in der im Gefolge zahlreicher Finanzskandale aufgeflamten *Corporate Governance* Debatte die mangelhafte Unabhängigkeit und Überwachungseffizienz mitbestimmter Aufsichtsräte kritisiert<sup>2</sup>. Zum anderen hat der EuGH durch drei richtungsweisende Entscheidungen („Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“<sup>3</sup>) das deutsche internationale Gesellschaftsrecht grundlegend verändert und damit den Weg geebnet für einen freien „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ innerhalb der Europäischen Union<sup>4</sup>.

Die Folgen dieses Rechtsordnungswettbewerbs für das Mitbestimmungssystem in Deutschland sind erheblich: Zunächst eröffnet die Freiheit der Rechtsformwahl Investoren die Möglichkeit, die zwingende Arbeitnehmerpartizipation durch den Import ausländischer Gesellschaftsrechtsformen zu umgehen. Überdies bringt der Wettbewerb der Gesellschaftsrechte das Mitbestimmungsmodell insgesamt unter Rechtfertigungs- bzw. Modernisierungsdruck, da es von den Entscheidungsträgern als Attraktivitätseinbuße des deutschen Gesellschaftsrechts wahrgenommen wird und somit die Chancen der deutschen Gesellschaftsrechtsordnung mindert, sich im Wettbewerb zu behaupten.

Die gegenwärtige Mitbestimmungsdiskussion unterscheidet sich insofern wohltuend von ihren Vorläufern aus den 50er und 70er Jahren, als nicht mehr verfassungsrechtliche<sup>5</sup> und ideologische Stellungskriege, sondern das Bemühen um eine sachgerechte Modernisierung der deutschen Mitbestimmungsordnung das Bild

1 BDA/BDI, Mitbestimmung modernisieren, S. 27 ff.; Berliner Netzwerk Corporate Governance, AG 2004, 200; Göhner, ZRP 2004, 279; Eidenmüller/Rehberg, Ausländische Kapitalgesellschaften, S. 224; Neubürger, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 123 (130 ff.), ders., in: Hommelhoff/Hopt/v.Werder, Handbuch Corporate Governance, S. 177 ff.; Rieble, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9 (27 ff.).

2 Schiessl, ZHR 167 (2003), 235 (240f.); Windbichler, AG 2004, 190 (193); v. Werder, AG 2004, 166 (170 ff); Schwalbach, AG 2004, 186 ff.; Ulmer, ZHR 166 (2002), 271 ff.; Sandrock, BB 2002, 1601 (1602).

3 EuGH v. 9.3.1999 (Centros) – Rs C-212/917 – ZIP 1999, 438 ff.; EuGH v. 5.11.2002 (Überseering) – Rs C-208/00 – ZIP 2002, 2037 ff.; EuGH v. 30.9.2003 (Inspire Art) – Rs. C-167/01 – EuZW 2003, 687 ff.

4 Bayer, BB 2003, 2357; Ebke, JZ 2003, 927 (930); Eidenmüller, JZ 2004, 24; ders., ZIP 2002, 2233; Kieninger, ZGR 1999, 724 (747 f.); Spindler/Berner, RIW 2003, 949 ff.

5 Vgl. das „Mitbestimmungsurteil“ BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532 ua. – BVerfGE 50, 290 ff.; für die Verfassungswidrigkeit plädieren Badura/Rittner/Rüthers, Gemeinschaftsgutachten, S. 181 ff.; kritisch zum Mitbestimmungsurteil Badura, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, S. 44 ff.; dem Verfassungsgericht beipflichtend Scholz, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 75 ff.

bestimmen. Die Verfassungsmäßigkeit der Unternehmensmitbestimmung wird heute nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt. Auch die Gewerkschaften haben ihre radikalen Positionen verlassen: Die Forderungen nach der Angleichung des MitbestG 1976 an das Mitbestimmungsniveau im Montan Sektor sind verstummt. Die These von der Mitbestimmung als Etappenziel auf dem Weg zu einer sozialistischen Gesellschaftsordnung ist Geschichte<sup>6</sup>. Gleichwohl wäre der Eindruck falsch, die Gewerkschaften nähmen in der gegenwärtigen Diskussion eine konstruktive Haltung ein. Das Gegenteil ist richtig<sup>7</sup>. Ziel der Gewerkschaften bleibt das Machbare und das Machbare bedeutet für die Gewerkschaften heute die Verteidigung des Status Quo<sup>8</sup>.

Ausgangspunkt für jede Reformdiskussion ist eine Bestandsaufnahme. Für die Unternehmensmitbestimmung läßt sich hierbei feststellen, daß sich die Grundannahmen tatsächlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Art, welche noch dem Gesetzgeber des MitbestG im Jahre 1976 zugrunde lagen, fundamental verändert haben: In tatsächlicher Hinsicht ist die Vorstellung von einer überwiegend inländischen, interessenhomogenen Arbeitnehmerschaft, die ihr gesamtes Arbeitsleben an ein Unternehmen gebunden ist, überholt. Die Diskrepanz zwischen dem geltenden Recht und der Unternehmenswirklichkeit wird bei der Beschränkung der Arbeitnehmervertretung auf Inlandsarbeitnehmer besonders deutlich. Obwohl die Inlandsbeschäftigten heute in vielen international agierenden Unternehmen nur noch eine Minderheit sind, ist das Privileg der Interessensvertretung im Aufsichtsrat allein dieser Arbeitnehmergruppe vorbehalten.

In wirtschaftlicher Hinsicht sind die fetten Jahre vorbei, in denen sich Deutschland keine Gedanken über die Anziehungskraft seines Wirtschaftsstandortes machen mußte und dementsprechend sorglos den ansässigen Unternehmen finanzielle und organisatorische Lasten aufbürden konnte<sup>9</sup>. Schließlich ist auch in rechtlicher Hinsicht durch die bereits erwähnte Entscheidungstrias des EuGH die aus der Rechtsformgebundenheit der Unternehmensmitbestimmung folgende Grundbedingung entfallen, daß Unternehmen mit wirtschaftlichem Schwerpunkt in Deutschland in der Regel auch als deutsche Kapitalgesellschaften organisiert und dementsprechend mitbestimmungspflichtig sind.

Diese Arbeit widmet sich zwei Aspekten des Wandels der Mitbestimmungsgrundlagen: erstens der durch den Fortfall der Sitztheorie erweiterten Möglichkeit

- 
- 6 So *Däubler*: „Mitbestimmung ist Zwischenziel. Endziel ist die Transformation in eine sozialistische Gesellschaft“, d.h. „der Aufbau einer ausschließlich von Arbeitnehmern getragenen voll demokratisierten Selbstbestimmungsordnung“, *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 44 f., S. 340, S. 425.
- 7 Skepsis und Ablehnung überwiegen, vgl. etwa *Girndt*, Mitbestimmung 2004, 50: „Modernisierungsdiskussion ist Mogelpackung. Es geht um die Abschaffung“; Hans-Böckler-Stiftung, zur aktuellen Kritik, S. 1 ff.; *Hexel*, ZRP 2004, 279; deutlich sachorientierter hingegen *Schmoldt*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 141 ff.
- 8 „Der Status Quo als der Zustand, der ohne Verhandlungen einfach da ist“, hat die größten „Überlebenschancen“, v. *Weizäcker*, Gewerkschaftliche Monatshefte 1999, 177 (184).
- 9 Auch *Großfeld* – im Grundsatz dem Gedanken der Unternehmensmitbestimmung wohlwollend zugetan – fragt, ob sich angesichts der nachlassenden ausländischen Direktinvestitionen (1986 – 1994: Deutschland 18 Mrd. DM, Großbritannien 161 Mrd. DM) die unternehmerische Mitbestimmung wie bisher halten läßt, *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 513.

der Mitbestimmungsumgebung und zweitens der Internationalisierung der unternehmensangehörigen Arbeitnehmerschaft.

Auf der Grundlage der Sonderstellung des deutschen Mitbestimmungsmodells im internationalen Vergleich sowie der neuen kollisionsrechtlichen Rechtslage (§ 1) werden zunächst die Wege dargestellt, die sich Gesellschaften mit wirtschaftlichem Schwerpunkt in Deutschland bieten, um der Unternehmensmitbestimmung auszuweichen (§ 2). Im Anschluß wird untersucht, ob unter Zugrundelegung des geltenden Rechts eine Absicherung der Mitbestimmung erreichbar ist (§ 3). Schließlich werden die Optionen des Bundesgesetzgebers ausgeleuchtet, der „Flucht aus der Mitbestimmung“ durch Gesetzesänderung zu begegnen (§ 4).

Das Problem der mangelhaften Internationalisierung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat wird in einem ersten Schritt für die geltende Rechtslage aufbereitet (§ 5 A), um auf der Grundlage dieser Erkenntnisse zu prüfen, ob und durch welche konkreten Gesetzesänderungen eine Einbeziehung ausländischer Arbeitnehmer in die Aufsichtsratswahl deutscher Konzernobergesellschaften erreicht werden kann (§ 5 B).



## § 1 Transnationales Mitbestimmungsgefälle und Gesellschaftskollisionsrecht

### A. Das transnationale Mitbestimmungsgefälle

#### I. Unternehmensmitbestimmung in Deutschland

Grundlage dieser Untersuchung ist das Recht der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland. Um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen, soll die allgemeine Einführung in dieses Rechtsgebiet jedoch auf diejenigen Charakteristika beschränkt bleiben, welche im weiteren Verlauf der Untersuchung von besonderer Bedeutung sind. Die Montanmitbestimmung bleibt hierbei und auch im folgenden weitgehend ausgeklammert<sup>10</sup>. Sofern nicht anders gekennzeichnet, beziehen sich die Ausführungen zur Mitbestimmung in deutschen Unternehmen auf Aktiengesellschaften nach dem deutschen AktG.

#### 1. Der Aufsichtsrat als Ort der Mitbestimmung

Ziel der Unternehmensmitbestimmung ist die Partizipation der Arbeitnehmer im Unternehmen, wobei Partizipation verstanden wird als Einbindung der Arbeitnehmer in Entscheidungs- und Willensbildungsprozesse. Die Partizipation der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz<sup>11</sup> und dem Drittelbeteiligungsgesetz<sup>12</sup> wird institutionell im Aufsichtsrat verwirklicht.

In Kapitalgesellschaften und Genossenschaften von wenigstens 500 Arbeitnehmern stellen die Arbeitnehmer ein Drittel der Aufsichtsräte. In Kapitalgesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern sieht das MitbestG eine paritätische Aufsichtsratsbesetzung vor. Die Arbeitnehmervertreter werden durch Wahl bestimmt, wobei das Gesetz den im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften für einen Teil der Sitze ein besonderes Vorschlagsrecht eingeräumt (§§ 7 Abs. 2, 16 MitbestG). Diese „Gewerkschaftssitze“ werden in der Regel durch externe Funktionäre besetzt<sup>13</sup>.

Der in der mitbestimmungsfreien Aktiengesellschaft allgemein anerkannte Grundsatz, daß alle Mitglieder des Aufsichtsrates die gleichen Rechte und Pflichten haben,

---

10 Die quantitative Bedeutung montanmitbestimmter Unternehmen hat seit der Einführung des Montanmitbestimmungsgesetzes erheblich abgenommen (1970 nur noch 114 erfaßte Unternehmen; 1986: 31 erfaßte Unternehmen; 1997: 47 erfaßte Unternehmen) vgl. *Hassel/Kluge*, Gewerkschaftliche Monatshefte 1999, 167 (170).

11 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG) vom 4.5.1976, BGBl. I, S. 1153.

12 Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (DrittelbG) vom 18.5.2004, BGBl. I, S. 974, ersetzt weitgehend inhaltsgleich die mitbestimmungsrechtlichen Normen (§§ 76 – 76a, 81, 85, 87, 129) des BetrVG 1952 vom 11.10.1952, BGBl. I S. 681.

13 *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Bd. 2, S. 215 f.

gilt auch in der mitbestimmten Aktiengesellschaft<sup>14</sup>. Die Arbeitnehmervertreter sind den Vertretern der Anteilseigner im Aufsichtsrat in Berechtigung und Verantwortung (z.B. § 116, 93 AktG) gleichgestellt. Alle Aufsichtsratsmitglieder sind gleichermaßen dem Unternehmenswohl verpflichtet<sup>15</sup>.

Die inhaltliche Reichweite der Mitbestimmung im Aufsichtsrat hängt wesentlich von den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats als Organ sowie der Aufsichtsratsmitglieder ab, wie sie sich nach den für die Rechtsform des Unternehmens geltenden Vorschriften ergibt (§ 25 Abs. 1 und § 30 MitbestG). Sonderregelungen für die innere Ordnung und die Beschlußfassung des mitbestimmten Aufsichtsrates sieht das MitbestG in den §§ 27 ff. MitbestG vor. Die §§ 31 ff. MitbestG enthalten spezielle Vorschriften betreffend das gesetzliche Vertretungsorgan.

Im dualistischen Leitungsmodell, wie es dem deutschen Gesellschaftsrecht zugrunde liegt, kommt dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft die Aufgabe zu, den Vorstand zu bestellen und bei seiner Arbeit zu überwachen. Um eine sachgerechte Kontrolle zu gewährleisten, ist der Vorstand nach den Vorgaben des § 90 AktG verpflichtet, den Aufsichtsrat umfassend und rechtzeitig zu informieren. Neben diesen Informationsrechten ist der Aufsichtsrat auch wesentlich in die Entscheidungsprozesse des Unternehmens eingebunden. So bestimmt § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, daß per Aufsichtsrats- oder Satzungsbeschluß eine Liste von Maßnahmen festgelegt werden muß, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Gleichwohl kann der Aufsichtsrat nicht grenzenlos in die Leitungsmacht des Vorstandes eingreifen. Die Geschäftsführung ist gesetzlich allein dem Vorstand (§ 77 Abs. 1 AktG; § 111 Abs. 4 S. 1 und S. 3 AktG) zugewiesen<sup>16</sup>. Die konkreten Aufgaben eines mitbestimmten Aufsichtsrats richten sich nach der Organisation der Unternehmensgruppe, insbesondere der Stellung der mitbestimmten Gesellschaft innerhalb des Konzerns (Tochtergesellschaft, Holding etc.)<sup>17</sup>.

In der Mitbestimmungspraxis erweist sich die Einbindung in die Bestellung des Vorstandes als die zentrale Machtkomponente der Arbeitnehmerbank. Gemäß § 31 MitbestG ist in den ersten zwei Durchgängen eine Zustimmung auch von Teilen der

---

14 Ganz h.M. BGH v. 5.7.1975 (zur Verschärfung des Verschwiegenheitsgebotes für die Arbeitnehmervertreter) – II ZR 156/73 – BGHZ 64, 325 (330f.); BGH v. 25.2.1982 (zur inneren Ordnung des Aufsichtsrates) – II ZR 123/81 – BGHZ 83, 106 (113); *Raiser*, MitbestG, § 25 Rn. 121 f.

15 In der Praxis wird nicht selten kritisiert, daß sich die Arbeitnehmervertreter nicht im umfassenden Sinne als Aufsichtsratsmitglieder begreifen, sondern nur ihre spezifischen Gruppeninteressen durchsetzen wollen, *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235 (240f.); *Windbichler*, AG 2004, 190 (193); BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 – BGHZ 135, 244, an der Überwachungsleistung der Arbeitnehmervertreter zweifelnd.

16 Die Grenzziehung ist allerdings schwierig. Zwar können auch Maßnahmen der Unternehmensplanung unter Zustimmungsvorbehalt gestellt werden, allerdings müssen sie bestimmt und begrenzt sein und dürfen sich nur auf bedeutsame Angelegenheiten beziehen, so wohl die h.M. *Hüffer*, AktG, § 111 Rn. 18; *Lutter/Krieger*, Aufsichtsrat, S. 44 f. mit zahlreichen Verweisen auf den Meinungsstand.

17 *Windbichler*, AG 2004, 190 (193).

Arbeitnehmerbank erforderlich<sup>18</sup>. Zwar besteht nach dem Gesetz die Möglichkeit, einen Vorstand auch gegen den Willen der Arbeitnehmervertreter im dritten Wahlgang durchzusetzen. In der Praxis wird von der Option aber selten Gebrauch gemacht. Dieser Bestellvorgang wirkt auf das Einflußpotential der Arbeitnehmervertreter auch noch nach dem eigentlichen Wahlvorgang fort. Denn um sich nicht dem Groll der Arbeitnehmervertreter auszusetzen und damit seine Wiederwahl zu gefährden, wird jedes Vorstandsmitglied sorgsam darauf bedacht sein, größtmöglichen Konsens in den Unternehmensentscheidungen zu suchen, die die Arbeitnehmer besonders betreffen.

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene ist wesensverschieden zur betrieblichen Mitbestimmung. Zwar verfolgen beide Mitbestimmungsformen unter allgemeinem Blickwinkel das gleiche Ziel, den Arbeitnehmern mitgestaltenden Einfluß im Unternehmen einzuräumen. Inhaltlich und strukturell bestehen aber fundamentale Unterschiede. Strukturell durch die Verortung der Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat, denn anders als bei der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung erfolgt die Mitbestimmung auf Unternehmensebene innerhalb eines gesellschaftsrechtlichen Organs und nicht gegenüber der Gesellschaft mittels eines eigenständigen, mit gesonderten Befugnissen ausgestatteten Gremiums. Inhaltlich ist die Mitbestimmung im Aufsichtsrat nicht wie bei der betrieblichen Mitbestimmung auf soziale, personelle und arbeitsorganisatorische Fragen begrenzt, sondern umfaßt praktisch die gesamte Unternehmenspolitik mit Ausnahme der Kapitalmaßnahmen.

## 2. Sonderstellung des deutschen Modells

In den späten 70er Jahren, nach der Durchsetzung der paritätischen Mitbestimmung, sprach man in Gewerkschaftskreisen vielfach von der Vorreiterrolle Deutschlands in Sachen Mitbestimmung. Sicher, die Einschätzung war zu einem guten Teil das Klopfen auf die eigenen Schultern, darüber hinaus aber auch Ausdruck einer durchaus verbreiteten Vorstellung, das deutsche Modell werde zumindest in Europa Schule machen und Schritt für Schritt in anderen Mitgliedstaaten übernommen werden. Heute, fast 30 Jahre nach Erlass des MitbestG, bleibt die nüchterne Feststellung: das deutsche Mitbestimmungsmodell ist kein Exportschlager geworden, sondern nimmt im europäischen und internationalen Vergleich nach wie vor eine Sonderstellung ein<sup>19</sup>.

Von 23 Mitgliedstaaten der EU<sup>20</sup> sehen zumindest 12 Staaten keine obligatorische Organbeteiligung der Arbeitnehmer in Kapitalgesellschaften der Privatwirtschaft vor. Dies gilt für Großbritannien, Frankreich<sup>21</sup>, Spanien, Portugal, Polen<sup>22</sup>, Belgien,

18 Anders jedoch bei einer dem DrittelbG unterliegenden GmbH: § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 DrittelbG verweist nicht auf § 84 AktG, nach dem der Aufsichtsrat für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern zuständig ist, so daß es bei der Bestellungskompetenz der Gesellschafterversammlung verbleibt.

19 D. Reuter, RdA 1988, 280.

20 Zypern und Malta bleiben außen vor.

21 In Frankreich ist die Unternehmensmitbestimmung auf freiwilliger Basis möglich. Allerdings muß sich die Gesellschaft dann ein duales Leitungssystem nach Art. L 225-57 ff. Code de Commerce geben, welches in Frankreich auf wenig Gegenliebe stößt, vgl. Mävers, S. 58 ff.

Griechenland, Irland, Italien, sowie die drei Baltischen Staaten. Eine dem paritätischen Mitbestimmungsmodell des MitbestG 1976 vergleichbare Regelung gibt es nur in Slowenien<sup>23</sup>. Die übrigen europäischen Staaten haben Mitbestimmungssysteme sehr unterschiedlicher Ausformung<sup>24</sup>. Zum Teil ähneln die Systeme der deutschen Drittelbeteiligung<sup>25</sup>, zum Teil gehen sie auch ganz andere Wege<sup>26</sup>. Außerhalb Europas ist die Idee einer Mitbestimmung in Unternehmensorganen weitgehend unbekannt.

Allerdings sei angemerkt, daß sich dieser kursorische Überblick nur an den zwingenden Normen orientiert und damit außer acht läßt, daß es in einigen Ländern durchaus eine Kultur der Mitbestimmung auf informellem Wege gibt, die im Ergebnis zu ähnlichem Einfluß führen kann wie ein institutionelles Mitbestimmungsmodell deutschen Typs. Als außereuropäisches Beispiel kann hier Japan aufgeführt werden, wo trotz fehlender institutionalisierter Einbindung der Arbeitnehmer wesentliche Unternehmensentscheidungen in der Regel nicht ohne Mitwirkung der Gewerkschaften getroffen werden<sup>27</sup>. Dieses Beispiel zeigt, daß nicht die Idee der Kooperation einzigartig ist, sondern die gesetzliche Strenge, mit der diese in Deutschland erzwungen wird.

Die Außenseiterrolle Deutschlands wird noch deutlicher sichtbar, wenn man die Zusammenschau auf Länder mit großer wirtschaftlicher Bedeutung konzentriert. Außer in Deutschland gibt es in keinem der anderen G8 Staaten überhaupt eine zwingende Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene!

Doch dieser Befund alleine rechtfertigt nicht den Schluß, daß die Unternehmensmitbestimmung abzuschaffen sei: Das Mehrheitsmodell muß nicht zwingend das richtige sein. Gerade in Deutschland hat die Unternehmensmitbestimmung eine lange Tradition. Sie ist ein Kind deutschen Konsensdenkens und kann – dies ist unbestritten – auf große Erfolge insbesondere in der Nachkriegsgeschichte verweisen<sup>28</sup>.

---

22 Ausnahmen gibt es allerdings für privatisierte Unternehmen: Dort stellen die Arbeitnehmer 1/3 des Aufsichtsrates, ab 500 Arbeitnehmern zusätzlich ein Vorstandsmitglied. Ist das Unternehmen in staatlichem Alleinbesitz erhöht sich die Zahl der Arbeitnehmervertreter auf 2/5, *Kohl/Platzer*, S. 94.

23 Art. 79 des Gesetzes über die Partizipation der Arbeitnehmer (1993); *Kohl/Platzer*, 71 f.

24 Siehe zu den einzelnen Mitbestimmungsmodellen: *Höpner*, Unternehmensmitbestimmung und Mitbestimmungskritik, S. 39, abzurufen unter [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de); *Schwark*, AG 2004, 173 (174), *Mävers*, S. 58 ff., *Rebhahn*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 41 ff.; *Berié/Hofmann*, BABI. 2/1992, 5, 16 f.; *Baums/Ulmer*, ZHR Sonderheft 72, Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten mit Beiträgen zur Unternehmensmitbestimmung in Dänemark, Finnland, Frankreich, Luxemburg, Niederlanden, Österreich, Schweden, und Deutschland; ferner *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa.

25 So etwa Luxemburg, *Raynaud*, ZHR Beiheft 72 (2004), S. 63 ff.; *Klinkhammer/Welslau*, S. 212 und Österreich (§ 110 Arbeitsverfassungsgesetz), dazu *Kalss*, ZHR Beiheft 72 (2004), S. 95 ff.

26 Zum Kooptionsystem in Holland: *Mävers*, S. 58 ff.; *Timmerman/Spanjaard*, ZHR Sonderheft 72 (2004), S. 75 ff.

27 *Rebhahn*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 41 (52).

28 Durch die Einführung der Montan-Mitbestimmung konnten etwa Entflechtungspläne der Besatzungsmächte gestoppt und weitergehende Forderungen nach einer Verstaatlichung der Montanindustrie pariert werden, vgl. zur Geschichte der Montanmitbestimmung *GKAktG/Oetker*, Einl. Montan-MitbestG, Rn. 2; *Boldt*, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, Einführung, S. 6 ff.

Eine Abschaffung dürfte auch auf erbitterten Widerstand stoßen, denn die Mitbestimmung hat bei aller Kritik im einzelnen seit jeher einen großen Rückhalt bei allen politischen Entscheidungsträgern<sup>29</sup>: Trotz zahlreicher Kontroversen während des Gesetzgebungsverfahrens wurden sämtliche Mitbestimmungsgesetze mit regierungsübergreifender Mehrheit vom Bundestag beschlossen.

## II. Unternehmensmitbestimmung im anglo-amerikanischen Rechtskreis

Doch auf das Für und Wider zur Mitbestimmung soll hier nicht eingegangen werden, denn im Rahmen dieser Untersuchung ist die Sonderstellung der deutschen Mitbestimmung als Befund nur insofern relevant, als sie den Ausgangspunkt für die Überlegung bildet, die deutsche Unternehmensmitbestimmung mittels einer Kapitalgesellschaft ausländischen Rechts zu vermeiden. Um diese Konstruktion plastischer zu machen, sollen zwei Länder ohne Mitbestimmungspflicht als Exempel dienen: Aus dem Kreis der EU- Mitgliedsstaaten Großbritannien, als außereuropäisches Land die Vereinigten Staaten. Die Auswahl hat vorwiegend praktische Gründe. Das Gesellschaftsrecht beider Länder ist wegen des erleichterten sprachlichen Zugangs und der großen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiräume für deutsche Gesellschaften besonders attraktiv.

### 1. Das monistische Leitungsmodell

Die Organisationsverfassung der britischen Kapitalgesellschaften ist der Prototyp des monistischen Gesellschaftssystems. Der wesentliche Unterschied zur dualistischen Leitungsstruktur, wie sie die deutsche Aktiengesellschaft kennzeichnet, besteht darin, daß die Aufgaben der Leitung und Kontrolle nicht verschiedenen Organen zugewiesen sind, sondern insgesamt von einem Gremium, dem *Board of Directors* (Verwaltungsrat) wahrgenommen werden<sup>30</sup>. Gerade neuerliche Entwicklungen im britischen Gesellschaftsrecht zielen jedoch darauf ab, die strenge Einheit von Leitungs- und Kontrollorgan aufzubrechen. Als Folge verschiedenster Finanzskandale wurden zwei Kommissionen (Cadbury Kommission und Hampel Kommission) beauftragt, zur Verbesserung der *Corporate Governance* Reformvorschläge zu entwickeln<sup>31</sup>. Die Ergebnisse der Cadbury und der Hampel Kommission flossen schließlich in den sogenannten „*Combined Code*“ ein<sup>32</sup>. Zwar enthält der *Combined Code* nur Sollvorschriften<sup>33</sup>, deren Bedeutung für die Rechtspraxis ist jedoch nicht zu unterschätzen. Für börsennotierte Gesellschaften ist deren Einhaltung verbindlich. Im übrigen werden der Appellcharakter und die in ihrem Umfang noch nicht

---

29 Auch in den Kirchen findet die Unternehmensmitbestimmung große Unterstützung. So wurde etwa in der Abschlußresolution des Bochumer Katholikentags 1949 die „Mitbestimmung als natürliches Recht in einer gottgewollten Ordnung“ bezeichnet.

30 Davies, ZGR 2 (2001), 268 (275).

31 Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (Cadbury Report), London, 1992; Final Report of the Committee on Corporate Governance (Final Report = Hampel Report), London 1998.

32 Vgl. zur Vorgeschichte des „Combined Code“ Davies, ZGR 2 (2001), 268 ff.

33 Er ist insofern vergleichbar mit dem Deutschen Corporate Governance Codex v. 21.05.2003.

feststehende Veröffentlichungspflicht zur Einhaltung des „*Combined Codes*“ zu einer sukzessiven Anpassung an die Code Vorgaben auch in nicht börsennotierten Gesellschaften führen.

Der „*Combined Code*“ bestimmt, daß entgegen der bisherigen Praxis die Funktion des geschäftsführenden Direktors (CEO), dem das Tagesgeschäft anvertraut ist, von der des Vorsitzenden des Boards („*Chair*“) getrennt sein sollte<sup>34</sup>. Ferner sollte zumindest ein Drittel des Boards aus *non-executive directors* bestehen, von denen die Mehrheit unabhängig sein sollte. Unabhängig ist ein Boardmitglied, wenn es weder in geschäftlichen noch anderen Beziehungen zur Gesellschaft steht<sup>35</sup>. Gleichwohl bleibt es im Grundsatz bei der Einheit des Boards. Wie der Verwaltungsrat insgesamt haben die *non-executive directors* eine Doppelfunktion. Sie legen die Strategie des Unternehmens fest („*leading*“) und überwachen das Unternehmen respektive die Aufgabenerfüllung der *executive directors*<sup>36</sup>. Die Gesamtverantwortung für die Unternehmensleitung liegt unter Beachtung der „*Combined Code*“ Vorgaben beim gesamten Verwaltungsrat.

## 2. Fakultative Unternehmensmitbestimmung in Großbritannien

### a. Collective laissez faire

Im kollektiven Arbeitsrecht Großbritanniens zeigt sich *par excellence*, wie stark die Idee des Liberalismus im angelsächsischen Rechtsdenken verwurzelt ist. Gesetzliche Vorgaben bestehen kaum, und soweit sie bestehen, begründen sie keine Rechtspositionen<sup>37</sup>. Auch die Rechtsprechung ist sehr zurückhaltend. Die Rolle des Staates im kollektiven Arbeitsrecht kennzeichnet sich durch ostentative Zurückhaltung, ein Phänomen, für das *Kahn-Freund* den Begriff des „*collective laissez-faire*“<sup>38</sup> prägte.

Diese Regelungsarmut wird jedoch allgemein nicht als Defizit empfunden, sondern im Gegenteil als Freiraum begrüßt. Aus der Warte deutscher Staatsgläubigkeit betrachtet, ist es unglaublich: Auch die britischen Arbeitnehmer stehen staatlichem Zwang und legalistischen Eingriffen mit großem Mißtrauen gegenüber<sup>39</sup>. Dies erklärt sich in dem Umstand, daß Gewerkschaften und Arbeitgebervertreter es als ureigenste Aufgabe ansehen, ihre Arbeitsbeziehungen (*Industrial Relation*) um-

---

34 Davies, ZGR 2 (2001), 268 (275).

35 Sehr umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob die deutschen Arbeitnehmervertreter als unabhängig angesehen werden können. Brisant wird diese Frage dadurch, daß zahlreiche deutsche Konzerne, um weiterhin an US-Börsen notiert werden zu können, die Unabhängigkeitsregeln des Sarbane-Oxley-Acts einhalten müssen. Die US-Börsenaufsicht (SEC) hat jedoch früh auf die Befürchtungen der deutschen Konzerne reagiert und klargestellt, daß ein Konflikt zwischen dem Sarbane-Oxley-Act und dem deutschen Mitbestimmungsrecht nicht bestünde. Die Tatsache, daß die Arbeitnehmervertreter Nicht-Managementinteressen repräsentierten, erlaube eine Ausnahme von den Börsenregeln; vgl. die Rede von SEC-Commissioner *Atkins* am 16.10.2003 in Frankfurt, in Auszügen übersetzt in: Hans-Böckler-Stiftung, Zur aktuellen Kritik, S. 13; *Thüsing*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 95 (102).

36 Davies, ZGR 2 (2001), 268 (275).

37 *Atenstaedt*, S. 23.

38 *Kahn-Freund*, S. 224.

39 *Wedderburn*, S. 13: "Most workers want nothing more of the law than it should leave them alone."

fassend in eigener Verantwortung zu regeln. Eigenverantwortliches Handeln setzt nach britischem Verständnis auch Freiwilligkeit voraus.

Insofern ist es nicht verwunderlich, daß es in Großbritannien keine gesetzlich verankerte Arbeitnehmervertretung gibt, weder im Betrieb noch im Unternehmen<sup>40</sup>. Soweit Arbeitnehmervertretungen bestehen, gründen sie sich auf freiwillige Vereinbarungen (*collective bargains*), die in der Regel zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften abgeschlossen werden<sup>41</sup>. Auf betrieblicher Ebene sind solche Vertretungen auch relativ häufig zu finden<sup>42</sup>. Auf Unternehmensebene ist eine Mitbestimmung durch Entsendung von Arbeitnehmern in das *Board of Directors* jedoch sehr selten<sup>43</sup>.

## b. Diskussion um Unternehmensmitbestimmung

Trotz der oben beschriebenen Grundskepsis gegenüber gesetzlichen Vorgaben gab es während der 70er Jahre in Großbritannien eine intensive Diskussion darüber, ob eine institutionelle Unternehmensmitbestimmung in Großunternehmen eingeführt werden sollte. Anlaß war das Vorhaben auf europäischer Ebene<sup>44</sup>, eine Europa AG<sup>45</sup> zu schaffen, ein Ziel, das nach dem damaligen Konzept der Kommission eine Festlegung auf ein Mitbestimmungsmodell voraussetzte. Nach dem offensichtlichen Scheitern dieses Vorhabens bemühte sich die Kommission, die nationalstaatlichen Vorgaben im Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht zu vereinheitlichen.

Im Zuge dieser europäischen Initiativen beauftragte die damalige *Labour* Regierung eine eigens eingesetzte Untersuchungskommission (*Bullock Committee*) zu untersuchen, inwieweit eine Angleichung bzw. Annäherung des britischen Gesellschaftsrechts an das dualistische Leitungssystem erfolgen und ob eine Organbeteiligung der Arbeitnehmer in Großbritannien gesetzlich geregelt werden sollte.

Am 14.12.1976 legte die Kommission ihren Bericht, den „*Bullock Report*“, vor. Darin wurde zwar eine Übernahme des dualistischen Leitungsmodells auf britische Kapitalgesellschaften abgelehnt, hinsichtlich der Einführung einer Unternehmensmitbestimmung waren die Vorschläge aber inhaltlich recht weitgehend<sup>46</sup>. Der *Bullock Report* war Gegenstand heftiger Debatten. Etwa ein Jahr später legte die *Labour* Regierung ein Weißbuch vor, das den Vorschlag der Unternehmensmitbestimmung wenn auch in stark überarbeiteter Fassung erneut aufgriff. Zu einer Umsetzung

---

40 *Harth/Taggart*, in: Hennisler/Braun, Arbeitsrecht in Europa, S. 427 f.

41 Hierzu ausführlich *Hobbs*, 147 ff.

42 Meist in Gestalt von gewerkschaftlichen Vertrauensleuten, sogenannte shop-stewarts, die von der Belegschaft gewählt werden. Deren mitbestimmungsrechtlichen Befugnisse ergeben sich aus *collective bargains* oder „*customs and practice*“ (Gewohnheitsrecht), im einzelnen hierzu *Heser*, S. 43 ff.

43 *M. Ulmer*, S. 60 (78); *Altmeyer*, Mitbestimmung 2003 Heft 1, S. 64.

44 Am 1.1.1973 trat Großbritannien der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bei.

45 Diese Jahrzehnte währende Diskussion hat schließlich am 8.10.2001 zu einem Ergebnis geführt: der europäischen Aktiengesellschaft (SE) gemäß der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001, Abl. Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 1 ff.; vgl. zur Entwicklung der SE *Blanquet*, ZGR 2002, 20 ff.; *Lutter*, BB 2003, 7 ff.

46 Zum *Bullock Report* im einzelnen *Atenstaedt*, S. 124 ff.

dieser Vorschläge in einen Gesetzentwurf kam es dann aber nicht mehr. Neben den Arbeitgeberverbänden sperrten sich auch Teile der britischen Gewerkschaften vehement gegen eine gesetzlich normierte Arbeitnehmerbeteiligung. Dieser Umstand wird verständlich, wenn man sich vor Augen führt, daß die Idee einer Sozialpartnerschaft mit dem traditionellen Selbstverständnis der britischen Gewerkschaften schwer zu vereinbaren ist. Der richtige Weg, um zu einem Interessenausgleich zu gelangen, ist nach dem Grundverständnis der britischen Gewerkschaften nicht der Konsens, sondern der Konflikt. Die ablehnende Haltung von Teilen der Gewerkschaften speiste sich daher aus der Befürchtung, zu sehr in die Mitverantwortung für Unternehmen hineingezogen zu werden. So könnten die Gewerkschaften gezwungen werden, im Verwaltungsrat auch schmerzhaft Entscheidungen mitzutragen oder bei Lohnverhandlungen mehr Verständnis für die Unternehmensbelange zu zeigen<sup>47</sup>.

### c. Praktizierte Unternehmensmitbestimmung

Nachdem eine gesetzliche Verankerung der Unternehmensmitbestimmung gescheitert war, kam es vorwiegend in staatlichen Großunternehmen<sup>48</sup>, aber auch in einigen Unternehmen der Privatwirtschaft zu freiwilligen Vereinbarungen über eine Arbeitnehmerbeteiligung im Verwaltungsrat<sup>49</sup>. Diese freiwilligen Unternehmensmitbestimmungsmodelle sind heute insofern nur noch Rechtsgeschichte, als die meisten Projekte schon nach wenigen Jahren wieder eingestellt wurden<sup>50</sup>. Heute kann von einer Verbreitung der Unternehmensmitbestimmung in Großbritannien nicht gesprochen werden<sup>51</sup>.

Soweit freiwillige Vereinbarungen über eine Mitbestimmung von Arbeitnehmern im Verwaltungsrat noch bestehen oder in Zukunft geschlossen werden, muß auch folgendes beachtet werden: Diese Vereinbarungen sind nach allgemeiner Auffassung nicht rechtlich verbindlich in dem Sinne, daß sie von einer Vertragspartei einklagbar wären<sup>52</sup>. Rechtliche Verbindlichkeit erhält eine Vorgabe eines *collective agreements* erst durch eine ausdrückliche Bezugnahme in einen Arbeitsvertrag. Die Kollektivvereinbarung als solche bleibt stets ein *Gentlemen's agreement*. Unzutreffend wäre es jedoch, wollte man den Vereinbarungen ob ihrer fehlenden Verbindlichkeit jegliche Bedeutung absprechen. Die Parteien halten sich grundsätzlich an getroffene Vereinbarungen. Allerdings ist eine Abänderung bzw. Abkehr von vereinbarten Inhalten in diesem System auch leichter möglich.

---

47 Insgesamt war die Mutmaßung verbreitet, die Mitbestimmung sei darauf angelegt, nicht die Stellung der Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften zu stärken, sondern deren Kampfkraft einzuschränken, *Vetters*, Gewerkschaftliche Monatshefte 1976, 426 (428).

48 Beispiele für Staatsunternehmen in denen solche Vereinbarungen getroffen wurden: British Railways, British Airways, British Aerospace, Harland & Wolf Limited, British Steel Corporation und Post Office Corporation; zu den sehr unterschiedlichen Mitbestimmungsmodellen im einzelnen vgl. *Kolvenbach*, in: *Kolvenbach/Hanau, United Kingdom*, S. 13 ff. und *Atenstaedt*, S. 169 ff.

49 Zahlreiche Beispiele bei *Atenstaedt* S. 211 ff.; vgl. ferner *Höfling*, S. 308 ff.; *Hammen*, WM 1999, 2487 (2494).

50 *Kolvenbach*, in: *Kolvenbach/Hanau, United Kingdom* S. 18.

51 *Dunn/Wright*, BJIR 32 (1994), 32 ff.

52 *Ford Motor Co v. AUEFW* (1969) 2 All E.R. 481; hierzu ausführlich *Mecke*, S. 114 ff.

Eine Einschränkung von oben Gesagtem darf an dieser Stelle jedoch nicht fehlen: In einem Sonderfall gibt es auch in Großbritannien eine echte gesetzlich vorgeschriebene Arbeitnehmerbeteiligung in den Verwaltungsräten. Dies betrifft die Pensionsfonds, deren Verwaltungsräte zu einem Drittel von Arbeitnehmervertretern zu besetzen sind<sup>53</sup>. Die Reichweite dieses Beteiligungsrechts ist keinesfalls zu unterschätzen: Pensionsfonds besitzen in Großbritannien einen deutlich größeren Stellenwert als in Deutschland. In ihren Händen befinden sich beträchtliche Aktienpakete großer britischer Kapitalgesellschaften. Die Organbeteiligung geht daher in ihrer Bedeutung über die Mitwirkung in dem Verwaltungsrat des Pensionsfonds selbst hinaus und führt mittelbar zu einem wenn auch begrenzten Einfluß der Gewerkschaften auf die von dem jeweiligen Pensionsfond gehaltenen Kapitalgesellschaften.

### 3. Unternehmensmitbestimmung in den USA

Auch in den USA existiert keine zwingende Organbeteiligung von Arbeitnehmern<sup>54</sup>. Die Mitglieder des Verwaltungsrates einer US-Gesellschaft werden ausschließlich von den Anteilseignern gewählt. Auf der Basis von freiwilligen Vereinbarungen ist eine Unternehmensmitbestimmung zwar nicht unumstritten, aber in der Praxis in seltenen Fällen anzutreffen. Unter außergewöhnlichen Umständen – beispielsweise bei Chrysler vor der Fusion mit der Daimler Benz AG – kommt es auch vor, daß Gewerkschaftsmitglieder auf Vorschlag des Verwaltungsrates von den Anteilseignern in den Verwaltungsrat gewählt werden<sup>55</sup>.

## B. Gesellschaftskollisionsrecht als Schutzinstrument

### I. Bedeutung des Gesellschaftskollisionsrechts für die Unternehmensmitbestimmung

Das Gesellschaftskollisionsrecht ist in Deutschland nicht gesetzlich geregelt, sondern Gegenstand richterlicher Rechtsfortbildung<sup>56</sup>. Die Grundfragestellung des Gesellschaftskollisionsrechts besteht darin, im Kollisionsfalle zu bestimmen, welcher Rechtsordnung die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft unterliegen<sup>57</sup>. Ein Kollisionsfall liegt vor, wenn eine Gesellschaft zu mehreren Rechtsordnungen Anknüpfungspunkte aufweist<sup>58</sup>.

53 *Rebhahn*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 41 (45).

54 *Goldman*, S. 292, *Zimmer*, IntGesR, S. 139; *Rebhahn*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 41 (51), *Schubert*, S. 36 ff.

55 Nach der Fusion setzte sich die Vertretung der amerikanischen Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der Daimler Chrysler AG fort. Dort allerdings wurde der amerikanische Gewerkschaftsvertreter über die Gewerkschaftsliste in den Aufsichtsrat gewählt, *Gentz*, NZA 2000, 3 (5).

56 Auch im Rahmen der Novellierung des EGBGB durch Gesetz vom 25.07.1986 wurde bewußt auf eine gesetzliche Regelung des Gesellschaftskollisionsrechts verzichtet, um einer (letztlich gescheiterten) Harmonisierung dieser Rechtsmaterie auf europäischer Ebene nicht vorzugreifen, vgl. BT-Drucks. 10/504, S. 8.

57 *Behrens*, Die GmbH, IPR Rn. 1.

58 Während des bis ins 19. Jahrhundert zurückreichenden Theorienstreits wurden neben dem Satzungssitz und dem tatsächlichen Verwaltungssitz vielfältige andere Anknüpfungspunkte ver-

Die ermittelte Rechtsordnung bildet das Personal – bzw. Gesellschaftsstatut der Gesellschaft und ist damit Bezugspunkt für alle die Organverfassung der Gesellschaft betreffenden Rechtsfragen. Von dieser Rechtsordnung leitet die Gesellschaft ihre rechtliche Existenz ab. Dementsprechend spricht man von einer inländischen Gesellschaft, so sie inländischem Recht, von einer ausländischen Gesellschaft, so sie ausländischem Recht unterliegt<sup>59</sup>. Einen über die Zuweisung der maßgeblichen Rechtsordnung hinausgehenden Regelungsgehalt hat das internationale Gesellschaftsrecht nicht.

Einfluß auf die Unternehmensmitbestimmung nimmt die abstrakte Fragestellung der Rechtsordnungszuständigkeit nur mittelbar. Gemäß § 1 I MitbestG werden nur Unternehmen von dem Mitbestimmungsgesetz erfaßt, die in einer der in § 1 I Nr. 1 MitbestG aufgezählten inländischen Rechtsformen betrieben werden. Mit der Festlegung des Personalstatuts einer Gesellschaft wird damit zugleich über eine Anwendbarkeitsvoraussetzung der Mitbestimmungsregelungen entschieden. Ausländische Gesellschaften unterliegen nach bislang herrschender Meinung nicht dem Mitbestimmungsgesetz, auch wenn sie in Deutschland Betriebe unterhalten<sup>60</sup>.

Die Selbstbeschränkung des MitbestG auf inländische Kapitalgesellschaften birgt jedoch die Gefahr, daß Unternehmen sich eine ausländische Rechtsform geben, um die Mitbestimmung zu umgehen. Dies zu verhindern, also die Unternehmensmitbestimmung vor Umgehungen zu schützen, ist daher ein Anliegen, das seit Bestehen der Unternehmensmitbestimmung in der gesellschaftskollisionsrechtlichen Diskussion in Deutschland einen zentralen Platz einnimmt. Die Bedeutung dieses Schutzaspektes nahm naturgemäß noch zu, als der deutsche Gesetzgeber mit dem MitbestG 1976 die paritätische Mitbestimmung flächendeckend in Deutschland einführt und damit auch den Anreiz für Unternehmen erhöhte, sich der Mitbestimmung zu entziehen<sup>61</sup>.

## II. Die Einheitstheorien

In der gesellschaftskollisionsrechtlichen Auseinandersetzung dominieren die Einheitstheorien. Diese kennzeichnet, daß jede Gesellschaft einheitlich einer Rechtsordnung unterstellt wird. Unter den Einheitstheorien stehen sich im wesentlichen zwei Auffassungen gegenüber: die Sitztheorie und die Gründungstheorie. Der Anerkennung einer Gesellschaft, wie sie noch den alten Konzessionssystemen zugrunde lag, kommt nach den herrschenden Einheitstheorien keine eigenständige

---

treten, die heute allerdings an Bedeutung verloren haben: Ort der Betriebsstätte, Ort der Kapitalzeichnung, Gründungsort, Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz der Gesellschafter bzw. der Organe; vgl. Staudinger/*Großfeld*, IntGesR Rn. 18; *Beitzke*, Kollisionsrecht, S. 107 ff. m.w.N.

59 *Behrens*, Die GmbH, IPR Rn. 1.

60 Zum Problem und den verschiedenen Lösungsansätzen im Text unter § 3 B und C.

61 *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (798) erblickt gar einen Meinungswechsel in Literatur und Rechtsprechung im Gefolge der Einführung des MitbestG 1976, der erst der Sitztheorie zu ihrem eigentlichen Durchbruch in Deutschland verholfen habe; Kritiker der Sitztheorie sieht Meilicke seitdem in Acht und Bann: „die Mitbestimmung hat sich nämlich wie ein Mehltau nicht nur über die ganze deutsche Wirtschaft, sondern auch auf die deutsche Meinungsbildung gelegt“.

Bedeutung mehr zu<sup>62</sup>. Mit der Einordnung einer Gesellschaft unter eine Rechtsordnung ist die Anerkennung der Gesellschaft verbunden, d.h. die Anerkennung ist die Hinnahme einer Gesellschaft unter Zugrundelegung des kollisionsrechtlich ermittelten Personalstatuts<sup>63</sup>.

Das Gegenstück zu den Einheitstheorien bilden die Differenzierungstheorien, die ausgehend von der Sitz- oder der Gründungsanknüpfung in sehr unterschiedlicher Weise ein Neben- bzw. Übereinander verschiedener Rechtsordnungen gestatten.

## 1. Sitztheorie

Die Sitztheorie bestimmt das Personalstatut einer Gesellschaft nach dem Sachrecht desjenigen Staates, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat. Da hierbei auf ein objektives Kriterium abgestellt wird und nicht – wie bei der Gründungstheorie – der subjektive Wille der Gesellschaftsgründer ausschlaggebend ist, spricht man auch von der objektiven Anknüpfungsmethode<sup>64</sup>. Der Verwaltungssitz ist das maßgebliche Anknüpfungsmoment in den internationalen Gesellschaftsrechten zahlreicher Staaten, darunter Frankreich, Belgien, Portugal, Luxemburg, Österreich<sup>65</sup>.

Auch in Deutschland ist die Sitztheorie seit vielen Jahren anerkannte Rechtspraxis. Das Reichsgericht<sup>66</sup> und die Bundes- und Instanzgerichte<sup>67</sup> der Bundesrepublik bestimmen in ständiger Rechtsprechung das Gesellschaftsstatut anhand des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft<sup>68</sup>. Auch die Literatur folgt überwiegend der Sitztheorie<sup>69</sup>. Diese Rechtslage ist aber insofern überholt, als die uneingeschränkte Anwendung der Sitztheorie auf Gesellschaften, die nach dem Recht eines EU Mitgliedstaates ordnungsgemäß gegründet wurden, nach der Rechtsprechung des

62 BGH v. 11.7.1957 – II ZR 318/55 – BGHZ 25, 134 (144).; *Ebenroth/Sura*, *RabelsZ* 43 (1979), 315 ff. m.w.N.

63 *MüKoBGB/Kindler*, *IntGesR*, Rn. 229.

64 *Kropholler*, *IPR*, S. 456; *Hachenburg/Behrens*, *GmbHG*, Einl., Rn. 110.

65 Überblick über Sitztheoriestaaten bei *Neumayer*, *ZVglRWiss.* 1984, 129 (133 ff.), *Grothe*, 42 ff.

66 Erstmals *RG JW* 1904, 231; *MüKoBGB/Kindler*, *IntGesR*, Rn. 264 mit weiteren zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Fn. 342.

67 BGH erstmals in Urteil v. 11.7.1957 – II ZR 318/55 – BGHZ 25, 134 (144) = *NJW* 1957, 1433; *MüKoBGB/Kindler*, *IntGesR*, Rn. 5 und 264 mit zahlreichen Verweisen auf Entscheidungen des BGH und der Instanzgerichte in Fn. 13 und 342.

68 Einige Stimmen in der Literatur gehen in der Analyse der frühen Rechtsprechung allerdings davon aus, daß das Reichsgericht und der BGH bis in die 70er Jahre der Gründungstheorie folgten. Begründet wird dies damit, daß die Urteile mit dem Bezugspunkt „Sitz“ den statutarischen Gesellschaftssitz erfaßten. Eine andere Bewertung der Urteile sei unter genauer Betrachtung der Einzelfälle nicht haltbar. Reichsgerichtsurteile, die Gesellschaften wegen Verlegung des „Sitzes“ ihrer Rechtsfähigkeit für verlustig erklärten, beträfen nur die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland, was auch nach der Gründungstheorie unstreitig zum Verlust der Rechts- und Parteifähigkeit führe. *Meilicke*, *GmbHR* 2003, 793 ff., *Halbhuber*, S. 100 ff.

69 Bis zur EuGH Entscheidung *Strias* ganz h.M.; a.A. *Knobbe-Keuk*, *ZHR* 154 (1990), 325 ff.; *Thönnies*, *DB* 1993, 1021 ff.

EuGH mit deren Niederlassungsfreiheit kollidiert<sup>70</sup>. Der BGH hat die Sitztheorie für Zuzugsfälle mitgliedersstaatlicher Gesellschaften daher explizit aufgegeben<sup>71</sup>. Inwieweit die Sitztheorie abgesehen von dieser Konstellation in der deutschen Rechtsprechung weiterhin Bestand haben wird, ist offen<sup>72</sup>.

Entscheidend für die Bestimmung des Personalstatuts nach der Sitztheorie ist die Frage, anhand welcher Kriterien der Verwaltungssitz einer Gesellschaft zu bestimmen ist. Dies war lange Zeit höchst umstritten<sup>73</sup>. Auch unter den Staaten, die der Sitztheorie folgen, wurde der Sitz der Gesellschaft sehr verschieden bestimmt, so daß eigentlich nicht von einer in sich geschlossenen Anknüpfungslehre gesprochen werden kann.

Heute sind sich Rechtsprechung<sup>74</sup> und weite Teile der Literatur über die Sitzbestimmung einig. Der tatsächliche Verwaltungssitz ist „der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“<sup>75</sup>.

Die Sitztheorie hat für ausländische Gesellschaften mitunter einschneidende Rechtsfolgen. Die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz führt dazu, daß eine im Ausland wirksam gegründete Gesellschaft und als solche in Deutschland zunächst als rechtsfähig anerkannte Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit verliert, wenn sie ihren ständigen Verwaltungssitz in Deutschland nimmt. Sie kann damit, soweit sie der deutschen Rechtsordnung unterliegt, weder Träger von Rechten und Pflichten noch Partei in einem Gerichtsverfahren sein<sup>76</sup>.

Umgekehrt sind die Auswirkungen für deutsche Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Ausland unter Umständen nicht so gravierend. Wenn der Sitzstaat der Gründungstheorie folgt und damit auf deutsches Gesellschaftsrecht zurückverweist, bleibt ein Auseinanderfallen von Sitz- und Gründungsstaat in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 EGBGB ohne Konsequenzen<sup>77</sup>.

---

70 EuGH v. 9.3.1999 (Centros) – Rs C-212/917 – ZIP 1999, 438 ff.; EuGH v. 5.11.2002 (Überseering) – Rs C-208/00 – ZIP 2002, 2037 ff.; EuGH v. 30.9.2003 (Inspire Art) – Rs. C-167/01 – EuZW 2003, 687; vgl. die Ausführungen unter § 1 B III 2.

71 BGH 13.3.2003 – VII ZR 370/98 – EuZW 2003, 448 ff.

72 Zum Fortbestand der Sitztheorie vgl. die Ausführungen unter § 1 B IV und § 2 B I 3 a [3] [b].

73 Zum Teil wurde eine Bestimmung nach objektiven Merkmalen angeregt z.B. dem Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung, dem Ort der Betriebsstätte, dem Ort der internen Willensbildung oder dem Mittelpunkt der Verwaltung; andere Auffassungen orientierten sich an formalen Kriterien wie dem Ort der Abhaltung der Gesellschafterversammlung oder sogar dem Satzungssitz, wodurch letztlich die Grenzen zur Gründungstheorie verwischen. Ausführlich zu den einzelnen Sitzbegriffen *Grasmann*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 114 ff.; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 226 ff.; *Panthen*, Der Sitzbegriff im internationalen Gesellschaftsrecht, S. 215 ff.

74 BGHZ 97, 269 (272); BayObIGZ 1985, 272 (280); BayObIGZ 1986, 61 (67); BayObIGZ 1987, 267 (271); OLG München, NJW 1986, 2197 ff.

75 So BGH, Urteil v. 21.3.1986 – V ZR 10/85 – BGHZ 97, 269 (272); diese Formulierung übernahm der BGH von *Sandrock*, FS Beitzke, 669 (683); heute h.M. *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 228; *MüKoBGB/Kindler*, IntGesR, Rn. 316 ff.; *Bamberger/Roth/Mäsch*, Art. 12 Anhang, Rn. 16.

76 BGH Beschluß v. 30.3.2000 – VII ZR 370/98 – ZIP 2000, 967 ff.

77 *Ebenroth/Eyles*, DB-Beil. 2/88, S. 6 ff.; *Grothe*, S. 47.

Der Grund für die langjährige Dominanz der Sitztheorie in der deutschen Rechtspraxis liegt in deren präventiver Schutzwirkung<sup>78</sup>. Die Sitztheorie zwingt Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, sich nach deutschem Gesellschaftsrecht zu organisieren und stellt damit sicher, daß inländische Schutzvorschriften breite Anwendung finden.

Die Wahrung der Schutzinteressen des hauptbetroffenen Sitzstaates ist damit das Leitmotiv der Sitztheorie<sup>79</sup>. Die Sitztheorie dient dem Sitzstaat als Instrument, gesellschafts- und ordnungspolitische Wertvorstellungen seiner nationalen Rechtsordnung kollisionsrechtlich abzusichern<sup>80</sup>. Auf diesen Schutzaspekt verweist der BGH ausdrücklich in seinem Vorlagebeschluß in Sachen *Überseering*<sup>81</sup>: Die Sitztheorie verhindere, daß deutsche Schutznormen zugunsten dreier Interessengruppen unterlaufen werden: Normen zugunsten der Gläubiger (insbesondere Regelungen über das Gesellschaftskapital z.B. §§ 5, 7, 9, 19 ff. 24, 30 ff. 42 GmbHG), Normen zugunsten abhängiger Gesellschaften und deren Minderheitsgesellschafter (insbesondere die konzernrechtlichen Regeln §§ 293 Abs. 1, 2 AktG; 304 Abs. 1, 2 AktG; 305 AktG) sowie Normen zugunsten der Arbeitnehmer (Unternehmensmitbestimmung z.B. nach dem MitbestG 1976)<sup>82</sup>.

In der praktischen Rechtsanwendung hat die Sitztheorie schon vor der EuGH Rechtsprechung eine wichtige Abmilderung gefunden. Als in der Praxis entscheidend erweist sich nämlich der Umgang mit dem tatsächlichen Verwaltungssitz in den die ausländische Gesellschaft betreffenden Gerichtsverfahren. Der Beweis, der tatsächliche Verwaltungssitz einer Gesellschaft befände sich an einem bestimmten Ort, ist nur sehr umständlich und aufwendig zu führen und erfordert unter Umständen auch die Offenlegung von Dokumenten zur Geschäftspolitik und zur Unternehmensführung<sup>83</sup>. Die Rechtsprechung wendet daher die widerlegliche Vermutung an, daß der Satzungssitz auch dem tatsächlichen Verwaltungssitz entspricht, mit der Folge, daß mit Nachweis des Satzungssitzes durch Gründungsurkunde oder Inkorporationsbescheinigung die Beweislast auf die Partei übergeht, die die Partei- bzw.

78 Leidenschaftlich etwa *Kegel*: „Das Natürliche und Anständige ist die Anknüpfung an den Verwaltungssitz (...). Wo kommen wir hin, wenn bei uns jeder Klempner, Malermeister oder Dachdecker als private company englischen Rechts oder gar nach dem Gesellschaftsrecht von Bophutatswana agieren darf? (...) Zwar verlieren Antike und Christentum Boden, aber Gemeinverträglichkeit muß erhalten bleiben, sonst gibt ein Staat oder eine Staatengemeinschaft sich auf“. *Kegel*, EWS 1999, Heft 8 Editorial Die Seite 1.

79 BayObLG v. 7.5.1992 – 3Z BR 14/92 – EuZW 1992, 548 (m. Anm. *Behrens*) = DB 1992, 1400: „Für diese Theorie die eine Schutztheorie ist, sprechen nach wie vor die besseren Argumente. Sie gewährleistet, daß regelmäßig das Recht des Staates durchgesetzt wird, der am meisten betroffen ist. (...) Ein Staat, der in Sorge um seine eigene Volkswirtschaft dem Ineingreifen der Interessen von Gründern und Gründungsstaat mißtraut, wird grundsätzlich eine vom Satzungssitz und Registerbelegenheit unabhängige Anknüpfung wählen und auf das Recht des Ortes abstellen, von dem aus die Gesellschaft tatsächlich gesteuert wird“.

80 *Frowein*, S. 186.

81 BGH Beschluß v. 30.3.2000 – VII ZR 370/98 – ZIP 2000, 967.

82 BGH Beschluß v. 30.3.2000 – VII ZR 370/98 – ZIP 2000, 967 (968).

83 OLG Oldenburg, RIW 1990, 1019; *Haas*, DB 1997, 1501 (1505).

Rechtsfähigkeit der Gesellschaft wegen Auseinanderfallen von Satzungssitz und tatsächlichem Verwaltungssitz bestreitet<sup>84</sup>.

Die Vermutungsregel gilt auch bei Eintragung einer Zweigniederlassung, oder wenn die Gesellschaft als Gesellschafter einer GmbH eingetragen werden soll. Zwar gilt gem. § 12 FGG grundsätzlich der Amtsermittlungsgrundsatz. Ohne besondere Veranlassung kann das Gericht aber von der Richtigkeit der Angaben des Antragsstellers ausgehen, ohne gegen den Grundsatz des pflichtgemäßen Ermessens zu verstoßen<sup>85</sup>. Mit dieser Beweislastverteilung begegnet die Rechtsprechung einer der großen Schwächen der Sitztheorie, der Schwierigkeit der Bestimmung des Sitzes. Zugleich führt die Vermutungsregel mittelbar dazu, daß die Exekutionswirkung der Sitztheorie (Negierung der Rechts- und Parteifähigkeit der ausländischen Gesellschaft) in der Praxis seltener zum Zuge kommt.

## 2. Gründungstheorie/Inkorporationstheorie

Das Gegenstück zur Sitztheorie bildet die Gründungs- bzw. Inkorporationstheorie<sup>86</sup>. Dieser Theorie zufolge bestimmt sich das Gesellschaftsstatut nach dem Recht desjenigen Staates, in dem die Gesellschaft gegründet wurde und ihren Satzungssitz hat<sup>87</sup>. Da die Wahl des Gründungsstaates naturgemäß in den alleinigen Entscheidungsbereich der Gesellschaftsgründer fällt, räumt die Gründungstheorie der Privatautonomie einen hohen Stellenwert ein.

Der Ursprung der Gründungstheorie liegt im England des 18. Jahrhunderts und erklärt sich in dem Wunsch, Kolonialgesellschaften mit Verwaltungssitz in Übersee eine Gründung nach dem vertrauten englischen Recht zu ermöglichen, ohne daß Zweifel an der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft im Ausland erhoben werden konnten<sup>88</sup>. Die Gründungstheorie ist weit verbreitet<sup>89</sup>. Ihr folgen im Grundsatz die Kollisionsrechte vieler Staaten wie z.B. die dem anglo-amerikanischen Rechtsraum zugehörigen Staaten, die Schweiz<sup>90</sup>, die Niederlande<sup>91</sup>, Spanien, Italien<sup>92</sup> und Japan<sup>93</sup>.

---

84 BGH v. 21. März 1986 – V ZR 10/85 – BGHZ 97, 269 (272); OLG München, NJW 1986, 2197; Haas, DB 1997, 1501 (1505); MüKoBGB/Kindler, IntGesR, Rn. 329; a.A. LG Essen, IPRax 1996, 120.

85 KG, DB 1997, 1124 (1126).

86 Die Bezeichnungen werden in der Regel synonym verwendet, was zwar faktisch nicht aber theoretisch korrekt ist. Die Gründungstheorie verweist auf das Recht des Staates, dessen Gründungsvorschriften eingehalten wurden, wohingegen die Inkorporationstheorie auf den in den Statuten genannten Sitz bzw. den Inkorporationsort abstellt. Faktisch führen beide Ansatzpunkte aber zum gleichen Ergebnis, da die nationalen Gesellschaftsrechte in der Regel den statutarischen Sitz im Inland und die Eintragung in das zuständige Register für die Inkorporation voraussetzen.

87 Zum Gleichlauf von Satzungssitz und Gründungsrecht Neumayer, ZvgIRWiss 83 (1984), 129 (137); Ebenroth/Eyles, DB 1989, 363 (368).

88 Beitzke, FS Luther, S. 1 (S. 8); MüKoBGB/Kindler, IntGesR, Rn. 8; zur Geschichte eingehender Großfeld, FS Westermann, S. 199 (S. 200 ff.).

89 Überblick über Gründungstheoriestaaten bei Neumayer, ZvgIRWiss. 1984, 129 (137 ff.), Grothe, S. 32 f.

90 Art. 154 Schweizer IPRG.

91 Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 157.

92 Art. 25 italienisches IPRG; Kindler, RabelsZ 61 (1997), 227 (281 ff.).

93 MüKoBGB/Kindler, IntGesR, Rn. 265; Großfeld/Jamauchi, AG 1985, 229 ff.

Trotzdem können die Kollisionsrechte dieser Staaten nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden: Auch wenn die Gründung und Inkorporation den grundsätzlichen kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkt in diesen IP-Rechten bildet, werden auch in diesen Staaten besondere Schutzinteressen zum Teil vor einer Umgehung geschützt. So setzt etwa die Rechtsordnung Japans das eigene Gesellschaftsrecht gegenüber ausländischen Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland durch<sup>94</sup>. Die Schweiz schützt inländische Gläubiger durch Sondervorschriften hinsichtlich der Handelndenhaftung und der Sitzverlegung<sup>95</sup>.

In Deutschland hat die Gründungstheorie zahlreiche Anhänger in der Literatur, wobei zum Teil modifizierende Eingriffe des Sitzstaates befürwortet werden<sup>96</sup>.

Der große Charme der Gründungstheorie besteht in deren Klarheit und Allgemeingültigkeit. „Einmal anerkannt – überall anerkannt“<sup>97</sup>. Nach dieser schlichten Formel, begrenzt allenfalls durch den *ordre public* des Sitzstaates, wird jede Gesellschaft, so sie nach dem Recht eines Staates wirksam errichtet ist, von jedem anderen Staat als rechtsfähig akzeptiert. Da das Gesellschaftsstatut anhand eines klaren und in der Anwendbarkeit einfachen Kriteriums bestimmt wird, ist internationale Rechtsanwendungsgleichheit in größtmöglichem Maße gewährleistet. Das Land der Inkorporation ist durch Gründungsdokumente und Registerauszüge leicht feststellbar. Unsicherheiten und Beweisschwierigkeiten, wie sie sich bei der Anknüpfung an den Verwaltungssitz stellen, entfallen.

### III. Das partielle Ende der Sitztheorie

#### 1. Europarechtliche Situation vor Centros

##### a. EG-Übereinkommen

In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union bestehen – wie oben skizziert – unterschiedliche Gesellschaftskollisionsrechte. Schon früh erkannte man, daß diese kollisionsrechtliche Normenvielfalt im Hinblick auf den angestrebten Binnenmarkt zu Friktionen führt, die unmittelbar integrationshemmend wirken<sup>98</sup>. Als besonders binnenmarktfeindlich erweisen sich die Auswirkungen der Sitztheorie. Indem die Sitztheorie den Zuzug ausländischer Gesellschaften vollständig unterbindet und auch den Wegzug, wenn er nicht in einen Gründungstheoriestaat erfolgt, mit dem Verlust der Rechts- und Parteifähigkeit sanktioniert, schränkt sie den Handlungsfreiraum der innereuropäischen Gesellschaften erheblich ein und verhindert, daß diese ihren Hauptverwaltungssitz ihren Bedürfnissen entsprechend verlegen können.

94 MüKoBGB/Kindler, IntGesR, Rn. 266.

95 Heini, IPRax 1992, 405 f.

96 Vgl. z.B. Hachenburg/Behrens, GmbHG, Einl, Rn. 125 ff.; Grasmann, IntGesR, S. 272 ff. und 286 f.; Timmermanns, RabelsZ 48 (1984), 1 (39); Grothe, S. 175 ff.; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325 (355); Bungert, AG 1995, 489 (491 f.); Sandrock, RabelsZ 42 (1978), 227 ff.; ders., BerDGesVR 18 (1978), 169 (191 ff.); ders., FS Beitzke 1979, S. 669 ff.; ders., BB 1999, 1337, 1343.

97 Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325 (327).

98 Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325 (329).

Diesem Mißstand versuchte die Europäische Gemeinschaft durch das Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29. Februar 1968<sup>99</sup> abzuweichen. Das Abkommen, gestützt auf Art. 293 Gedankenstrich 3 (ex Art. 220 Gedankenstrich 3) EGV, orientiert sich inhaltlich an der modifizierten Gründungstheorie. Hinsichtlich der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit verweist das Abkommen in seinen Art. 1, 2 und 6 auf das Gründungsrecht. Im übrigen beläßt Art. 4 des Abkommens den Vertragsstaaten aber die Möglichkeit, als zwingend erachtete nationale Regelungen auf ausländische Gesellschaften anzuwenden, sofern sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz innerhalb ihres Hoheitsgebiets nehmen.

Deutschland ratifizierte das Abkommen im Jahre 1972! Diese Tatsache nährt die oft geäußerte Vermutung, daß sich Deutschland erst mit branchenübergreifenden Einführung der paritätischen Mitbestimmung im Jahre 1976 zu einem unverbrüchlichen Verfechter der Sitztheorie wandelte<sup>100</sup>. Im Jahre 1972 bestanden offensichtlich noch keine grundsätzlichen Vorbehalte gegen die Gründungstheorie. Das Abkommen konnte jedoch nie in Kraft treten, weil die Niederlande die Ratifikation verweigerten<sup>101</sup>.

## b. Der EuGH

Der mißliche Rechtszustand schien mit dem Scheitern des Abkommens auf lange Zeit hin unveränderbar. Zwar wurden in der Rechtsliteratur die negativen Auswirkungen der Sitztheorie auf die Niederlassungsfreiheit angeprangert, der EuGH verspürte aber wenig Lust, in die Rolle des Drachentöters zu schlüpfen und die Sitztheorie als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit zu sanktionieren. Im Gegenteil: In der vielbeachteten „Daily Mail“<sup>102</sup> Entscheidung aus dem Jahre 1988 stellt der EuGH in einem *obiter dictum* fest, daß „die Art. 43 und 48 EGV (ex Art. 52 und 58 EGV) einer Gesellschaft, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates errichtet wurde und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht das Recht verleihen, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen“<sup>103</sup>.

Vielmehr sehe „der EWG Vertrag die Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen hinsichtlich der für die Gesellschaften verlangten Anknüpfungspunkte sowie der Möglichkeiten einer Verlegung des tatsächlichen oder satzungsmäßigen Sitzes einer Gesellschaft nationalen Rechts von einem Mitgliedstaat in einen anderen und gegebenenfalls der Modalitäten hierfür als Probleme an (sieht), die durch die Regeln über das Niederlassungsrecht nicht gelöst sind, sondern der Lösung durch

---

99 Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29.2.1968, BGBl. 1972 II 370.

100 Meilicke, GmbHR 2003, 793 (798).

101 Timmermanns, RabelsZ 48 (1984), 1 (39).

102 EuGH „Daily Mail“ Urteil v. 27.9.1988 – Rs 81/87 – JZ 1989, 384 ff.

103 Inhaltlich ähnlich bereits: EuGH v. 10.7.1986 (Seegers) – Rs. 70/85 – Sgl. 1986, 2375; hierzu W. Meilicke, RIW 1990, 449; Halbhuber, S. 76 ff.

gesetzgeberische Maßnahmen oder Übereinkommen bedürfen, die allerdings noch nicht vorliegen<sup>104</sup>.

Ein Blick auf die besonderen Umstände des *Daily Mail* Falles<sup>105</sup> zeigt, daß eine so weitreichende Feststellung nicht nötig war, um die konkreten Vorlagefragen des britischen Gerichts zu beantworten. Gerade wegen der berührten Fiskalinteressen war eine andere Entscheidung im Ergebnis zu diesem Zeitpunkt schwerlich denkbar<sup>106</sup>. Als rechtliche Begründung hätte jedoch der Hinweis genügt, daß bei Wegzugsfällen mit dem Ziel der Steuervermeidung die Niederlassungsfreiheit – nach der damaligen Rechtsauffassung – nicht betroffen ist, sondern es der Sache nach in den Problembereich der Inländerbehandlung bzw. Inländerdiskriminierung fällt. Die rechtliche Konstellation der *Daily Mail* Entscheidung berührte nämlich in keiner Weise das Rechtsproblem der Anerkennung ausländischer Gesellschaften in Zuzugsfällen, sondern nur den Fall, daß ein Mitgliedstaat einer Gesellschaft, die seinem Gesellschafts- und Steuerrecht untersteht, Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes auferlegt<sup>107</sup>.

Dennoch: Der langjährige Streit um die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit schien damit beendet und das Urteil wurde auch dementsprechend im deutschen Schrifttum gefeiert<sup>108</sup>. Auch die deutsche Rechtsprechung sah in der Entscheidung eine Bestätigung ihrer Rechtsprechung<sup>109</sup>.

104 EuGH Urteil v. 27.9.1988 (*Daily Mail*) – Rs 81/87 – JZ 1989, 384 (385).

105 EuGH Urteil v. 27.9.1988 (*Daily Mail*) – Rs 81/87 – JZ 1989, 384 ff.: In dem Rechtsstreit klagte eine britische Investmentholdinggesellschaft - die britische *Daily Mail and General Trust PLC* – gegen die britische Finanzverwaltung. *Daily Mail* wollte seine Geschäftsleitung und damit den Steuersitz aus Großbritannien in die Niederlande verlegen, dort den Großteil des gesellschaftlichen Umlagevermögens verkaufen und mit dem erzielten Veräußerungserlös eigene Aktien kaufen. So sollte eine Besteuerung des Veräußerungserlöses nach britischem Steuerrecht vermieden werden. Da das internationale Gesellschaftsrecht Großbritanniens der Gründungstheorie folgt, hätte die von *Daily Mail* angestrebte Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft oder die Eigenschaft als Gesellschaft britischem Rechts gehabt. Eine zentrale Hürde gegen die Umgehung der britischen Steuergesetze bildet jedoch die Vorschrift, daß eine Verlegung der Geschäftsleitung nur nach vorheriger Genehmigung durch die britische Finanzbehörde möglich ist – eine Genehmigung, die *Daily Mail* von der britischen Finanzverwaltung nicht erteilt wurde. In dem Ausgangsrechtsstreit verlangte daher *Daily Mail* von der verklagten britischen Finanzverwaltung die Feststellung, daß die Klägerin einer solchen Genehmigung nicht bedürfe, um ihre Geschäftsleitung aus Großbritannien in die Niederlande zu verlegen.

106 Nun aber deutlich weitergehend: EuGH v. 11.3.2004 (*Hughes de Lasterie du Saillant*) – C-9/02 – NJW 2004, 2439 Rn. 42; EuGH v 13.4.2000 (*Baars*) – Rs. C-251/98, ZIP 2000, 697 Rn. 28. Vgl. ferner die Ausführungen unter § 2 B I 3 a cc.

107 Diese Besonderheit hervorhebend, widerspricht der EuGH in *Überseering* Deutungen, in dem Urteilsspruch sei die Zulässigkeit der Sitztheorie festgestellt worden. EuGH Urteil v. 5.11.2002 (*Überseering*) – Rs C-208/00 – ZIP 2002, 2037 (2042, 2043). Der rückwärtige Umdeutungsversuch des EuGH ist bestenfalls Kosmetik. Der Wortlaut der *Daily Mail* Entscheidung ist unzweifelhaft und klar. Ehrlicher wäre es gewesen, wenn der Gerichtshof, anstatt Kontinuität vorzutäuschen, einen Rechtsauffassungswechsel eingeräumt und entsprechend begründet hätte. Vermutlich mied der EuGH diese Offenbarung, um sich nicht dem Vorwurf des Kompetenzwildwuchses auszusetzen.

108 Statt vieler MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 363 mit zahlreichen Verweisen; die Kritik *Meilickes*, die Sitztheorie verstoße gegen die Menschenrechtskonvention, *Meilicke*, RIW 1992, 578, wurde und

## 2. Die Entscheidungstrias zur Sitztheorie

### a. Centros

Die kopernikanische Wende brachte die Centros Entscheidung des EuGH<sup>110</sup>. Darin stellte der EuGH fest, daß es einen Verstoß gegen Art. 43, 48 EGV (ex Art. 52 und 58 EVG) darstellt, wenn ein Mitgliedstaat einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig errichtet worden ist, die Eintragung einer Zweigniederlassung verweigert. Dies gilt selbst, wenn die Gesellschaft im Gründungsstaat keinen Sitz hat und dort keine Geschäftstätigkeit entfaltet.

Die Auswirkungen dieses Urteils auf die Sitztheorie waren im Schrifttum sehr umstritten. Ursache dieser Verwirrung war der Umstand, daß das Urteil zwar allgemeingültig gefaßt war, die entschiedene Konstellation die Sitztheorie im Grunde aber nicht berührte. Das IPR beider betroffener Staaten folgte der Gründungstheorie. Gegenstand des Rechtsstreits war demnach nicht die Sitztheorie als Kollisionsnorm, sondern eine Sachnorm des dänischen Gesellschaftsrechts, welche die Eintragung einer Zweigniederlassung von bestimmten Voraussetzungen (der Geschäftstätigkeit im Herkunftsstaat) abhängig machte<sup>111</sup>.

### b. Die modifizierte Sitztheorie als Ausweg

Für ein kurzes Zwischenspiel sorgte das Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 1. Juli 2002<sup>112</sup>. Die Centros Entscheidung und das beim EuGH anhängige Vorlageverfahren<sup>113</sup> in Sachen *Überseering* vor Augen, ging der II. Zivilsenat des BGH in die juristische Gegenoffensive und versuchte, die Sitztheorie in modifizierter Form zu retten<sup>114</sup>. Der BGH gab die bisherige Rechtsprechung dahingehend auf, daß die

---

wird von der ganz h.M. abgelehnt, vgl. *Ebke*, *RabelsZ* 62 (1998), 196 (212 f.); *Bamberger/Roth/Mäsch*, Art. 12 Anh. EGBGB Rn. 14.

109 BayObLG v. 7.5.1992 – 3 Z BR 14/92 – ZIP 1992, 842 (843 f.); OLG Hamm v. 30.4.1997 – 15 W 91/97 – ZIP 1997, 1696 (1697).

110 EuGH Urteil v. 9.3.1999 (Centros) – Rs C-212/917 – ZIP 1999, 438 ff.: Die Centros Ltd., eine in England und Wales eingetragene private limited company, begehrte die Eintragung einer Zweigniederlassung in Dänemark. Diese wurde ihr von der zuständigen dänischen Behörde mit der Begründung verweigert, die Gesellschaft entfalte weder in England noch in Wales eine Geschäftstätigkeit. Eine solche Geschäftstätigkeit war von der Centros Ltd. auch nicht geplant, vielmehr nutzte sie die ausländische Rechtsform nur, um die Vorschriften zur Einzahlung eines Mindestgesellschafterkapitals des dänischen Gesellschaftsrechts zu umgehen.

111 Auswirkungen des Centros Urteils auf die Sitztheorie wurden daher von der h.M. abgelehnt. G. Roth, ZIP 1999, 861 ff.; W.H. Roth, ZGR 2000, 311 ff.; Ebke, JZ 1999, 656 (658); Kindler, NJW 1999, 1993 (1997); MüKoBGB/Kindler, IntGesR, Rn.367; anders Freitag, EuZW 1999, 267 (268); Kieninger, ZGR 1999, 724 ff.

112 BGH v. 1.7.2002 – II ZR 380/00 – GmbHR 2002, 1021, hierzu Kurzkommentar von Emde, EWiR 2002, 917.

113 Schlußanträge v. 4.12.2001 – Rs. C-208/00 – ZIP 2002, 75 ff. mit Anmerkung Eidenmüller.

114 Zu diesem Vorgehen fühlte er sich wohl auch von der rechtlichen Analyse des spanischen Generalanwalts am EuGH Colomer motiviert, der in seinem Schlußantrag dem EuGH empfahl, die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit dahinstehen zu lassen und statt dessen anregte, darauf abzustellen, daß die Aberkennung der Rechts- und Parteifähigkeit einen Verstoß

Anwendung der Sitztheorie die Aberkennung der Rechts- und Parteifähigkeit zur Folge hätte und ersetzte diese Rechtsfolge durch eine Umqualifizierung der ausländischen Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland in eine deutsche GbR bzw. OHG. Als deutsche GbR/OHG verfügt die Gesellschaft über Rechts- und Parteifähigkeit nach deutschem Gesellschaftsrecht. Auf diese Weise, so das Kalkül des BGH, wird eine ausländische Gesellschaft in Anwendung der Sitztheorie nicht rechtlos gestellt. Andererseits bleibt die Sitztheorie in ihrem Grundsatz erhalten und verfügt in Gestalt der persönlichen Haftung auch über ein hinreichendes Drohpotential, um die inländischen Schutzinteressen vor Umgehung zu bewahren.

### c. Überseering und Inspire Art

Letzte Klarheit brachten die Urteile des EuGH<sup>115</sup> in Sachen *Überseering* und *Inspire Art*. *Überseering* erging auf Vorlage des VII. BGH Zivilsenats<sup>116</sup> hin und hatte konkret die Sitztheorie deutscher Prägung zum Gegenstand. Darin stellte der EuGH fest: „Es verstößt gegen die Art. 43 und 48 EGV, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, 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 (...) abgesprochen wird“<sup>117</sup>. Der Zuzugsstaat ist vielmehr verpflichtet, „die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt“<sup>118</sup>. Zwar ließe sich nicht ausschließen, daß „zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen von Gläubigern, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können. Diese Ziele können es jedoch nicht rechtfertigen, daß einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit abgesprochen wird“<sup>119</sup>.

Ergänzt wird diese grundlegende Neuausrichtung der Niederlassungsfreiheit durch die EuGH Entscheidung „*Inspire Art*“<sup>120</sup>. Darin präzisierte der EuGH die neugezogene

---

gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK darstellt. So bereits *Meilicke*, RIW 1992, 578; a.A. die h.M. vgl. *Ebke*, *RabelsZ* 62 (1998), 196 (212 f.); *Bamberger/Roth/Mäsch*, Art. 12 Anh. EGBGB Rn. 14.

115 EuGH v. 5.11.2002 (*Überseering*) – Rs C-208/00 – ZIP 2002, 2037 ff.; EuGH v. 30.9.2003 (*Inspire Art*) – Rs. C-167/01 – EuZW 2003, 687 ff.

116 Vorlage des 7. BGH Senats durch Vorlagebeschuß v. 30.3.2000 – VII ZR 370/98 (OLG Düsseldorf) – ZIP 2000, 967 ff.

117 EuGH v. 5.11.2002 (*Überseering*) – Rs C-208/00 – ZIP 2002, 2037 (2045).

118 EuGH v. 5.11.2002 (*Überseering*) – Rs C-208/00 – ZIP 2002, 2037 (2045).

119 EuGH v. 5.11.2002 (*Überseering*) – Rs C-208/00 – ZIP 2002, 2037 (2045).

120 EuGH v. 30.9.2003 (*Inspire Art*) – Rs. C-167/01 – EuZW 2003, 687: Die Entscheidung hat Benachteiligungen zum Gegenstand, die ausländischen Gesellschaften bei der Zulassung von Zweigniederlassungen im Ausland erwachsen können. Konkret handelt es sich um die niederländische Zweigniederlassung der britischen Gesellschaft „*Inspire Art Ltd.*“ Die niederländische Handelskammer wollte die niederländische Zweigniederlassung verpflichten, die Eintragung im nieder-

Kontur der Niederlassungsfreiheit dahingehend, daß eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit bereits dann gegeben sei, wenn das inländische Recht eine im EU-Ausland errichtete Kapitalgesellschaft zwar als wirksam anerkennt, sie jedoch besonderen Regelungen unterwirft, die nach dem Gründungsrecht nicht vorgesehen sind<sup>121</sup>.

#### IV. Auswirkungen der EuGH Urteile: der „Restbestand“ der Sitztheorie

Was bleibt also von der Sitztheorie in Deutschland? Klar ist zunächst, daß für den Zuzug von Gesellschaften aus EU Mitgliedstaaten die Gründungstheorie gilt<sup>122</sup>. Deutschland als Zuzugsstaat ist verpflichtet, die Rechts- und Parteifähigkeit einer Auslandsgesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates umfassend zu respektieren. Jeder Eingriff in das nach dem Recht des Gründungsstaates maßgebliche Regelungsregime ist als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit anzusehen<sup>123</sup>. Ausländische Gesellschaften importieren das Gesellschaftsrecht ihres Gründungsstaates nach Deutschland<sup>124</sup>. Die modifizierte Sitztheorie wird diesen Vorgaben nicht gerecht, da sie nicht die ausländische Gesellschaft als solche anerkennt, sondern sie dem deutschen Gesellschaftsrecht unterwirft. Die deutsche Rechtsprechung hat diese Vorgaben mittlerweile in zahlreichen Urteilen umgesetzt<sup>125</sup> und wendet die Gründungstheorie uneingeschränkt auf zuziehende Gesellschaften aus den EU Mitgliedstaaten an. Die modifizierte Sitztheorie wurde nicht weitergeführt<sup>126</sup>.

Strittig ist aber, welches Schicksal der Sitztheorie in den übrigen Fällen beschieden ist. Gilt sie weiterhin für deutsche Gesellschaften, wenn diese ihren Verwaltungssitz

---

ländischen Handelsregister mit dem Zusatz „formeel buitenlandse vennootschap“ (formal ausländische Gesellschaft) versehen zu lassen und den Nachweis einer Mindestkapitalisierung zu erbringen, der dem Mindestkapital niederländischer Gesellschaften entspricht. Dies wurde damit begründet, daß der einzige Gesellschafter seinen Wohnsitz in den Niederlanden hatte und auch die Gesellschaftsaktivität ausschließlich auf die Niederlande beschränkt war.

121 Vgl. zur EuGH Entscheidung Inspire Art: *Behrens*, IPRax 2004, 20 ff.; *Horn*, NJW 2004, 893 ff.; *Binge/Thölke*, DNotZ 2004, 21 ff.; *Bayer*, BB 2004, 1; *Merkt*, RIW 2004, 1 ff.; *Sandrock*, BB 2004, 897; *Maul/Schmidt*, BB 2003, 2297; *Drygala*, EWIR 2003, 1029; *Behrens*, IPRax 2003, 193.

122 Palandt/*Heldrich*, Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 6 ff.; anders *Kindler*, NZG 2003, 1086 (1089), demzufolge die EuGH Rechtsprechung überhaupt keine Absage an die Sitztheorie enthalte.

123 *Bayer*, BB 2003, 2357 (2363); *ders.*, BB 2004, 1 (4); *Eidenmüller*, JZ 2004, 24 (25 ff.); *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7 (8); *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 681 ff.; *Altmeyen*, NJW 2004, 97 (99 ff.).

124 *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 409 (411); *Lutter*, BB 2003, 7 (9); a.A. *Altmeyen*, NJW 2004, 97 (98) mit der unzutreffenden Begründung, daß sonst „unsere Richter künftig neben dem deutschen Gesellschaftsrecht standardmäßig“ zugleich das Gesellschaftsrecht „aller 25 Mitgliedstaaten studieren“ müßten. Die Auseinandersetzung der deutschen Richterschaft mit dem ausländischen Gesellschaftsrecht wird sich wegen der beschränkten internationaler Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Grenzen halten.

125 BGH v. 13.3.2003 (Überseering) – VII ZR 370/98 – ZIP 2003, 718 = NZG 2003, 431; BayObLG v. 19.12.2002, NZG 2003, 290, Anmerkungen hierzu *Leible/Hoffmann*, NZG 2003, 259; OLG Celle, OLG Celle 2003, 127; OLG Zweibrücken, BB 2003, 864 das Urteil der Vorinstanz aufhebend, LG Frankenthal, BB 2003, 542 mit Anm. *Leible/Hoffmann*; s. auch *Veit/Wichert AG* 2004, 14 (15) und *Hüffer*, AktG, § 1 Rn. 39 mit Verweisen auf weitere Rechtsprechung.

126 BGH 13.3.2003 – VII ZR 370/98 – EuZW 2003, 448 ff.

ins Ausland verlegen wollen? M.E. ist die Frage um die Fortgeltung der Sitztheorie zumindest in den Konstellationen, in denen die Verwaltungssitzverlegung einer deutschen Gesellschaft ins europäische Ausland erfolgt, ein Streit ohne praktische Bedeutung. Denn selbst wenn das deutsche Kollisionsrecht in diesen Fällen weiterhin die Sitztheorie anwenden würde, wäre ein Rückverweis des (neuen) Sitzstaates auf das Recht des Gründungsstaates (Deutschland) im Hinblick auf die EuGH Rechtsprechung zwingend<sup>127</sup>. Da das deutsche Kollisionsrecht gem. Art. 4 Abs. 1 EGBGB den Rückverweis annimmt, kommt in jedem Falle deutsches Gründungsrecht zur Anwendung. Durch die EuGH Rechtsprechung zu den Zuzugsfällen wurde daher die Sitztheorie in ihrer kollisionsrechtlichen Sprengkraft neutralisiert, wenn eine deutsche Gesellschaft ihren Verwaltungssitz ins EU Ausland verlegt. Das Problem der Wegzugsfälle liegt daher nicht mehr auf kollisionsrechtlicher, sondern ausschließlich auf sachrechtlicher Ebene. Dort und nur dort stellt sich die Frage, ob und inwieweit Deutschland als Gründungsstaat die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes seiner Gesellschaften ins Ausland ver- oder behindern darf. Die wohl noch h.M. hält Beschränkungen im Hinblick auf die *Daily Mail* Rechtsprechung weiterhin für zulässig<sup>128</sup>. Im Lichte der neueren Urteile des EuGH in Sachen „*Baars*“<sup>129</sup> und „*Lasteyrie du Saillant*“<sup>130</sup> ist diese Auffassung nach meiner Einschätzung jedoch nicht mehr uneingeschränkt haltbar<sup>131</sup>.

## V. Gründungstheorie auf staatsvertraglicher Grundlage

Für außereuropäische Gesellschaften bleibt trotz Entscheidungstrias des EuGH in jedem Falle alles beim alten<sup>132</sup>. Die Niederlassungsfreiheit des EGV erfaßt nur Gesellschaften, die nach dem Recht eines EU Mitgliedstaates rechtmäßig gegründet wurden (Art. 48 EGV). Das deutsche Kollisionsrecht ist daher nicht gehindert, bezüglich dieser Gesellschaften weiterhin die Sitztheorie zugrunde zu legen. Einschränkungen der Sitztheorie können sich jedoch aus anderen Rechtsquellen, insbesondere Staatsverträgen ergeben. Die Sitztheorie tritt dann als allgemeine Kollisionsnorm unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 EGBGB hinter die entsprechenden staatsvertraglichen Sonderregelungen zurück, sofern diese das Gründungsstatut maßgeblich sein lassen<sup>133</sup>. Prominentester Fall einer staatsvertraglichen Sonderregelung ist der deutsch-amerikanische Freundschafts-, Handels- und

127 OLG Hamm, NZG 2001, 562.

128 EuGH v. 27.9.1988 (*Daily Mail*) – Rs 81/87 – JZ 1989, 384, Rn. 70; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 43 EGV Rn. 104; *Sandrock*, BB 2003, 2588 (2589); *Lutter*, BB 2003, 7 (10); *Schwark*, AG 2004, 173 (178); *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 630 ff.; a.A *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (803); *Wagner*, GmbHR 2003, 684 (691); *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325 (353 ff.).

129 EuGH v 13.4.2000 (*Baars*) – Rs. C-251/98, ZIP 2000, 697.

130 EuGH v. 11.3.2004 (*Lasteyrie du Saillant*) – C 9/02, NJW 2004, 2439 (Anmerkungen von Kleinert/Probst, NJW 2004, 2425 ff.).

131 Vgl. hierzu die Ausführungen unter § 2 B I 3 a cc.

132 Deutlich insofern BGH v. 29.1.2003 – VIII ZR 155/02 - ZIP 2003, 720 (721); Im Schrifttum wird hingegen verstärkt ein grundsätzlicher Wechsel hin zum Gründungsstatut auch im Verhältnis zu Drittstaaten befürwortet, vgl. etwa *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2244); *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (935 f.); *Kindler*, NJW 2003, 1073 (1079); *Dammann*, *RabelsZ* 2004, 607.

133 *Hüffer*, *AktG*, § 1 Rn. 35.

Schiffahrtsvertrag vom 29.10.1954<sup>134</sup>. Gestützt auf diesen Vertrag entschied der VIII. Zivilsenat des BGH in einem vielbeachteten Urteil vom 29. Januar 2003, daß einer nach dem Recht des Staates Florida rechtmäßig gegründeten Kapitalgesellschaft (*corporation*) auch dann in Deutschland die volle Rechts- und Parteifähigkeit zukomme, wenn sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat<sup>135</sup>. Der Freundschaftsvertrag enthalte eine das deutsche internationale Privatrecht überlagernde Kollisionsnorm, die an das Gründungsrecht anknüpft<sup>136</sup>. Denn wenn Inländergleichbehandlung, Meistbegünstigung und Niederlassungsfreiheit vereinbart seien und eine Gesellschaft sich demgemäß in einem anderen Land geschäftlich betätigen dürfe, könne ihr dort nicht die Rechtspersönlichkeit abgesprochen werden, die ihr nach dem Recht des Staates zusteht, in dem sie errichtet worden ist<sup>137</sup>. Nach der erneuten Bestätigung der Rechtsauffassung durch den BGH darf das Gründungsrecht im Verhältnis zu den USA als gefestigte Rechtslage gelten<sup>138</sup>.

Unpräzise bleibt der BGH allerdings hinsichtlich der Grundlage, auf die er das Gründungsstatut in concreto stützt. Zwar führt er explizit Art. XXV Abs. 5 S. 2<sup>139</sup> des Freundschaftsvertrages an, zu dessen Auslegung in seinem Sinne er die Präambel, und die Art. V Abs. 5 VI Abs. 1 VII Abs. 1 und IX Abs. 4 des Vertrages heranzieht. Wenn der BGH aber zugleich hinsichtlich der in Art. VII Abs. 1 des Vertrages niedergelegten Niederlassungsfreiheit mit einer Anleihe an die *Überseering* Entscheidung des EuGH feststellt, daß diese die volle Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit zum Inhalt habe, so liegt der Schluß nahe, daß in Art. VII Abs. 1 des Vertrages selbst eine hinreichende Rechtsgrundlage für das Gründungsstatut gesehen werden kann<sup>140</sup>. Für die gegenständliche Untersuchung kann diese Frage jedoch dahinstehen, denn maßgeblich ist alleine, daß auch US-Gesellschaften ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen können, ohne Einbußen in ihrer Rechts- und Parteifähigkeit fürchten zu müssen. Für die Vermeidungsstrategien, Gegenstand

134 BGBl. II (1956), S. 487.

135 BGH v. 29.1.2003 - VIII ZR 155/02 - ZIP 2003, 720 = BB 2003, 810 mit Anm. *Kindler, Bungert*, WM 1995, 2125 (2128 ff.); *Bungert*, DB 2003, 1043 f.; *Ebke*, JZ 2003, 927 (929 f.); *Mankowski*, EWIR 2003, 661; *Merkt*, RIW 2003, 458; *Meilicke* GmbHR 2003, 793, 799; ähnlich bereits schon BGH v. 23.4.2002 - XI ZR 136/01 - NJW-RR 2002, 1359 f.

136 Ablehnende Stimmen im Schrifttum wollen dem Freundschaftsvertrag nur eine fremdenrechtliche Bedeutung zumessen, welche nur dann zum Tragen käme, wenn die Anwendbarkeit des Rechts des Vertragsstaates nach eigenem Kollisionsrecht feststeht, vgl. *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 210; *Ebke*, RabelsZ 62 (1998), 209 (211); anders allerdings nach dem Urteil, *ders.*, JZ 2003, 927 (929 f.).

137 BGH v. 29.1.2003 - VIII ZR 155/02 - ZIP 2003, 720 (721), damit verwirft der BGH auch die noch vom OLG Düsseldorf vertretene Einschränkung, daß die Gründungstheorie im Falle der rechtsmißbräuchlichen Umgehungsgründung einer amerikanischen Briefkastenfirma nicht gelte, OLG Düsseldorf v. 15.12.1994 - 15 U 173/96 - ZIP 1995, 1009 dazu *Ebenroth/Willburger*, EWIR 1995, 583; *MüKo/Kindler*, IntGesR, Rn. 253.

138 BGH Urteil v. 5.7.2004 - II ZR 389/02 - ZIP 2004, 1549; BFH v. 29.1.2003 - I R 6/99 - GmbHR 2003, 722.

139 Art. XXV Abs. 5 im Wortlaut: „Gesellschaften, die gemäß den Gesetzen und sonstigen Vorschriften des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, gelten als Gesellschaften dieses Vertragsteils; ihr rechtlicher Status wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils anerkannt“.

140 *Ebke*, JZ 2003, 927 (929).

des folgenden Abschnitts, sind *US Corporations* damit in gleichem Maße geeignet wie Gesellschaftsformen der EU Mitgliedstaaten<sup>141</sup>.

---

141 Beispiele für amerikanische Gesellschaften, die ihre wirtschaftlichen Aktivitäten in Deutschland als US-corporations betreiben sind etwa Dow Chemical, United Parcel Service und Ramada, *Neubürger*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 123 (133).



## § 2 Mitbestimmungsvermeidungsstrategien

### A. Ausgangslage

#### I. Nachteilige Auswirkungen der Mitbestimmung

Wenn in der Rechtsliteratur von einer „Flucht aus der Mitbestimmung“<sup>142</sup> die Rede ist, wird implizit vorausgesetzt, daß deutsche Unternehmen die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat als Last empfinden. Flucht ist schließlich ein menschliches Verhalten im Angesicht einer feindlichen Übermacht oder – allgemeiner gefaßt – das Entweichen vor einer als nachteilig empfundenen Situation. Bevor wir uns dem Fluchtverhalten selbst zuwenden, ist es wichtig, die Motive aufzuzeigen, die diesem Bestreben zugrunde liegen.

Mitbestimmung verursacht Kosten<sup>143</sup>. Das ist unstrittig, sofern es um die Kosten geht, die dem Unternehmen durch das aufwendige Wahlverfahren, die damit verbundenen Arbeitsausfälle der Arbeitnehmer sowie durch die Aufwandsentschädigungen der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat entstehen. Massiver Kritik ist hier insbesondere die Delegiertenwahl<sup>144</sup> ausgesetzt. Reise und Aufenthalt der Delegierten, die Saalmiete und weitere sachliche Mittel summieren sich oft zu einem enormen Kostenpunkt für die Unternehmen.

Schwieriger faßbar und dementsprechend umstritten sind die finanziellen Auswirkungen der Arbeitnehmerbeteiligung an den Entscheidungen selbst. Die Unternehmen verweisen hier auf Kosten, die durch Verzögerungen der Entscheidungsprozesse entstehen, wenn beispielsweise eine Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 AktG notwendig ist. Auch Entscheidungen, die aus ökonomischer Sicht unvernünftig sind und nur durch den Einfluß der Arbeitnehmerbank zugunsten der deutschen Belegschaft durchgesetzt werden, schlagen negativ zu Buche.

Ein nicht in Münze meßbarer Nachteil der Mitbestimmung liegt in der mangelhaften Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats unter dem Blickwinkel einer gut funktionierenden *Corporate Governance*<sup>145</sup>. Die Mitbestimmungsgesetze sehen für mitbestimmte Aufsichtsräte verbindliche Größen vor. Daß ein 16-köpfiges Gremium seiner Kontrollfunktion nicht gleichermaßen effektiv nachkommen kann wie ein kleiner Kreis gut eingearbeiteter Fachleute, liegt auf der Hand<sup>146</sup>. Gerade die verbindlichen

---

142 So etwa *Heinze*, ZGR 2002, 66 (69); *Hopt*, ZGR 1992, 265 (278); *Kolvenbach*, DB 1988, 1837 (1840).

143 *Neubürger*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 123 (126).

144 Für die Abschaffung der obligatorischen Delegiertenwahl: BDA in Stellungnahme zum DrittelbG v. 20.10.2003, *Seibt*, NZA 2004, 767 (768); *Rieble*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9 (29).

145 Eine lesenswerte Analyse der Überwachungseffizienz des mitbestimmten Aufsichtsrats findet sich bei *v. Werder*, AG 2004, 166 (167 ff.).

146 *Schwalbach*, AG 2004, 186 (187); *Neubürger*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 123 (129).

Mitbestimmungsvorgaben machen eine Anpassung des Kontrollorgans an die Bedürfnisse des jeweiligen Unternehmens aber unmöglich. Auch die mangelhafte Qualifikation der Arbeitnehmervertreter wird in diesem Zusammenhang kritisiert<sup>147</sup>.

Diesen Nachteilen stehen freilich auch Vorteile gegenüber<sup>148</sup>. So wird argumentiert, daß die Einbindung der Arbeitnehmer in Entscheidungsprozesse die Identifikation der Arbeitnehmer mit dem Unternehmen fördere, das Verantwortungsbewußtsein stärke und insgesamt eine effektive und spannungsfreie Arbeitsatmosphäre begünstige. Die Mitbestimmung führe auch zu einer deutlich höheren Akzeptanz von Unternehmensentscheidungen, indem sie Arbeitnehmer und Gewerkschaften in die ökonomischen Sachzwänge des Unternehmens integriere und dabei Verantwortung teile. So würden Strukturveränderungen zumindest in der Durchführung erleichtert. Nutzen bringe die Mitbestimmung ferner dadurch, daß sie den unmittelbaren Informationsfluß zwischen Arbeitnehmern und Unternehmensleitung sicherstelle und so eine direkte Einbringung von Innovationsimpulsen von den Arbeitnehmern in die Unternehmensleitung erleichtere. Insgesamt sprächen – neben den gesellschaftspolitischen Zielen – auch betriebswirtschaftliche Erkenntnisse dafür, daß kooperative Unternehmensführung wirtschaftliche Vorteile bringt<sup>149</sup>.

Allerdings muß betont werden, daß die genannten Vorteile zu einem guten Teil bereits durch die betriebliche Mitbestimmung hinreichend verwirklicht werden. Den spezifischen Gewinn der Mitbestimmung auf Unternehmensebene zu verdeutlichen, bleiben deren Lobredner oftmals schuldig<sup>150</sup>.

Strittig ist die Gesamtbilanz der Unternehmensmitbestimmung unter Abwägung der genannten Vorzüge und Nachteile. In Gewerkschaftskreisen herrscht die Einschätzung vor, die finanziellen Vorteile würden die Nachteile zumindest kompensieren, insgesamt wäre die Mitbestimmung also wenigstens kostenneutral. Andere sprechen sogar von einem Standortvorteil<sup>151</sup>. Diese Einschätzung überrascht insofern, als im gleichen Zuge eine Mitbestimmung auf freiwilliger Basis kategorisch abgelehnt wird. Wenn die Unternehmensmitbestimmung insgesamt ökonomisch vorteilhaft wäre, so würde sie sich auch auf freiwilliger Basis im Markt durchsetzen, ohne daß es hierzu eines gesetzlichen Zwangs bedürfte<sup>152</sup>. Allenfalls wäre dann unter dem Gesichtspunkt „Hilfe zur Selbsthilfe“ der gesetzliche Zwang bei erstmaliger Einführung in einem Unternehmen zu rechtfertigen.

---

147 *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 271 (272 f.); *Neubürger*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 123 (129); v. *Werder*, AG 2004, 166 (170); *Säcker*, AG 2004, 180 (182 ff.); gegen „pauschale Kritik“ hingegen *Schmoldt*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 141 (143 f.).

148 Zu einer insgesamt positiven Bewertung gelangt noch im Jahre 1998 die „Kommission Mitbestimmung“ (Gemeinschaftsprojekt der Bertelsmann Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung), vgl. Bericht der Kommission Mitbestimmung, S. 8 ff. und S. 113 ff.

149 *Niklas*, NZA 2004, 1200 (1204).

150 Eine eigenartige Beweislastumkehr vollzieht hier Schwalbach: „Wer die Mitbestimmung abschaffen möchte, muß belegen, daß dadurch das Unternehmensergebnis verbessert wird“, zitiert nach *Girndt*, Mitbestimmung 2004, 50 (53).

151 Bericht der Kommission Mitbestimmung, S. 114; *Schumann*, FS Däubler, 399 (404 f.); *Schmoldt*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 141 (144).

152 Die Angst vor einer Flucht aus der Mitbestimmung ist dann unbegründet oder das heimliche Eingeständnis, daß die Vorteile der Mitbestimmung wohl nicht überwiegen.

Letztlich muß die Abwägung hier nicht zu ihrem Ende geführt werden, denn ob es nun primär die Kosten sind, eine grundsätzliche Ablehnung der als zeitraubend empfundenen Einbindung von Arbeitnehmervertretern in Entscheidungsprozesse der Unternehmensleitung oder ein Motivbündel, mag dahinstehen. Fakt ist: unter den Entscheidungsträgern in Unternehmen ist der Wunsch, das Unternehmen aus der Mitbestimmungspflicht zu lösen, nicht selten anzutreffen<sup>153</sup>.

## II. Mitbestimmung als Kriterium der Standort- und der Rechtsformwahl

### 1. Die Anwendungsbeschränkungen

Das deutsche Mitbestimmungsrecht ist von seiner grundsätzlichen Struktur her nicht darauf angelegt, in jedem Unternehmen Mitbestimmung zu erzwingen. Im Gegenteil: Nur genau bezeichnete Unternehmensformen mit einer Mindestzahl von Beschäftigten werden vom Mitbestimmungszwang erfaßt (§ 1 Abs. 1 MitbestG; § 1 Abs. 1 DrittelbG). Auch Tendenzunternehmen und Religionsgemeinschaften sowie deren karitative und erzieherische Einrichtungen sind vom Anwendungsbereich der Mitbestimmung ausgenommen (§ 1 Abs. 4 MitbestG; § 1 Abs. 2 Nr. 2 DrittelbG), wenn sie unmittelbar und überwiegend verfassungsrechtlich geschützten Zielen dienen<sup>154</sup>.

Diese Anwendungsbeschränkungen beruhen auf verschiedenen Gesichtspunkten. So bleiben z.B. Personengesellschaften und Einzelunternehmen bei der Unternehmensmitbestimmung außen vor, da die Geschäftsführerstellung gesetzlich zugewiesen ist (§§ 114, 164 HGB) und eine verschuldensunabhängige persönliche Haftung<sup>155</sup> der Inhaber bzw. der Komplementäre nur denkbar ist, wenn diese für ihre Entscheidungen allein verantwortlich zeichnen<sup>156</sup>. Die Schwellenwerte erklären sich vor allem in dem Bestreben, kleinere Unternehmen von den Belastungen der Mitbestimmung auszunehmen. Ferner verkörpern sie auch den Gedanken, daß die Notwendigkeit einer Organmitbestimmung mit der Anonymisierung in Unternehmen wächst und dementsprechend die Arbeitnehmerstärke ein taugliches Abgrenzungskriterium darstellt<sup>157</sup>.

Damit bieten sich schon unter deutschem Gesellschaftsstatut vielfache Ansatzpunkte, der Mitbestimmung auszuweichen oder ihre Intensität zu beeinflussen. So kann sich ein deutsches Unternehmen in nicht erfaßten Rechtsformen (z.B. OHG,

153 Gleichwohl wird diese Auffassung – wegen der Abhängigkeit vom Aufsichtsrat bei der nächsten Vorstandswahl – sehr zurückhaltend in der Öffentlichkeit geäußert.

154 *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 1 51; *GKAktG/Oetker*, MitbestG, § 1 Rn. 23; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 1 Rn. 33; *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 43 ff.; zur „Geprägetheorie“ vgl. *Wiedemann*, BB 1978, 5 (9); OLG Hamburg, BB 1982, 332.

155 BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BVR 532, 533/77 – BVerfGE 50, 290 (348).

156 Zur Diskussion über die Unvereinbarkeit von persönlicher Haftung und Mitbestimmung vgl. *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 4; *Däubler*, Grundrecht, S. 348; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 1 Rn. 32; *Rittner*, JZ 1975, 457 f.

157 Unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftspolitischen Bedeutung eines Unternehmens ist die Arbeitnehmerstärke nur ein Indiz unter vielen und unter Umständen, wie das klassische Beispiel der Raffinerien zeigt, auch als Indiz ungeeignet, *Wißmann*, FS Däubler, S. 385.

einer Stiftung & Co. KG etc.) organisieren<sup>158</sup> oder seine Beschäftigtenzahl unterhalb des Schwellenwertes von 500 Arbeitnehmern halten. Denkbar ist es auch, in einem Unternehmen gezielt den Tendenzbezug in erforderlichem Maße einzurichten und so unabhängig von Rechtsform oder Arbeitnehmerstärke aus der Mitbestimmungspflicht zu entkommen.

## 2. Sicherungsbemühungen des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber hat das Erosionspotential der Anwendungsgrenzen durchaus erkannt, es im Grundsatz gebilligt und nur für Sonderprobleme der Unternehmensumstrukturierung und für Konzernsachverhalte allerdings wiederum lückenhafte Regelungen geschaffen<sup>159</sup>. Ziel dieser Gesetzesinterventionen war nie ein in sich stimmiges Anwendungskonzept. Der Gesetzgeber versuchte vielmehr nach der Feuerlöschermethode, konkret auftretenden Einzelfallproblemen durch gesetzgeberische Vorkehrungen Herr zu werden<sup>160</sup>. Bezweckt wurde stets die Absicherung des Status quo, also des in einem Unternehmen bestehenden Mitbestimmungssystems. Zum Teil sind die Vorkehrungen praktisch bedeutsam und in ihrer Sperrwirkung gegen Umgehungen sehr effektiv. So werden etwa Konzernsachverhalte durch die §§ 1 Abs. 4 und 5 MitbestG und § 2 Abs. 1 DrittelbG in der Mitbestimmung gehalten. Auch die Flucht in die Personalgesellschaft GmbH & Co. KG wird durch die §§ 4 und 5 Abs. 2 mitbestimmungsneutral. Mit anderen Maßnahmen versuchte der Gesetzgeber Mitbestimmungserosionen zu vermeiden oder zu mindern, die er selbst durch Änderungen auf anderen Rechtsgebieten ermöglicht hat<sup>161</sup>. Bei diesen kompensatorischen Sicherungsbemühungen fehlte dem Gesetzgeber aber bedauerlicherweise oftmals das rechte Augenmaß. Paradebeispiel solcher sinn- und systemwidriger Mitbestimmungsgesetzgebung ist das Mitbestimmungsbeibehaltungsgesetz aus dem Jahre 1994. Grund dieses Gesetzes war die Umsetzung der Fusionsrichtlinie der EG<sup>162</sup>, durch welche die grenzüberschreitende Übertragung von Betrieben steuerrechtlich erheblich erleichtert wurde. Damit entstand das Problem, daß die für das abgebende Unternehmen mit dem Betriebsübergang verbundene Mitbestimmungseinbuße nicht mehr – wie bei rein innerdeutschen Betriebsübergängen – durch entsprechende Mitbestimmungserweiterung beim aufnehmenden Unternehmen kompensiert wurde<sup>163</sup>. Da es dem Gesetzgeber verwehrt ist, die Fortgeltung der Mitbestimmung im ausländischen Unternehmen zu sichern, entschloß er sich, beim verbleibenden innerdeutschen Unternehmen anzusetzen und diesbezüglich festzuschreiben, daß der Betriebsübergang als nicht geschehen gilt, sofern die Mindestarbeitnehmerzahl nicht um mehr als  $\frac{3}{4}$  unterschritten wird (§ 2 Abs. 2 MitbestBeiG).

---

158 Bekannte Beispiele für mitbestimmungsfreie Unternehmen von großer wirtschaftlicher Bedeutung sind Aldi und Zeiss.

159 *Hennsler, ZfA 2000, 241 (247)*.

160 Dieser Einzelproblemebezug kommt in den inoffiziellen Namen zweier Sicherungsgesetze „lex Rhestahl“ und „2. lex Mannesmann“ treffend zum Ausdruck, *Wißmann*, FS Däubler, 385 (388).

161 Vgl. zu weiteren Sicherungsgesetzen *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 1 Rn. 14; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 1 Fn. 8; *Meilicke/Meilicke*, MitbestG, § 1 Rn. 3.

162 RL 90/434/EWG v. 23.7.1990, Abl. Nr. L 225 v. 20.8.90, S. 1.

163 *Wißmann*, FS Däubler, 385 (389).

Diese Regelung ist nach meinem Dafürhalten nicht nur unsinnig, sondern verfassungswidrig. Unsinnig ist sie, da der Gesetzgeber mit der Fiktion fort-dauernder Unternehmenszugehörigkeit von aus dem Unternehmen ausgeschiedenen Betrieben den Boden der Tatsachen verläßt und „Geisterbelegschaften“ (allerdings ohne Stimmrecht) schafft, die im bisherigen Arbeitsrecht ohne Beispiel sind<sup>164</sup>. Verfassungswidrig wird diese Konstruktion unter dem Blickwinkel der Schlechterstellung des abgebenden Unternehmens gegenüber anderen Unternehmen, die bei gleicher Arbeitnehmerstärke nicht der Unternehmensmitbestimmung unterliegen. Sachlich könnte eine differenzierte gesetzliche Behandlung zwar grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes gerechtfertigt werden, allerdings nur für einen Übergangszeitraum, wie ihn etwa § 325 Abs. 1 für Spaltungskonstellationen vorsieht. Eine dauerhafte Schlechterstellung ist nicht zu rechtfertigen.

Auch andere Widersprüche und Ungleichheiten im deutschen Mitbestimmungssystem beruhen auf einem falsch verstandenen Besitzstandsdenken. Paradebeispiel hierfür ist die Sonderregel des § 1 Abs. 1 Nr. 1 DrittelbG, wonach der Schwellenwert von mehr als 500 Arbeitnehmern nicht auf sogenannte Altgesellschaften (Registereintragung vor dem 10. August 1994) Anwendung findet, es sei denn, bei den Altgesellschaften handelt es sich um Familiengesellschaften<sup>165</sup>. Schon das Normgebungsmotiv, also das Bestreben, die bestehende Mitbestimmung in bestimmten Gesellschaften trotz Gesetzesänderung aufrechtzuerhalten, ist kritikwürdig. Zweifelhaft ist nämlich, ob die Unternehmensmitbestimmung überhaupt einen „Besitzstand“ begründen kann, denn dies setzt notwendigerweise einen Vertrauenstatbestand voraus, der eine Aufrechterhaltung des Status quo im Einzelfall rechtfertigt. Das Aufsichtsratsmandat selbst ist ein untaugliches Objekt für Besitzstandsüberlegungen, da dieses zeitlich befristet ist und im übrigen von einem wirksamen Wahlakt (also der Entscheidung Dritter) abhängig ist. Denkbar ist es daher nur, in der Partizipation der Arbeitnehmerschaft selbst einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand zu sehen. Dies ist aber insofern problematisch, als Vertrauen nur individualisiert möglich ist, die Partizipation aber nicht kollektiv, sondern repräsentativ wahrgenommen wird. Der einzelne Arbeitnehmer könnte also nur auf den Bestand seines Rechtes, d.h. seines Wahlrechtes vertrauen. Ein relevanter Vertrauenstatbestand scheidet vor allem aber auch deshalb aus, weil das Gesetz selbst eine einseitige Beendigung der Mitbestimmung durch Wechsel in eine mitbestimmungsfreie Rechtsform ermöglicht. Dies zeigt, daß die Sonderbehandlung von Altgesellschaften nicht einem echten Bedürfnis Rechnung trägt, sondern das Ergebnis eines politischen Kompromisses ist; eines Kompromisses, der zu Lasten von „Altgesellschaften“ geht, ohne daß die daraus resultierende Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt wäre<sup>166</sup>.

---

164 *Wißmann*, FS Däubler, 385 (389).

165 Damit wurde die vormalig in § 76 VI BetrVG 1952 enthaltene Regelung (dort eingeführt durch Gesetz vom 2.8.1994, BBG I S. 1961) unverändert in das DrittelbG übernommen; darüber enttäuscht äußert sich *Seibt*, NZA 2004, 767 (768).

166 Ein besserer Ansatz wäre es gewesen, die „Altfälle“ durch eine gesetzliche Fortführungsoption zu lösen. So wäre in Gesellschaften, in denen die Zusammenarbeit im Aufsichtsrat arbeitgeber- und arbeitnehmerseitig als vorteilhaft gesehen wird, ein Fortbestand des bestehenden Mitbestimmungssystems möglich gewesen.

Schließlich sei angemerkt, daß die Norm durch das formale Abgrenzungskriterium der Registereintragung auch über das für einen Bestandschutz Notwendige hinausgeht, da hierbei auch Aktiengesellschaften erfaßt werden, deren Aufsichtsrat am Stichtag nicht mitbestimmt war. Das formale Abgrenzungskriterium erleichtert jedoch auch den „Umgang“ mit der Sondervorschrift: So kann eine mitbestimmungspflichtige Altgesellschaft mit weniger als 501 Arbeitnehmern auf eine Neugesellschaft verschmolzen und damit die Mitbestimmungspflicht beseitigt werden<sup>167</sup>.

Ebenfalls stark kritisiert wird in diesem Zusammenhang § 325 Abs. 1 UmwG<sup>168</sup>. Auch die zeitlich auf fünf Jahre begrenzte Perpetuierung des Mitbestimmungsniveaus muß sich derselben Kritik stellen, daß der „Bestandsschutz“, also die Tatsache, ob eine Gesellschaft vormals mitbestimmt war oder nicht, kein tauglicher Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung von Unternehmen ist. Die finanzielle und organisatorische Bürde der Unternehmensmitbestimmung muß an formale und für alle Unternehmen gleich geltende Voraussetzungen gekoppelt sein.

Kaum der Kritik ausgesetzt ist die Übergangsvorschrift § 203 UmwG. Diese soll eine aufsichtsratslose Zeit verhindern und regelt zu diesem Zwecke die Amtsdauer eines mitbestimmten Aufsichtsrates bei dem Wechsel der Gesellschaft in eine ebenfalls mitbestimmte Rechtsform. Insgesamt kann festgestellt werden, dass die gesetzliche Mitbestimmungssicherung unvollständig ist und in ihrer Systematik nicht überzeugt. So wurde beispielsweise nie erwogen, die offenste Flanke der Mitbestimmung zu schließen: Der Wechsel in eine vom Rechtsformkatalog des § 1 Abs. 1 MitbestG nicht erfaßte Rechtsform gem. §§ 190 UmwG hat den unmittelbaren Fortfall der Mitbestimmung zur Folge<sup>169</sup>.

### 3. Sachlicher Grund für Unternehmensgestaltung erforderlich?

Zum Teil wird daher in der Rechtsliteratur diskutiert, der Unternehmensgestaltung unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung Grenzen zu setzen, wenn sich die Maßnahme als ein Mißbrauch der den Anteilseignern gesetzlich gewährten Gestaltungsmacht erweise<sup>170</sup>. Allerdings gestaltet sich die Abgrenzung zwischen zulässiger Unternehmensorganisation und Mißbrauch des Gestaltungsfreiraums als schwierig. Vorgeschlagen wird, eine Organisationsentscheidung danach zu bewerten, ob „vernünftige“ oder „sachliche“ Gründe<sup>171</sup> dafür sprächen oder ob sie „wider alle wirtschaftliche Vernunft“ getroffen worden sei<sup>172</sup>. Dies gelte für Konstellationen, in denen die Arbeitnehmerstärke gezielt knapp unterhalb der Mitbestimmungsschwellwerte gehalten wird, ebenso wie für Entscheidungen, die die Rechtsform betreffen

---

167 ErfKomArb/Oetker, § 1 DrittelbG Rn. 5.

168 Vgl. hierzu Hensler, ZFA 2000, 241 (247 ff.); Wißmann, FS Däubler, S. 385 (388 f.); Lutter/Decher, UmwG, § 203 Rn. 3 ff.; Lutter/Joost, UmwG, § 325 Rn. 2 f.

169 Hensler, ZFA 2000, 241 (255); Ihring/Schlitt, NZG 1999, 333.

170 Raiser, MitbestG, § 1 Rn. 50.

171 OLG Celle, BB 1979, 1578; LG Düsseldorf, BB 1980, 854.

172 Raiser, MitbestG, § 1 Rn. 50.

und in deren Folge die Mitbestimmung in ihrem Bestand oder in ihrer Intensität beeinträchtigt wird<sup>173</sup>.

Richtigerweise ist eine Einschränkung des Gestaltungsfreiraums der Unternehmen unter dem Blickwinkel der Gesetzesumgehung aber insgesamt abzulehnen<sup>174</sup>. Unternehmensentscheidungen, die nach gesetztem Recht erlaubt sind, unterliegen nicht der Kontrolle durch die Gerichte. Der Grundsatz der freien Unternehmerentscheidung ist verfassungsrechtlich geschützt (Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG). Er beruht darauf, daß das Unternehmen das wirtschaftliche Risiko für die zweckmäßige Einrichtung und Gestaltung seiner Unternehmensorganisation trägt.

Zwar gibt es durchaus im Arbeitsrecht Bereiche – etwa die betriebsbedingte Kündigung –, in denen eine grundsätzlich zulässige Entscheidung zulasten der Arbeitnehmer unzulässig wird, sofern sie von willkürlichen und offenbar unsachlichen Gründen getragen wird<sup>175</sup>. Der Vergleich mit der betriebsbedingten Kündigung wäre jedoch verfehlt. Für die Schwellwerte ergibt sich schon ein umgekehrtes Bild: Nicht die Entlassung eines Arbeitnehmers sondern die Nichteinstellung des 500. Arbeitnehmers würde der gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Aber auch bei der Rechtsformwahl ist eine inhaltlich grundverschiedene Interessenlage auszumachen. Denn mit der Entscheidung, das Unternehmen in eine mitbestimmungsfreie Rechtsform umzuwandeln, wird nicht etwa in eine individuelle Rechtsposition eingegriffen, sondern es werden lediglich die gesetzlichen Anwendungsvoraussetzungen der institutionellen Mitwirkung der gesamten Arbeitnehmerschaft eines Unternehmens modifiziert. Die Beschränkung der grundgesetzlich garantierten Unternehmerfreiheit muß aber dort ihre Grenzen finden, wo individuelle Rechte nicht betroffen sind. D.h. sofern die Mitbestimmungsgesetze Anwendbarkeitsgrenzen vorsehen, ist es zulässig, daß die betroffenen Akteure diese nach ihrem Ermessen ausschöpfen<sup>176</sup>. Eine Rechtfertigungspflicht besteht nicht.

## B. Die auslandsbezogenen Vermeidungsstrategien

War im Voranstehenden von der Ausnutzung innerdeutscher Mitbestimmungsgrenzen die Rede, soll im Folgenden analysiert werden, welche Optionen sich im Hinblick auf die gestärkte Niederlassungsfreiheit im europäischen Wirtschaftsraum bieten, mittels einer ausländischen Gesellschaft die Unternehmensmitbestimmung zu vermeiden.

173 *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 1 Rn. 26 ff., *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 50, *Wiedemann*, ZGR 1977, 160 (166); *Bayer*, ZGR 1977, 173 (179); *Lutter*, ZGR 1977, 195 (201).

174 So auch *Hennsler*, ZfA 2000, 241 (244 f.).

175 Ständige Rechtsprechung BAG v. 17.6.1999 – 2 AZR 522/98 – NJW 2000, 378 m.w.N.

176 So auch OLG Naumburg v. 6. Feb 1997 – RZ – AB 1998, 430 f = NZA RR 1997, 177 ff.: Das Gericht lehnte es explizit ab, die Umwandlung einer dem BetrVG 1952 unterstehenden AG in eine (wegen zu geringer Arbeitnehmerzahl) mitbestimmungsfreie GmbH als rechtsmißbräuchlich zu sanktionieren. Eine wegen § 242 BGB unzulässige Ausübung des Umwandlungsrechts könne nicht festgestellt werden, da der Gesetzgeber selbst die mit der formwechselnden Umwandlung verbundene Konsequenz eines Wegfalls der Arbeitnehmermitbestimmung gesehen und im Hinblick auf wirtschaftliche und gesellschaftsrechtliche Notwendigkeiten hingenommen habe; vgl. auch *Oetker*, ZGR 2000, 19 (38 f.).

Hierbei sollen – unter der Annahme der Mitbestimmungsfreiheit ausländischer Gesellschaften – in einem ersten Schritt die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten aufgeführt und damit verbundene Probleme thematisiert werden. In einem zweiten Schritt werden die Vorschläge untersucht, wie den grundsätzlich möglichen Umgehungsstrategien mit dem Ziel begegnet werden könnte, der Mitbestimmung auch in ausländischen Gesellschaften mit mitbestimmungsrelevanter inländischer Arbeitnehmerschaft breite Anwendung zu verschaffen.

## **I. Auslandsgesellschaft**

Auslandsgesellschaften werden in der gegenwärtigen Rechtspraxis von der deutschen Mitbestimmung grundsätzlich nicht erfaßt. Diese Rechtslage kann bei der Gestaltung der Unternehmensstruktur verschiedenartig ausgenutzt werden, um die Unternehmensspitze, also den Rechtsträger, in dem die unternehmensweit maßgeblichen Entscheidungen getroffen werden, oder auch das gesamte Unternehmen aus der Mitbestimmungspflicht zu lösen.

### **1. Neugründungen in ausländischer Rechtsform**

Am einfachsten stellt sich die Situation bei Neuinvestitionen dar. Der Investor kann sich hierbei ausländischer Rechtsformen bedienen, beispielsweise einer private *limited company* britischen Rechts<sup>177</sup>. Gleichgültig ist hierbei, ob der tatsächliche Verwaltungssitz im Inland oder Ausland liegt. Wird die Neuinvestition als ausländische Tochtergesellschaft der deutschen Konzernmutter getätigt, findet eine Zurechnung nach § 5 Abs. 1 MitbestG nicht statt, denn nach geltender Rechtslage werden ausländische Gesellschaften von den deutschen Mitbestimmungsgesetzen grundsätzlich nicht erfaßt<sup>178</sup>. Die Arbeitnehmer der neuen Gesellschaft bleiben bei der Mitbestimmung insgesamt unberücksichtigt. Große deutsche Unternehmen können damit schrittweise die inländische Mitbestimmung abbauen, indem sie Neuinvestitionen im Inland stets in ausländischen Rechtsformen tätigen.

### **2. Ausländische Holdinggesellschaft mit deutschen Tochtergesellschaften**

Eine bereits vor *Überseering* praktizierte Strategie besteht darin, die Unternehmensleitung in einer Holdinggesellschaft ausländischen Rechts anzusiedeln<sup>179</sup>. Die Gesellschafter veranlassen hierzu die Abtretung der an deutschen Tochterunternehmen bestehenden Anteile auf die Holdinggesellschaft<sup>180</sup>. Die neue Rechtslage macht diese Vermeidungsstrategie insofern attraktiver, als die ausländische Holdinggesellschaft nun ihren Verwaltungssitz auch im Inland nehmen kann und so mit dem rechtlichen Strukturumbau nicht notwendigerweise auch eine Standort-

---

177 Vgl. zur Struktur der private limited company *Kisker*, S. 37 ff., 56 ff.

178 Ganz h.M. LG Düsseldorf v. 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451 f.; *Raiser*, MitbestG, § 5 Rn. 29; *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 180 (184); *Lutter*, FS Zweigert, 251 (260); *MüKoBGB/Kindler*, IntGesR, Rn. 454.

179 So etwa bei der Fusion von Rhône-Poulenc S.A mit der Hoechst AG zur Aventis S.A. mit Sitz in Frankreich; *Neubürger*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 123 (132).

180 *Zimmer*, IntGesR, S. 151.

verlegung einhergehen muß. Die Holdingstrategie erreicht nur eine qualitative Mitbestimmungsminderung, keine quantitative. Die von der Holdinggesellschaft kontrollierten Tochtergesellschaften deutschen Rechts bleiben mitbestimmt. Die Mitbestimmung endet bei der inländischen Tochtergesellschaft, die der ausländischen Konzernmutter am nächsten steht (Teilkonzernspitze). Diese gilt dann als herrschendes Unternehmen i.S.v. § 5 Abs. 3 MitbestG<sup>181</sup>. Interessant ist diese Strategie daher nicht aus Gründen der Kostenersparnis, sondern der inhaltlichen Entscheidungsfreiheit. Da die wesentlichen Unternehmensentscheidungen in eine mitbestimmungsfreie Konzernspitze verlagert werden und die Tochtergesellschaften infolge der faktischen oder vertraglichen Konzernierung an die Vorgaben der Konzernleitung gebunden sind, wird die mitbestimmte Teilkonzernspitze auf eine bloße Zwischenholding ohne Leitungsfunktion reduziert, bei der die Mitbestimmung der Sache nach leer läuft<sup>182</sup>.

Echte Kostenersparnis ließe sich nur dadurch erreichen, daß die Mitbestimmung der deutschen Tochtergesellschaften sukzessive abgebaut wird, indem diese in selbständige Gesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern aufgespaltet (z.B. über § 123 Abs. 2 UmwG) und jeweils direkt der ausländischen Konzernmutter unterstellt werden. Zwar bliebe die Mitbestimmung in den von der Spaltung erfaßten Gesellschaften gem. § 325 Abs. 1 UmwG für einen Übergangszeitraum von 5 Jahren erhalten, wenn die Arbeitnehmerzahl auf nicht weniger als  $\frac{1}{4}$  der gesetzlichen Mindestzahl sinkt<sup>183</sup>. Nach Ablauf desselben entfällt die Mitbestimmung in den beteiligten Gesellschaften ersatzlos.

Zwar wäre es theoretisch denkbar, dieses Ergebnis dadurch zu korrigieren, daß die Arbeitnehmer der einzelnen deutschen Tochtergesellschaften zusammengerechnet werden und damit der Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern überschritten wird. Diese Korrektur ist nach geltendem Recht jedoch weder möglich noch wäre eine solche Zurechnung mit der Grundsystematik der Unternehmensmitbestimmung vereinbar.

§ 5 MitbestG ist eine Ausnahmenvorschrift zu dem Grundsatz, daß eine Kapitalgesellschaft nur dann mitbestimmungspflichtig ist, sofern sie selbst die Voraussetzungen des § 1 MitbestG erfüllt. § 5 MitbestG erlaubt jedoch nur eine vertikale, d.h. eine an der Abhängigkeit entlang verlaufende und keine horizontale Zurechnung innerhalb eines Konzerns<sup>184</sup>.

---

181 OLG Stuttgart, JZ 1995, 795; *Kronke*, IPRax 1995, 377 (378 f.); *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 514.

182 OLG Stuttgart, JZ 1995, 795; anders noch die Vorinstanz LG Stuttgart, BB 1983, 1541; *Zimmer*, NJW 2003, 3585 (3590). Zu der Problematik der internationalen Beherrschungsverträge vgl. *v. Zitzewitz*, S. 165 ff.; *Eidenmüller/Rehberg*, Ausländische Kapitalgesellschaften, S. 211 f.

183 *Lutter/Joost*, UmwG, § 325 Rn. 2; *Kallmeyer/Willemsen*, UmwG, § 325 Rn. 26 f.; hierzu auch *Heinze*, ZfA 1997, 1 (16).

184 Abgesehen von dem Fehlen einer adäquaten Rechtsgrundlage, widerspräche das horizontale Zusammenrechnen der Arbeitnehmerzahlen der inländischen Tochtergesellschaften auch dem Grundsatz, daß nur diejenigen Arbeitnehmer bei der Schwellenwertermittlung berücksichtigt und mit passivem und aktivem Wahlrecht ausgestattet werden, die von den Entscheidungen des zu wählenden Aufsichtsrates (wenigstens mittelbar) betroffen sind.

Eine ausländische Zwischenholding als Tochtergesellschaft einer inländischen Konzernmutter befreit nicht in vergleichbarer Weise von der Mitbestimmung. Für die deutschen Enkelgesellschaften gilt zwar oben Gesagtes entsprechend, das heißt ihre Mitbestimmungspflicht wird isoliert in Bezug auf die eigene Arbeitnehmerzahl ermittelt<sup>185</sup>. Die inländischen Enkelgesellschaften sind aber gem. § 17 Abs. 1 AktG mittelbar auch von der deutschen Konzernmutter abhängig und daher unter den Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 AktG Teil des von ihr geführten Konzerns<sup>186</sup>. Nach einhelliger Meinung werden dieser die Arbeitnehmer der deutschen Enkelgesellschaften trotz der dazwischen angesiedelten ausländischen Gesellschaft gem. § 5 Abs. 1 MitbestG zugerechnet<sup>187</sup>, denn die Verbindung von dem herrschenden Unternehmen zu seinen Untergesellschaften muß, um eine Zurechnung zu rechtfertigen, nicht ausschließlich durch inländische Zwischengesellschaften vermittelt werden<sup>188</sup>.

### 3. Transformation inländischer Gesellschaften in ausländische Gesellschaften

Die einfachste Möglichkeit, ein Unternehmen aus der Mitbestimmungspflicht zu lösen, bestünde natürlich darin, es in eine mitbestimmungsfreie ausländische Gesellschaft zu transformieren. Roth spricht vom „Ausflaggen deutscher Gesellschaften“<sup>189</sup>. Dies erfordert einen Wechsel des Gesellschaftsstatuts: So könnte etwa eine Gesellschaft deutschen Rechts mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland in eine *private limited company* britischen Rechts mit Verwaltungssitz in Deutschland umgewandelt werden. Die Mitbestimmung wäre im Augenblick des Rechtsformwechsels beendet. Übergangsfristen entfallen. Gleiches gilt, wenn eine deutsche Tochtergesellschaft als eigenständige Rechtspersönlichkeit aufgelöst und sodann als Zweigniederlassung der vormaligen ausländischen Muttergesellschaft fortgeführt wird.

Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Gesichtspunkte machen diese Vermeidungsstrategie aber noch unmöglich bzw. sehr unattraktiv. Diese Fragen können hier nur gestreift werden, sollen aber nicht fehlen, denn hieran mißt sich letztlich die praktische Relevanz der theoretischen Überlegungen.

#### a. Transnationaler Rechtsformwechsel

Der Rechtsformwechsel von einer deutschen in eine ausländische Gesellschaft unter Wahrung der rechtlichen Identität der Gesellschaft ist sehr umstritten. Identitätswahrung bedeutet, daß nur die Rechtsordnung, welche die Unternehmensverfassung

---

185 OLG Stuttgart, JZ 1995, 795; Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 514; MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 458; Hoffmann/*Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 1 Rn. 43.

186 Raiser, MitbestG, § 5 Rn. 30.

187 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 458 m.w.N.; Hanau/*Ulmer*, MitbestG, § 5 Rn. 55; Fitting/*Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 5 Rn. 19; Bayer, ZGR 1977, 173 (178); Lutter, ZGR 1977, 195 (206).

188 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 458.

189 Roth, ZIP 1999, 861 (863).

regelt und die Rechtspersönlichkeit vermittelt, wechselt, wohingegen der Rechtsträger die rechtliche Kontinuität als Kapitalgesellschaft wahr<sup>190</sup>.

### [1] Verlegung des Satzungssitzes und/oder des Verwaltungssitzes

Um eine deutsche Kapitalgesellschaft in eine britische Kapitalgesellschaft zu verwandeln, muß notwendigerweise der statutarische Sitz der Gesellschaft verlegt werden, denn das britische Gesellschaftsrecht verlangt, wie die meisten Gesellschaftsrechte, daß der statutarische Sitz im Inland gewählt wird. Das Erfordernis eines inländischen Satzungssitzes erklärt sich darin, daß eine Gesellschaft mit ausländischem Satzungssitz in weitem Umfang der internationalen Zuständigkeit innerstaatlicher Gerichte und Behörden entzogen wäre<sup>191</sup>.

Nicht zu verwechseln ist die Verlegung des Satzungssitzes mit der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer deutschen Gesellschaft ins Ausland. In der Diskussion um die Zulässigkeit eines transnationalen Sitzwechsels werden beide Ausformungen des Gesellschaftssitzes allerdings häufig vermengt. Beide Vorgänge sind jedoch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht grundverschieden. Die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ist ein tatsächlicher Vorgang, bei dem Konsequenzen für die Rechtsform von den Akteuren in der Regel gerade nicht beabsichtigt sind. Rechtlich ist der Vorgang ein kollisionsrechtliches Problem. Nach der Sitztheorie ist mit der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ins Ausland ein Statutenwechsel verbunden<sup>192</sup>. Wird hingegen der Satzungssitz ins Ausland verlegt, ist ein Rechtsformwechsel gerade beabsichtigt<sup>193</sup>, scheitert aber an der für inländische Gesellschaften weiterhin geltenden Sitztheorie. Da der Satzungssitz auch nach der EuGH Rechtsprechung zur Sitztheorie für deutsche Gesellschaften weiterhin kein kollisionsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist, führt die isolierte Verlegung des Satzungssitzes nicht zu einem Statutenwechsel<sup>194</sup>. Das deutsche Gesellschaftsrecht bleibt maßgeblich<sup>195</sup>.

### [2] Meinungen

Trotz dieser offenkundigen Unterschiede hat die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes und die Verlegung des Satzungssitzes für eine deutsche Gesellschaft in der Rechtspraxis die identische Auswirkung: die Liquidation.

Für die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes folge diese aus der (noch fortwährenden<sup>196</sup>) Anwendung der Sitztheorie<sup>197</sup>. Für die Verlegung des Satzungs-

190 *Frowein*, S. 11.

191 *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 600; *Frowein*, S. 109.

192 *Kruse*, S. 28; *Frowein*, S. 11.

193 Eine Ausnahme besteht dann, wenn das Rechtsfähigkeitsstatut einen innerstaatlichen Satzungssitz nicht voraussetzt. So erlauben einige US Einzelstaaten auch die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland, sofern ein registered office als Zustellungsadresse innerhalb der Staatsgrenzen verbleibt, *Bungert*, DB 2003, 1043 (1046).

194 *MüKoBGB/Kindler*, IntGesR, Rn. 399.

195 *Ebenroth/Auer*, RIW-Beil. 1/92, S. 7; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 650.

196 M.E. hat sich die Exekutionswirkung der Sitztheorie mit den EuGH Urteilen zur Sitztheorie im Zuzugsfall bereits erledigt. Auch die konsequente Anwendung der Sitztheorie im Wegzugsstaat muß

sitzes ergebe sich dies aus der entsprechenden Behandlung des Hauptversammlungsbeschlusses. Die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur sehen im Sitzverlegungsbeschuß nämlich einen impliziten Beschluß zur Auflösung der Gesellschaft i. S. d. § 262 I Nr. 2 AktG<sup>198</sup>.

*Hüffer* tritt dieser Auffassung allerdings mit dem Argument entgegen, daß es für die Auflösung keine gesetzliche Grundlage gäbe und eine Umdeutung in eine solche unzulässig sei, da der hypothetische Wille der Gesellschafter eben nicht auf die Auflösung, sondern auf Weiterbestand der Gesellschaft gerichtet sei<sup>199</sup>. Richtigerweise sei der Verlegungsbeschuß daher nichtig<sup>200</sup>. Der Hauptversammlung sei es unbenommen, selbst einen ausdrücklichen Auflösungsbeschuß fassen, um im Anschluß eine Neugründung im Ausland vorzunehmen<sup>201</sup>. Dieser Streit kann hier jedoch dahingestellt bleiben, denn nach beiden Auffassungen scheidet ein Wechsel des Gesellschaftsstatuts unter Wahrung der rechtlichen Identität aus. Einziger gangbarer Weg, einen transnationalen Rechtsformwechsel zu realisieren, bleibt nach beiden Auffassungen die Auflösung und anschließende Neugründung der Gesellschaft.

Zu einem anderen Ergebnis kommt jedoch eine dritte Auffassung. Nach dieser Mindermeinung ist der identitätswahrende Nationalitätenwechsel zulässig<sup>202</sup>. Denn wenn der Zuzugsstaat einer deutschen Gesellschaft die Möglichkeit eröffne, unter Wahrung seiner gesellschaftsrechtlichen Vorgaben zuzuziehen und seine Nationalität zu erwerben, seien dem deutschen Recht keine Hindernisse zu entnehmen, die diese Änderung der Nationalität verböten<sup>203</sup>. Dieses Ergebnis geböte auch die europäische Niederlassungsfreiheit<sup>204</sup>.

---

über den Rückverweis des neuen Sitzstaates zwangsläufig zu einer Anwendung der Sachnormen des Gründungsstaates führen. Entscheidendes Hindernis für die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ins Ausland ist daher nicht die Sitztheorie, sondern eventuelle Restriktionen des deutschen Sachrechts, die eine Trennung von tatsächlichem Verwaltungssitz und deutschem Gründungsstaat verbieten. Zu der Frage, ob solche Restriktionen im Hinblick auf die neueren EuGH Urteile in Sachen „Baars“ und „de Lasteyrie du Saillant“ noch zulässig sind vgl. sogleich unter § 2 B I 3 a [3] [c].

197 BGHZ 25, 134 (144); BayObIG v. 7.5.1992 – 3Z BR 14/92 – DB 1992, 1400; OLG Hamm v. 30.4.1997 – 15 W 91/97 – ZIP 1997, 1696 mit Anmerkung *Neye*.

198 OLG Hamm v. 1.2.2001, NJW 2001, 2183 f. (Sitzverlegung nach Großbritannien); OLG Düsseldorf v. 26.3.2001, NJW 2001, 2184 f.; BayObIG v. 7.5.1992 – 3Z BR 14/92 – DB 1992, 1400; OLG Hamm, ZIP 1997, 1696; *Ebenroth/Auer*, JZ 1993, 374 (375); *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 657 f.

199 *Hüffer*, AktG, § 5 Rn. 12; ebenso *MüKoBGB/Kindler*, IntGesR, Rn. 399;

200 *Hüffer*, AktG, § 5 Rn. 12 wegen Abwendung vom deutschen Recht; *MüKoBGB/Kindler*, IntGesR, Rn. 399 wegen Verstoßes gegen § 5 Abs. 2 AktG.

201 *Hüffer*, AktG, § 5 Rn. 12, a.A. *Frowein*, S. 167 ff.

202 *Behrens*, Die GmbH, IPR, Rn. 65; *ders.*, ZGR 1994, 1 ff.; *Kronke*, ZGR 1994, 26 (31); *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, S. 41 f.; *Bungert*, AG 1995, 489 (499 ff.); *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325 (334 ff.); *Thönnies*, DB 1993, 1021 (1025).

203 *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325 (350).

204 *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325 (350).

### [3] Stellungnahme

#### [a] Voraussetzungen

Der transnationale Rechtsformwechsel ist ein dualer Vorgang, der zwei Rechtsordnungen betrifft: die scheidende und die aufnehmende Rechtsordnung. Dies ist die notwendige Folge aus dem Grundsatz, daß jede Rechtsordnung für sich bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ihre Gesellschaften entstehen, leben und vergehen<sup>205</sup>. Ein identitätswahrender transnationaler Rechtsformwechsel setzt daher voraus, daß beide Sachrechte diesen Vorgang stützen. Darin sind sich alle drei Auffassungen einig<sup>206</sup>.

Mit der Frage der kollisionsrechtlichen Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts hat der Rechtsformwechsel im Kern keine Berührung. Dies wird deutlich, wenn man den Vorgang des Nationalitätenwechsels vom angestrebten Ergebnis her betrachtet. Folgt der Zuzugsstaat der Gründungstheorie, ist es belanglos, wo der Verwaltungssitz „seiner neuen Gesellschaft“ gelegen ist. Der Zuzugsstaat verlangt ausschließlich einen Satzungssitzwechsel<sup>207</sup>.

Bei der Bewertung dieses Vorganges verdecken die Detailbetrachtungen (Auflösungsbeschluß oder Nichtigkeit des Verlegungsbeschlusses) den Blick auf das Grundsätzliche. Denn das Hauptargument gegen den Verlegungsbeschluß, daß nämlich die deutsche Rechtsordnung eine Trennung zwischen Satzungssitz und deutschem Gründungsstaat nicht toleriere<sup>208</sup>, greift isoliert gesehen ins Leere. Diese Trennung ist auch von der Gesellschaft nicht auf Dauer beabsichtigt, sondern beschränkt sich auf einen kurzen (möglicherweise auf wenige Stunden beschränkten) Zeitraum, der endet, wenn die Gesellschaft unter neuer Nationalität und Rechtsform im Register des Zuzugsstaates eingetragen wird<sup>209</sup>. Bei der Diskussion um die richtige Sanktion des Verlegungsbeschlusses wird daher die Kernfrage ausgeblendet, bzw. deren Antwort implizit vorausgesetzt: Läßt die deutsche Rechtsordnung ihren Gesellschaften die Freiheit, ihr den Rücken zu kehren und eine andere Nationalität anzunehmen?

#### [b] Sachrechtliches Hindernis

Im Gesetz ist hierauf keine Antwort zu finden. Gleichwohl sprechen gewichtige Argumente gegen einen identitätswahrenden Rechtsformwechsel. Die Gesellschaftsformen sind eine Ausprägung einer spezifischen Gesellschaftsrechtsordnung, der

205 Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 249.

206 Allg. M: BayObIG v. 7.5.1992 – 3Z BR 14/92 – DB 1992, 1400; Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 606; *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325 (350).

207 Ferner müßten für den Rechtsformwechsel natürlich auch formelle Voraussetzungen erfüllt werden, insbesondere ist die Gesellschaft im Register des Herkunftsstaates zu löschen und im Register des Zuzugsstaates neu einzutragen.

208 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 399.

209 Die Zeitverzögerung entfällt, wenn der Sitzverlegungsbeschluß unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung im Handelsregister des Zuzugsstaates beschlossen wird. Vgl. für den Fall einer deutsch-französischen Verschmelzung unter aufschiebender Bedingung *Dorr/Stukenborg*, DB 2003, 647 (652 ff.); *Paefgen*, IPRax 2004, 132 (136).

soziale und wirtschaftspolitische Hintergrund der betroffenen Staaten hingegen divergiert oft stark<sup>210</sup>. Diese Divergenz ausnützend ist der identitätswahrende Nationalitätenwechsel geeignet, zwingende deutsche Normen wie etwa das Mitbestimmungsrecht oder das Konzernrecht zu unterlaufen<sup>211</sup>. Das deutsche Recht hat aber, wie etwa das MitbestBeibG aus dem Jahre 1994 zeigt, ein hohes Interesse an der internationalen Absicherung der Mitbestimmung<sup>212</sup>. Aus nationaler Warte betrachtet ist es daher trotz fehlender gesetzlicher Anordnung gut begründbar, den identitätswahrenden Wegzug der eigenen Gesellschaften zu verhindern.

### [c] Niederlassungsfreiheit

Fraglich ist aber, ob dieses Ergebnis auch mit den Vorgaben des EGV insbesondere der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist. Bislang bejaht dies die h.M. im allgemeinen mit dem Verweis auf die *Daily Mail* Rechtsprechung des EuGH<sup>213</sup>. Darin stellte der EuGH fest, daß es einem Mitgliedstaat unbenommen sei, Gesellschaften, die nach seiner Rechtsordnung wirksam gegründet wurden, Beschränkungen aufzuerlegen, damit sie die ihr nach seinem Recht zuerkannte Rechtspersönlichkeit beibehalten können<sup>214</sup>.

Infolge neuerlicher Urteile des EuGH zur Niederlassungsfreiheit erscheint die Zulässigkeit der Wegzugsbeschränkung aber in einem neuen Lichte: „Auch wenn Art. 52 (jetzt Art. 43 EGV<sup>215</sup>) ebenso wie die anderen Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nach seinem Wortlaut insbesondere die Inländergleichbehandlung im Aufnahmestaat sichern soll, so verbietet er doch auch, daß der Herkunftsmitgliedstaat die Niederlassung seiner Staatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat behindert“<sup>216</sup>. Auch wenn dieses Urteil in der Sache nur die Frage betraf, ob ein Mitgliedstaat bei der Steuersitzverlagerung eines Unionsbürgers die Besteuerung stiller Reserven an einer Veräußerungsfiktion ausrichten darf, geht es in seiner Reichweite deutlich über die konkrete Konstellation hinaus<sup>217</sup>. Die klare Formulierung läßt keine Zweifel zu: Während der EuGH noch in den Urteilen zur Sitztheorie lediglich zuzugsbeschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten untersagte, überträgt er die Rechtsprechung nun inhaltsgleich auch auf inländische Gesellschaften. Auch diese unterstehen fortan insofern dem Schutzbereich der

210 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 393.

211 Der Einwand *Knobbe-Keuks*, daß das Mitbestimmungsrecht auch durch eine Zwangsauflösung nicht besser geschützt sei, geht fehl. Das Gegenteil ist richtig: Die tiefgreifenden finanziellen Folgen der Liquidationsbesteuerung behindern den Wegzug erheblich. Vgl. *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325 (350).

212 *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 623.

213 EuGH v. 27.9.1988 (*Daily Mail*) – Rs 81/87 – JZ 1989, 384, Rn. 70; Zur Beschränkung der Verwaltungssitzverlagerung: *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2474); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2243); *Kallmeyer*, DB 2002, 2521 (2522); *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 43 EGV Rn. 104; *Sandrock*, BB 2003, 2588 (2589); *Lutter*, BB 2003, 7 (10); *Schwark*, AG 2004, 173 (178); *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 630 ff.; a.A. *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (803).

214 EuGH v. 27.9.1988 (*Daily Mail*) – Rs. 81/87 – Slg. 1988, 5483 Rn. 70.

215 Anmerkung des Verfassers.

216 EuGH v. 11.3.2004 (*Hughes de Lasterie du Saillant*) – Rs C-9/02 – NJW 2004, 2439 Rn. 42; wortgleich bereits EuGH v. 13.4.2000 (*Baars*) – Rs. C-251/98 – ZIP 2000, 697 Rn. 28.

217 *Kleinert/Probst*, NJW 2004, 2425.

Niederlassungsfreiheit, daß Maßnahmen untersagt sind, die geeignet sind, diese bei der Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat als dem Herkunftsstaat zu behindern.

Um die eingangs gestellte Frage der Zulässigkeit eines Rechtsformwechsels zu beantworten, muß zwischen der Verlegung des Verwaltungssitzes und der Verlegung des Satzungssitzes differenziert werden. M.E. ist es im Lichte dieser neueren Rechtsentwicklung nicht mehr zu rechtfertigen, einer deutschen Gesellschaft unter Androhung des Verlustes der Rechtspersönlichkeit zu untersagen, ihren Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen. Die deutsche Rechtsordnung kann daher zwar weiterhin für inländische Gesellschaften kollisionsrechtlich am Verwaltungssitz anknüpfen (Sitztheorie), da dies – wie bereits gesehen – ohne Einfluß auf das anwendbare Sachrecht ist, sofern die Sitzverlagerung in einen EU Mitgliedstaat erfolgt. Die praktizierte Beschränkung der Verlagerung des Verwaltungssitzes auf sachrechtlicher Ebene muß jedoch aufgegeben werden.

Anders ist die Situation einer Satzungssitzverlegung zu bewerten. Der entscheidende Unterschied beider Wegzugskonstellationen besteht darin, daß bei der Satzungssitzverlagerung der Fortfall der alten Rechtspersönlichkeit gerade beabsichtigt ist. Es geht in der Sache daher nicht um die Ausübung der Niederlassungsfreiheit einer bestehenden Gesellschaft, sondern um die Transformation eines von Art. 43 EGV geschützten Rechtssubjekts in ein anderes. Der Übergang zwischen beiden Rechtssubjekten, d.h. der Rechtsformwechsel ist vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit m.E. nicht erfaßt.

In der Rechtspraxis dominiert bei der Verlegung des Satzungssitzes und dem damit verbundenen Nationalitätenwechsel europaweit die Restriktion. Nur in wenigen Mitgliedsstaaten ist der identitätswahrende Nationalitätenwechsel möglich und wenn, dann nur unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit<sup>218</sup>. Eine Liberalisierung dieses Rechtsbereichs ist mangels Einschlägigkeit der Grundfreiheiten daher nur auf politischem Wege erreichbar<sup>219</sup>.

## **b. Grenzüberschreitende Verschmelzung**

Die Feststellung der Unmöglichkeit, eine bestehende Gesellschaft deutschen Rechts in eine britische *Limited* umzuwandeln, führt zu der Frage, ob nicht das gewünschte Ergebnis dadurch erreicht werden könnte, daß die deutsche Gesellschaft auf eine vorab gegründete britische *Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland verschmolzen wird. Dieser Lösungsweg ist nur dann zu verwirklichen, wenn die ausländische Gesellschaft bei der Anwendung von § 3 UmwG den deutschen Gesellschaften

218 So etwa Italien und Portugal, vgl. Begründung zum Richtlinienentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZIP 1997, 1721 (1722).

219 Möglich wäre dies durch eine Richtlinie auf der Grundlage des Art. 293 Spiegelstrich 3 EGV. Ein Vorstoß in diese Richtung ist bereits unternommen: vgl. den Vorschlag einer 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, ZIP 1997, 1721 ff. hierzu *Di Marco*, ZIP 1999, 3 ff.; kritisch *Meilicke*, GmbHR 1998, 1053; *ders.*, GmbHR 1999, 896; vgl. ferner die zustimmende Stellungnahme durch die Group of German Experts on Corporate Law, ZIP 2003, 863 (877).

gleichzustellen ist<sup>220</sup>. Dies ist insofern zweifelhaft, als § 1 Abs. 1 UmwG nur auf Rechtsträger mit „Sitz im Inland“ verweist. Zum Teil wird in der Rechtsliteratur eine Gleichstellung im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit der ausländischen Gesellschaft dann befürwortet, wenn die ausländische Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz im Inland hat<sup>221</sup>. Die wohl noch h.M. hält das „Hinaus“ – Verschmelzen nach der geltenden Rechtslage dagegen für unzulässig, da bei der Sitzbezugnahme des Art. 1 Abs. 1 UmwG allein auf den Satzungssitz abzustellen sei<sup>222</sup>. Diese Rechtsfrage wird in naher Zukunft vom EuGH geklärt werden, denn das LG Koblenz hat die Zulässigkeit der Inlandsbeschränkung im Wege einer Vorabentscheidung dem EuGH vorgelegt<sup>223</sup>.

Eine (weitere) Veränderung dieser starren Rechtslage wird sich in naher Zukunft dann ergeben, wenn die 10. Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten verabschiedet und in nationales Recht umgesetzt ist<sup>224</sup>.

Die Verschmelzung unter Zugrundelegung der Richtlinie in ihrer gegenwärtigen Fassung ermöglicht jedoch nur eingeschränkt eine Aushebelung der deutschen Unternehmensmitbestimmung: Unterliegt mindestens eine der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften einem Mitbestimmungssystem und sieht das für die aus der transnationalen Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft maßgebende innerstaatliche Recht keine zwingende Arbeitnehmermitbestimmung vor, kommen die in der SE-Verordnung und SE-Richtlinie vorgesehenen Bestandsschutzmechanismen zum Tragen (Art. 14 der Fusionsrichtlinie)<sup>225</sup>. Hinsichtlich der konkreten Folgen ist jedoch noch vieles im unklaren. Insbesondere ist fraglich, ob die Mitbestimmungspflicht nach der Richtlinie nicht durch eine innerstaatliche Folgeverschmelzung entfallen kann.

### c. Einzelübertragung

Der einzig rechtlich zulässige Weg, eine inländische Kapitalgesellschaft in eine ausländische Kapitalgesellschaft zu transformieren, ist damit der Weg der Auflösung

220 *Kallmeyer*, DB 2002, 2521 (2522).

221 *Kallmeyer*, DB 2002, 2521 (2522); *Kallmeyer*, § 1 UmwG, Rn. 14; *Kronke*, ZGR 1994, 26 (35 f.); *Bungert*, AG 1995, 489 (502).

222 Zu der Problematik, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden kann vgl. *Semler/Stengel*, UmwG, § 1 Rn. 49; *Dösch*, BB 1998, 1029, 1030 jeweils mit zahlreichen Verweisen auf den Meinungsstand; a.A. *Drygala*, der eine grenzüberschreitende Umwandlung im Grundsatz für zulässig hält, *Lutter/Drygala*, UmwG, § 1 Rn. 2 ff. und Rn. 14.

223 Beschluß des LG Koblenz vom 16.9.2003, ZIP 2003, 2210; Anmerkung dazu *Mankowski*, EWiR 2004, 139; das Verfahren in Sachen „Sevic“ wird beim EuGH als Rs. C-411/03 geführt. Bei Drucklegung lag nur der Entscheidungsvorschlag des GA Antonio Tizzano vor (ZIP 2005, 1227 ff.). Darin plädiert der GA am EuGH dafür, die deutsche Regelung als europarechtswidrig zu verwerfen.

224 Anders als bei dem Vorgänger (Vorschlag einer zehnten Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften vom 14.1.1985, KOM (84) 727 endg. AB1EG 1985 Nr. C 23, S. 11) Die Chancen für eine Umsetzung standen noch nie so gut. Vorgeschichte einbauen bis Vorschlag der Kommission für eine 10. Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften vom 18.11.2003, KOM (2003) 703 endgültig.

225 Besonderheit: SE ist transnationales Gebilde.

und anschließenden Neugründung. Die Konsequenzen für die betroffene Gesellschaft sind dabei jedoch gravierend. Im Gefolge der gesellschaftsrechtlichen Auflösung wird gem. §§ 11, 12 KStG eine Liquidationsbesteuerung durchgeführt, bei der alle stillen Reserven aufgedeckt und besteuert werden müssen<sup>226</sup>. Auch die Bewahrung von Immaterialgüterrechten (Markenzeichen, Patentrechten etc.) ist nur unter Schwierigkeiten sicherzustellen und in jedem Falle mit weiteren Kosten verbunden. Soll der Rechtsformwechsel daher allein dem Zweck dienen, die mit der Unternehmensmitbestimmung verbundenen Kosten zu vermeiden, dürfte sich diese Vermeidungsvariante nur in den seltensten Fällen als lohnend erweisen.

## II. Sonderfall: Ausländische juristische Person & Co KG

### 1. Das Problem

Eine vor *Überseering* stark diskutierte Vermeidungsstrategie firmiert unter der Bezeichnung „ausländische juristische Person & Co KG“<sup>227</sup>. Sie bedient sich einer deutschen Kommanditgesellschaft, an der eine juristische Person ausländischen Rechts als (nicht notwendig einziger) persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist<sup>228</sup>. Die deutsche Gesellschaft bleibt mitbestimmungsfrei, da die KG nicht im Rechtsformkatalog der Mitbestimmungsgesetze (§ 1 MitbestG; § 1 DrittelbG) aufgeführt wird. Zwar sieht § 4 MitbestG eine mittelbare Mitbestimmung in der KG in der Weise vor, daß die Arbeitnehmer der Kommanditgesellschaft der Komplementärgesellschaft im Rahmen der Mitbestimmung unter bestimmten Voraussetzungen zugerechnet werden. Diese Zurechnung läuft jedoch ins Leere, wenn die persönlich haftende Komplementärgesellschaft als ausländische Gesellschaft selbst nicht von der deutschen Mitbestimmung erfaßt wird<sup>229</sup>.

### 2. Lösungsansätze

#### a. Beteiligungsverbot

Ein Teil der Literatur versucht, diese Mitbestimmungslücke durch ein Beteiligungsverbot zu schließen. Bei der ausländischen juristischen Person & Co handele es sich um eine unzulässige multinationale Grundtypenvermischung<sup>230</sup>, ausländischen Gesellschaften sei eine Beteiligung an einer deutschen KG daher generell zu versagen<sup>231</sup>. In der Rechtspraxis könnten diese Konstruktionen dadurch unterbunden

226 *Willemsen/Hohenstatt/Seibt*, F Rn. 126.

227 Umfassend hierzu *Grothe*, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG; *Heinrich*, Die ausländische juristische Person & Co. KG; *Siegle*, FS Pelzer, 539 ff.; vgl. ferner *Ebke*, ZGR 1987, 245 ff.; *Ebenroth/Wilken*, JZ 1991, 1014 ff.; *Ebenroth/Auer*, DNotZ 1990, 139 ff.; *Binz/Mayer*, GmbHR 2003, 249 ff.

228 *Grothe*, S. 13.

229 *Paefgen*, DB 2003, 487 (492).

230 *Ebke*, ZGR 1987, 245 (269); *Ebenroth/Wilken*, JZ 1991, 1014 (1020); *Ebenroth/Auer*, DNotZ 1990, 139 (148 f.); *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 542 ff., 549 f.

231 *MüKoBGB/Kindler*, IntGesR, Rn. 374.

werden, daß entsprechende Anträge auf Eintragung ins Handelsregister abschlägig beschieden werden<sup>232</sup>.

### [1] Sitztheorie als Hinderungsgrund

Sitztheoretiker versuchten, die Unzulässigkeit der Typenvermischung durch eine „richtige Anwendung“ der Sitztheorie zu begründen. Kern dieser Ansicht ist die Auffassung, daß es sich bei der Kommanditgesellschaft mit ausländischer Komplementärin um ein einheitliches Gebilde mit einem einheitlichen Verwaltungssitz handle. Da die KG gem. §§ 161 Abs. 2, 125, 170 HGB ausschließlich durch den bzw. die Komplementäre organschaftlich vertreten werden könne, schlage der ausländische Sitz der Komplementärkorporation auf die KG durch. Die Sitze der Komplementärin und der Kommanditgesellschaft seien daher identisch, wenn nicht ein weiterer Komplementär existiere, der zum einen unbeschränkt zur Geschäftsführung befugt sei und zum anderen seinen Sitz im Inland habe<sup>233</sup>. Fehle es an einem solchen zweiten Komplementär, beruhe der wesentliche Teil der einheitlichen KG Konstruktion nicht auf deutschem Recht. Eine solche kollisionsrechtliche Aufspaltung der einheitlichen Konstruktion sei nach der Sitztheorie unzulässig<sup>234</sup>.

Richtigerweise ist die generelle Unzulässigkeit einer multinationalen Grundtypenvermischung auch mit Hilfe der Sitztheorie nicht zwingend begründbar. Sofern nämlich die ausländische Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz im Ausland hat, ist ihr auch unter dem Blickwinkel der Sitztheorie die unbeschränkte Rechts- und Parteifähigkeit im Inland zuzuerkennen. Die Vermengung der tatsächlichen Sitze beider Gesellschaften unter dem Aspekt eines „einheitlichen Gebildes“ widerspricht dem objektiven Ansatz der Sitztheorie. Dies wird augenscheinlich, wenn die Komplementärgesellschaft im Ausland noch weitere Geschäftsbetriebe unterhält, dort also Entscheidungen getroffen werden, die mit der Geschäftsführung der deutschen Kommanditgesellschaft nichts gemein haben. Aber selbst wenn es daran fehlt, ist für die Sitzbestimmung nach ganz herrschender Auffassung nicht die wirtschaftliche Aktivität der Gesellschaft, sondern der Ort maßgeblich, wo „die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“<sup>235</sup>. Dies ist für jede Gesellschaft gesondert zu untersuchen<sup>236</sup>. Richtig ist zwar, daß die parallele Aufrechterhaltung zweier Verwaltungssitze in verschiedenen Staaten schwierig ist, wenn die Mehrheitsverhältnisse in der deutschen und der ausländischen Gesellschaft identisch sind und sich die ausländische Gesellschaft im wesentlichen auf die Geschäftsführung der KG konzentriert. Unmöglich ist dies aber nicht<sup>237</sup>! Eine allgemeine Feststellung dahingehend, daß die Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft in Deutschland alleine schon den tatsächlichen Verwaltungssitz der ausländischen Gesellschaft nach Deutschland verlege, greift daher zu kurz.

---

232 Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 544.

233 *Ebenroth/Wilken*, JZ 1991, 1014 (1020).

234 Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 544.

235 BGHZ 97, 269 (272); OLG Hamm, RIW 1997, 236 (237).

236 *Müffelmann*, BB 1977, 628.

237 *Grothe*, 53 ff.; S. 294 f.

Im übrigen ist anzumerken, daß der auf die Sitztheorie gestützten Argumentation durch die EuGH Rechtsprechung die Grundlage entzogen ist. Denn selbst wenn man mit der Theorie vom einheitlichen Gebilde zu dem Ergebnis käme, daß der Verwaltungssitz der ausländischen Komplementärgesellschaft in Deutschland liegt, wäre dies ohne rechtliche Folgen.

## [2] Deutsches Gesellschaftsrecht als Hinderungsgrund

### [a] Der inländische ordre public

Ist damit festgestellt, daß die Frage eines Beteiligungsverbotes von den Theorien zum Gesellschaftsstatut unabhängig ist, bleibt zu klären, ob der Komplementärfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft sachrechtliche Hinderungsgründe entgegenstehen<sup>238</sup>. Nach einhelliger Auffassung ist für die Zulässigkeit einer Gesellschaftsbeteiligung das Sachrecht derjenigen Gesellschaft berufen, an der die Beteiligung angestrebt wird<sup>239</sup>: das Recht der Zielgesellschaft. Bei einer deutschen KG bemißt sich die Zulässigkeit eine Grundtypenvermischung also nach deutschem Recht<sup>240</sup>.

Einige Autoren sehen in der Grundtypenvermischung einen Verstoß gegen den inländischen ordre public<sup>241</sup>: Durch die Einschaltung einer ausländischen Gesellschaft als Komplementärin könne zwingendes deutsches Recht, insbesondere das Mitbestimmungsrecht und der Gläubigerschutz ungehindert umgangen werden<sup>242</sup>.

### [b] Stellungnahme

Obwohl die Gefahr einer Aushebelung der deutschen Mitbestimmung nicht von der Hand zu weisen ist, ist ausländischen Gesellschaften die Fähigkeit, Komplementärin in einer deutschen KG zu sein, im Einklang mit der herrschenden Meinung nicht abzusprechen<sup>243</sup>. Von der Sonderkonstellation der ausländischen juristischen Person & Co KG abgesehen, ist bislang nicht in Zweifel gezogen worden, daß sich Rechtsträger mit unterschiedlichem Gesellschaftsstatut in einer deutschen Gesellschaft zusammenschließen dürfen, auch nicht für den Fall der unbeschränkten Haftung<sup>244</sup>. Im Gegenteil: Ausländische Gesellschaften sind seit langem in allen erdenklichen Rechtsformen an deutschen Gesellschaften beteiligt. Voraussetzung ist nur, daß sie nach dem Recht ihres Gesellschaftsstatuts rechtmäßig gegründet sind und damit automatisch als Rechtsträger in Deutschland anerkannt werden. Der Vorschlag, ausländischen Gesellschaften die Komplementärfähigkeit abzusprechen, entpuppt sich daher als ein Angriff auf die Einheitlichkeit des Rechtsfähigkeits-

238 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 374.

239 Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 304; MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 374.

240 OLG Saarbrücken, IPRax 1990, 324.

241 *Ulmer*, JZ 1999, 662 (663); *Heinrich*, S. 296 f.

242 Ausführlich zum Problem des Gläubigerschutzes: *Heinrich*, S. 220 ff., *Grothe*, S. 213 ff.; *Ebenroth/Wilken*, JZ 1991, 1014 (1020).

243 OLG Stuttgart v. 30.3.1995, JZ 1995, 795 mit Anmerkung *Großfeld/Johannemann*; BayObLGZ 1986, 61; OLG Saarbrücken NJW 1990, 647.

244 LG Stuttgart, BB 1993, 1541 (1543).

statuts. Denn die Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft etwa im Falle des Mitbestimmungsfortfalls in einem Teilbereich wieder rückgängig zu machen hieße, die Unteilbarkeit des Rechtsfähigkeitsstatutes aufzugeben und eine „besondere Rechtsfähigkeit“ für die Komplementärfähigkeit zu kreieren. Für eine solche Trennung zwischen unbeschränkter und beschränkter Rechtsfähigkeit findet sich im Sachrecht aber keine Grundlage. Das deutsche Recht kennt nur eine Form der Rechtsfähigkeit. Im übrigen wäre diese unterschiedliche Behandlung nach der Herkunft einer Gesellschaft auch ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 und 48 EGV<sup>245</sup>. Eine Rechtfertigung dieses Eingriffs scheidet schon deshalb aus, da nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur unterschiedslose Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die übergeordneten Zielen der Allgemeinheit dienen, gerechtfertigt werden können<sup>246</sup>.

### **b. Überlagernde Anwendung der Mitbestimmung**

Andere Autoren gehen von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der multinationalen Grundtypenvermischung aus und wollen dem Mitbestimmungsverlust im Einzelfall dadurch begegnen, daß der ausländischen Gesellschaft das deutsche Mitbestimmungsrecht überlagert wird, sofern die übrigen Mitbestimmungs- und Zurechnungsvoraussetzungen der §§ 1, 4 MitbestG vorliegen<sup>247</sup>. Auf diesen konzeptionellen Ansatz soll jedoch erst an späterer Stelle ausführlich eingegangen werden<sup>248</sup>.

---

245 Anders *Ulmer*, JZ 1999, 662 (663).

246 So explizit EuGH v. 30.11.1995 (Gebhard) – C 55/94 – Slg. 1995, I-4165 Rn. 37; vgl. auch *Streinz/Müller-Graff*, Art. 43 Rn. 74.

247 *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 552 f.; a.A. *Müffelmann*, BB 1977, 628, *Meilicke/Meilicke*, DB 1977, 927.

248 Zur dogmatischen Begründung und den sachrechtlichen Verzahnungsschwierigkeiten siehe unter § 3 B und C.

## § 3 Mitbestimmungssicherung nach geltendem Recht

### A. „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte“ versus „Delaware Effekt“

#### I. Standpunkte

Die Reaktionen der Rechtsliteratur zur Rechtsprechung des EuGH in Sachen Sitztheorie sind zahlreich und vielstimmig.

##### 1. Vorzüge des Wettbewerbs

Viele Gesellschaftsrechtler feiern sie als Befreiung: Der freie Zuzug von Gesellschaften öffne die nationalen Rechtsräume für andere Gesellschaftsrechtsformen und führe so zu einem gesunden „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte“<sup>249</sup>. Dank dieses Wettbewerbs könne endlich die Stagnation überwunden werden, in der sich die gesellschaftsrechtliche Entwicklung in Europa nach dem wiederholten Scheitern von Harmonisierungsbemühungen befindet. Die Rechtsprechung vollziehe damit aber auch einen überfälligen Paradigmenwechsel. Das Konzept einer durch Harmonisierung vereinheitlichten Rechtsordnung werde abgelöst von dem Konzept der Vielfalt der Rechtsordnungen. Die Wahl der „besten“ Gesellschaftsrechtsordnung liege nun richtigerweise nicht mehr in der Hand (entscheidungsunfähiger) europäischer Gremien, sondern bei den Marktteilnehmern selbst. Jede Gesellschaft könne nun die Tauglichkeit der einzelnen Gesellschaftsrechtssysteme für ihren Bedarf bewerten und dem eigenen Urteil gemäß das passende wählen. Schrittweise werde dieser Findungsprozeß demjenigen Rechtssystem zur Durchsetzung verhelfen, das sich in der Praxis am besten bewährt<sup>250</sup>.

Die Gefahren des Wettbewerbs seien demgegenüber gering. Zum einen habe Wettbewerb auf Gütermärkten im Grundsatz nicht wohlfahrtmindernde, sondern wohlfahrtsteigernde Auswirkungen<sup>251</sup>. Selbst wenn der Wettbewerb durch die vorhandenen Normengefälle eine Schutzminderung ermöglicht, sei damit keineswegs zwingend, daß die Marktakteure diese Möglichkeiten auch ausschöpften. Eine Berücksichtigung der betroffenen Drittinteressen (Gläubiger, Aktionäre, Arbeitnehmer) sei schon aus wirtschaftlichen Gründen für die Marktakteure sinnvoll, da die rücksichtslose Ausblendung dieser Interessengruppen zu Umsatzrückgang und Streiks führen könnte<sup>252</sup>. Insofern sollte man dem Markt die Freiheit lassen, das optimale Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Interessengruppen zu finden, welches sich nicht auf dem niedrigsten, sondern auf dem marktgerechtesten Niveau befinden werde. Auch auf die Mitbestimmung könnte der Wettbewerb der

---

249 *Bayer*, BB 2003, 2357; *Ebke*, JZ 2003, 927 (930); *Eidenmüller*, JZ 2004, 24; *ders.*, ZIP 2002, 2233; *Kieninger*, ZGR 1999, 724 (747 f.); *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949; *Sandrock*, BB 2004, 897.

250 *Dreher*, JZ 1999, 105 (110): „Rechtsvereinheitlichung von unten“.

251 *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2235).

252 *Kern*, S. 48.

Gesetzgeber eine positive Auswirkung haben, indem die Mitbestimmungssysteme gezwungen seien, sich im Wettbewerb zu behaupten. Dadurch würden Schwächen schonungslos aufgedeckt und die Staaten gezwungen, ein besseres und effizienteres Mitbestimmungsrecht zu entwerfen<sup>253</sup>. Im übrigen sei nicht gesagt, daß sich die deutsche Mitbestimmung in diesem Wettbewerb nicht behaupten könne. So meint Hopt, daß das deutsche Mitbestimmungsmodell im Hinblick auf seine Vorzüge nicht unbedingt schlechte Karten im Wettbewerb habe<sup>254</sup>.

## 2. Der Deregulierungswettbewerb

Diese Freude und Zuversicht ist aber nicht ungeteilt. Kritische Stimmen kommen zu einer durchaus gegenteiligen Bewertung der Luxemburger Urteile und bezweifeln, daß Europa einem fairen Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen entgegengeht<sup>255</sup>. Vielmehr bestünde die Gefahr, daß der offene Rechtsmarkt einen Deregulierungswettbewerb („*race to the bottom*“) nach sich zieht, in welchem Gesellschaften zunehmend das Statut eines Mitgliedstaates wählen, dessen Gesellschaftsrecht sich durch besondere Regelungsarmut auszeichnet<sup>256</sup>. Letztlich führe dieser Prozeß zwar zu einer Quasiharmonisierung des Gesellschaftsrechts, allerdings nicht auf einem von der Mehrheit der Mitgliedstaaten gewünschten Schutzniveau<sup>257</sup>. So werde sich im Wettbewerb der Rechtsordnungen nicht die sachgerechteste, sondern die permissivste Rechtsordnung durchsetzen: die Rechtsordnung mit dem schwächsten Schutz dritter Interessen<sup>258</sup>. Es solle daher sichergestellt werden, daß der Wettbewerb auf fairer Grundlage erfolgt, also als Wettbewerb auf hohem Niveau<sup>259</sup>.

Als Beleg für die so prophezeite Entwicklung wird der sogenannte Delaware Effekt angeführt<sup>260</sup>. Delaware, einer der kleinsten US Bundesstaaten, beheimatet heute mehr als 40% der 500 größten *US Corporations*. 80% der Gesellschaften, die in den letzten Jahrzehnten ihren Sitz verlegten, wählten Delaware als neuen Satzungssitz<sup>261</sup>. Diesen Umstand verdankt der Bundesstaat seinem liberalen Gesellschaftsrecht. Seit der Entscheidung des *US Supreme Courts* in Sachen *Paul v. Virginia* im Jahre 1868<sup>262</sup> – in ihrer inhaltlichen Tragweite durchaus mit der EuGH Entscheidungstrias vergleichbar – ist die Gründung einer Gesellschaft vom tatsächlichen Verwaltungssitz und der tatsächlichen Geschäftstätigkeit unabhängig. Den US Bundesstaaten ist es verwehrt, zwischenstaatliche Geschäftstätigkeiten von Gesellschaften aus anderen Bundesstaaten zu behindern. Mitnichten bedeutet Überrepräsentanz in Delaware aber, daß die großen Unternehmen auch tatsächlich

---

253 Frowein, S. 221.

254 Hopt, FS Everling, S. 475 (491).

255 v. Weizsäcker, Gewerkschaftliche Monatshefte 1999, 177 (179).

256 MüKoBGB/Kindler, IntGesR, Rn. 269.

257 Dreher, JZ 1999, 105 (109); Merkt, RabelsZ 59 (1995), 545 (554 ff.).

258 Diese Befürchtung teilt auch der BGH in BGH v. 30.3.2000 – VII ZR 370/98 – ZIP 2000, 967 (968).

259 Eichendorfer, in: Scheuing/Schwarz/Wollenschläger, S. 43 (66).

260 Sandrock, (Amerikanisches Lehrstück), RabelsZ 42 (1978), 227 ff.; Ebenroth/Einsele, ZVglRWiss 87 (1988), 217.

261 Merkt, RabelsZ 59 (1995), 545 (549).

262 75 U.S. 168 (1868).

mit großen Verwaltungseinheiten in Delaware vertreten sind. Meist dient der Bundesstaat nur als Satzungssitz, wohingegen die Unternehmenszentralen und -betriebe in anderen Bundesstaaten oder im Ausland belegen sind. Für Delaware sind die Briefkastengesellschaften eine wichtige Einnahmequelle: Die Aufkommen aus Inkorporationsgebühren und Konzessionssteuer belaufen sich auf 15% des Staatshaushaltes<sup>263</sup>.

## II. Stellungnahme

Die EuGH Rechtsprechung zur Sitztheorie ist in erster Linie die Quittung für das Scheitern der Harmonisierung des Kollisions- und Gesellschaftsrechts auf politischem Wege. Allzulange lagen entsprechende Richtlinienentwürfe auf Eis, obwohl allen Beteiligten durchaus bewußt war, daß die Verwirklichung eines einheitlichen europäischen Rechts- und Wirtschaftsraumes ohne eine Abkehr von der Sitztheorie nicht denkbar ist<sup>264</sup>. Mit der nachhaltigen Stärkung der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH damit nur einen Schritt vollzogen, der ohnehin unerläßlich war. Jede Freiheit hat ihren Preis. Daß der Preis nun relativ hoch erscheint, indem nationalen Schutzvorschriften die offene Umgehung droht, wird man schwerlich dem EuGH anlasten können. Sicher: Der Gerichtshof hat sich der rückhaltlosen Durchsetzung des Postulates der Niederlassungsfreiheit verschrieben und nur ein bedingt effektives Sicherungsnetz eingezogen. Gleichwohl ist der Delaware Effekt nicht unmittelbar auf den europäischen Rechtskreis übertragbar. Denn in Gestalt der Europäischen Union besteht für den europäischen Rechtsraum ein übergeordneter Regelungsgeber, der auf negative Entwicklungen angemessen reagieren und der Umgehung bestimmter Schutzvorschriften entgegenwirken kann. So ist es etwa denkbar, daß ähnlich der europäischen Betriebsratsrichtlinie auch für die Unternehmensmitbestimmung Mindestvorgaben für europäische Kapitalgesellschaften festgeschrieben werden.

Die Prognose, daß der freie Wettbewerb der Gesellschaftsrechte geeignet wäre, ein besseres Mitbestimmungsrecht zu produzieren, ist meines Erachtens mit Vorsicht zu genießen. Tatsächlich entsteht durch den Wettbewerb der Rechtsordnungen ein ungeheurer Veränderungsdruck auf die nationalen Gesellschaftsrechte. Neuinvestitionen werden regelmäßig nur noch in der Rechtsform getätigt werden, die für die Investoren den größtmöglichen Entscheidungsfreiraum bietet. Dies ist nicht verwerflich! Denn auch die Regelungsdichte ist Standortfaktor und die Ausnutzung eines Standortgefälles ist Wettbewerb und nicht Wettbewerbsverzerrung<sup>265</sup>.

In der Folge des Rechtsstandortwettbewerbs werden die Mitgliedstaaten versuchen, diejenigen Regelungen ihrer Rechtsordnungen zu beseitigen, die ihr Gesellschaftsrecht unattraktiv machen. In welche Richtung der Zug gehen wird, läßt die Forderung *Meilickes* erahnen: Die deutsche Unternehmensmitbestimmung muß

263 *Merkt*, RabelZ 59 (1995), 545 (549).

264 Unter diesem Aspekt wurde die Sitztheorie von namhaften Gesellschaftsrechtlern schon sei längerem als „Theorie auf Zeit“ angesehen; *Großfeld*, AG 1987, 261 (263); ähnlich auch *Ebenroth/Eyles*, DB 1989, 413 (417).

265 *Windbichler*, AG 2004, 190 (191).

verschwinden, wenn das deutsche Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Gesellschaftsrechte eine Chance haben will<sup>266</sup>.

Der Wettbewerb ist ungeeignet, um die Unternehmensmitbestimmung fortzuentwickeln. Die Einschätzung, daß Anteilseigner bzw. Investoren bereits bei der Wahl ihrer Rechtsform die Interessen ihrer (zukünftigen!) Arbeitnehmerschaft berücksichtigen, ist kühn. Im Wettbewerb können sich Interessengruppen nur dann angemessen durchsetzen, wenn sie etwa durch Nachfrage oder andere Druckpotentiale Einfluß auf die dem Wettbewerb unterliegende Entscheidung haben. Ein Arbeitnehmer wird jedoch mit Sicherheit einen Arbeitsplatz nicht deshalb ablehnen, weil das Unternehmen ausländischer Rechtsform ist und demgemäß eine Mitbestimmung der Arbeitnehmerschaft auf Unternehmensebene fehlt. Auch der Streik ist als Druckmittel ungeeignet, da die Unternehmensmitbestimmung nach h.M. kein tariflich regelbares Ziel darstellt. Die Unternehmensmitbestimmung wird im Rechtsordnungswettbewerb daher zur freien Disposition der Marktakteure gestellt, ohne daß die Arbeitnehmer über ein effektives Machtmittel verfügen, um die institutionelle Beteiligung in den Unternehmensorganen durchzusetzen.

Auf dieses Marktversagen kann in zweifacher Weise reagiert werden. Entweder die Entwicklung wird akzeptiert oder man versucht durch eine rechtliche Korrektur des Gründungsstatutes eine Absicherung der Unternehmensmitbestimmung in ausländischen Gesellschaften mit Inlandssitz zu erreichen. Die zweite dieser Optionen soll im folgenden näher untersucht werden.

## **B. Kollisionsrechtliche Anknüpfung**

### **I. Das Gesellschaftsstatut als Ausgangspunkt**

Die Mitbestimmung von Arbeitnehmern in Unternehmensorganen ist Teil der Unternehmensverfassung. Kollisionsrechtlich folgt sie daher grundsätzlich dem Gesellschaftsstatut<sup>267</sup>. Im Zusammenspiel mit der Gründungstheorie führt diese kollisionsrechtliche Anknüpfung – wie oben dargestellt – unweigerlich zu Mitbestimmungslücken. Autoren, die dies als unbefriedigend empfinden, schlagen kollisionsrechtliche Korrekture vor, die bei geltender Rechtslage im Ergebnis zu einer Anwendung der deutschen Mitbestimmungsnormen auf ausländische Gesellschaften mit Inlandssitz führen sollen. Im wesentlichen werden drei Ansätze diskutiert: der ordre public Vorbehalt des Art. 6 EGBGB, die Anwendung über Art. 34 EGBGB analog und die sog. Sonderanknüpfung.

### **II. Europarechtliche Rechtsgrundlagen?**

Bevor jedoch auf diese kollisionsrechtlichen Korrekturvorschläge im einzelnen eingegangen wird, sollen zuvor kurz weitere Rechtsgrundlagen angesprochen werden,

---

266 *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (809).

267 Ganz h.M. BGH v. 16.11.1981 – II ZR 150/80 – NJW 1982, 933 (934); MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 451; *M. Reuter*, S. 48; a.A. *Zimmer*, IntGesR, S. 146 (vgl. hierzu die Ausführungen unter § 4 B II 1).

die von Sandrock – wenn auch ablehnend – in die Diskussion eingeführt werden: Art. 46 EGV und gewisse europarechtliche Prinzipien (Gemeinwohlprinzip, Mißbrauch der Niederlassungsfreiheit) seien als Rechtsgrundlagen denkbar, den deutschen Mitbestimmungsnormen zur Anwendung zu verhelfen<sup>268</sup>.

### 1. Art. 46 und das Gemeinwohlprinzip

Art. 46 und der Allgemeinwohlgedanke scheiden als Rechtsgrundlage von vornherein aus. Rechtstechnisch handelt es sich um Rechtfertigungsgründe. Als solche entfalten sie keine kollisionsrechtlich zuweisende Wirkung und können daher nicht den deutschen Mitbestimmungsnormen zur Anwendung verhelfen. Relevanz für die Mitbestimmungsüberlagerung entwickeln die Rechtfertigungsgründe vielmehr erst in einem dritten Schritt, wenn nach der Feststellung der Anwendbarkeit der deutschen Mitbestimmung sowie der Feststellung eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit eine Rechtfertigung des letzteren in Frage steht.

### 2. Der Mißbrauch der Niederlassungsfreiheit

Auch die Behandlung des Mißbrauchs der Niederlassungsfreiheit als eigenständige Rechtsgrundlage für die Überlagerung ist rechtssystematisch fehlerhaft. Hierbei kann offenbleiben, auf welcher rechtstechnischen Ebene – tatbestandlich oder rechtfertigend – der Mißbrauchseinwand innerhalb der Niederlassungsfreiheit konkret ansiedelt werden muß<sup>269</sup>. Folge des Rechtsmißbrauchs wäre nämlich nur, daß der Einwand des Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit entfiel und damit die wegen dieses Einwands verworfene Sitztheorie wieder zum Tragen käme. Mit anderen Worten: die Rechtsfolge eines Rechtsmißbrauchs ist der partielle Wegfall der Normsetzungsbeschränkung und nicht die positive Zuweisung einer Normsetzungsbefugnis.

Aber auch wenn man diese systematischen Erwägungen außen vor läßt und den Rechtsmißbrauchsgedanken als Rechtfertigung des partiellen Fortbestandes der Sitztheorie thematisiert, ist dieser Ansatz zur Eindämmung der Mitbestimmungsumgehung ungeeignet. Zum einen scheitert er an der restriktiven Rechtsprechung des EuGH. Zum anderen ist er aus praktischen Erwägungen völlig unbrauchbar.

#### a. EuGH Rechtsprechung zum Mißbrauch der Niederlassungsfreiheit

Zwar billigt der EuGH den Mitgliedstaaten das Recht zu, Maßnahmen zu treffen, die verhindern sollen, daß sich eigene Staatsangehörige unter Ausnutzung der durch den EG – Vertrag geschaffenen Möglichkeiten in mißbräuchlicher Weise der Anwendung des nationalen Rechts entziehen. D.h. die mißbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht ist nicht gestattet<sup>270</sup>. Zugleich

---

268 Sandrock, AG 2004, 57 (58 f.); ders., ZvglRWiss 102 (2003), 447 (458 ff.).

269 Die systematische Verortung dieser Frage im Centros Urteil vor den Rechtfertigungsgründen legt es nahe, daß der EuGH von einer Berücksichtigung auf Tatbestandsebene ausgeht.

270 EuGH v. 30.9.2003 (Inspire Art) – Rs. C-167/01 – NJW 2003, 3331 (3334); EuGH v. 9.3.1999 (Centros) – Rs C-212/917 – ZIP 1999, 438 Rn. 24 mit zahlreichen Verweisen auf frühere Rechtsprechung.

betont er aber, daß alleine die Ausnutzung von Regelungsdifferenzen für sich gesehen noch keinen Rechtsmißbrauch darstellt, daß also die Gründe, aus denen eine Gesellschaft in einem bestimmten Mitgliedstaat errichtet wird, – von dem Sonderfall des Betrugs abgesehen – für die Anwendung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit irrelevant sind<sup>271</sup>. Die Frage, ob eine Ausnutzung von Regelungsdifferenzen mißbräuchlich ist, muß unter Beachtung der Ziele der fraglichen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts im Einzelfall beurteilt werden<sup>272</sup>. Hierbei ist maßgeblich, daß es nach der Auslegung des EuGH gerade das Ziel der Niederlassungsfreiheit ist, den nach dem Recht eines Mitgliedstaats errichteten Gesellschaften zu erlauben, mittels einer Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat tätig zu werden<sup>273</sup>. Auch der Umstand, daß eine Gesellschaft in ihrem Gründungsstaat keine Tätigkeit entfaltet und ihre Tätigkeit ausschließlich im Mitgliedstaat ihrer Zweigniederlassung ausübt, ist noch kein mißbräuchliches Verhalten, sondern die berechnete Ausübung der ihr vertraglich zuerkannten Niederlassungsfreiheit<sup>274</sup>. Inhaltlich ist eine Korrektur des Mitbestimmungsverlustes im Einzelfall daher nicht durch die Rechtsfigur des Grundfreiheitenmißbrauchs begründbar.

## **b. Praktische Konsequenzen**

Ferner ist die Überlegung, die Mitbestimmungsumgehung mit Hilfe des Gemeinschaftsrechtsmißbrauchs zu verhindern, auch aus praktischen Gründen abwegig, denn das Korrektiv würde erst eingreifen, wenn eine ausländische Gesellschaft mit Inlandssitz tatsächlich mehr als 500 Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigt. Die Rechtsfolge des konstatierten Gemeinschaftsrechtsmißbrauchs wäre aber, wie oben gesehen, das Wiederaufleben der Sitztheorie mit der Folge, daß eine wirtschaftlich bedeutende Gesellschaft ihrer Rechts- und Parteifähigkeit für verlustig erklärt wird. Mit einer rechtlich inexistenten Gesellschaft als Arbeitgeber ist der Arbeitnehmer-schaft nicht gedient.

## **III. Der ordre public als Rechtsgrundlage**

### **1. Positive und negative Funktion des ordre public**

Der ordre public hat in erster Linie eine negative Funktion, einen abwehrenden Charakter<sup>275</sup>. Verweist das deutsche Kollisionsrecht in einem Rechtsstreit auf ausländisches Recht, wird dieses grundsätzlich ohne Einschränkungen angewendet. Nur wenn die Anwendung einer ausländischen Rechtsnorm im Einzelfall zu unerträglichen Ergebnissen führt, bleibt diese gem. Art. 6 EGBGB wegen Verstoßes gegen den deutschen ordre public außer Anwendung. Unerträglich ist ein Ergebnis, wenn es mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere den

---

271 EuGH v. 9.3.1999 (Centros) – Rs C-212/917 – ZIP 1999, 438 Rn. 24 f.

272 EuGH 2.5.1996 (Paletta) – Rs. C-206/94 – EuZW 1996, 375.

273 EuGH v. 30.9.2003 (Inspire Art) – Rs. C-167/01 – NJW 2003, 3331 (3334).

274 EuGH v. 30.9.2003 (Inspire Art) – Rs. C-167/01 – NJW 2003, 3331 (3334).

275 Ganz h.M. *Kropholler*, IPR, 242; *Staudinger/Blumenwitz*, Art. 6 Rn. 15; *MüKoBGB/Sonnenberger*, Art. 6 EGBGB, Rn. 9; *Palandt/Heldrich*, Art. 6 EGBGB Rn. 3 jeweils m.w.N.

Grundrechten, offensichtlich unvereinbar ist. Ein Verstoß gegen den *ordre public* hat aber nicht zur Folge, daß sich das deutsche Recht und Rechtsempfinden dem fremden Recht in dem Sinne überlagert, daß entgegen der ursprünglichen kollisionsrechtlichen Verweisung nun doch in Teilbereichen deutsches Recht zur Anwendung kommt. Vielmehr wird die zweifelhafte Norm nicht angewendet und die so entstehende Lücke im Rahmen des fremden Rechts geschlossen. Diese Grundstruktur des *ordre public* als reine Vorbehaltsklausel entspricht der ganz h.M.<sup>276</sup>

Eine positive Komponente entwickelt der *ordre public* Vorbehalt, wenn gerade im Fehlen einer Norm im fremden Recht der *ordre public* Verstoß liegt<sup>277</sup> oder wenn, nachdem eine ausländische Rechtsnorm gem. § 6 EGBGB außer Anwendung bleiben muß, sich eine Lösung der Rechtsfrage unter Zugrundelegung des fremden Rechts nicht finden läßt. Dann greift das angerufene Gericht auf das *lex fori*, ein deutscher Richter auf deutsches Recht zurück. Vorausgesetzt, die Unternehmensmitbestimmung wäre Teil des *ordre public* (hierzu weiter unten), kämen die deutschen Mitbestimmungsnormen daher uneingeschränkt zur Anwendung, wenn das Recht des Gesellschaftsstatuts keinerlei Mitbestimmung vorsieht und damit gerade im Fehlen der Mitbestimmung der *ordre public* Verstoß liegt.

## 2. Anwendung des fremden Mitbestimmungsrechts

Bestehen Mitbestimmungsnormen in der Rechtsordnung des Gesellschaftsstatuts, wäre für einen *ordre public* Vorbehalt grundsätzlich kein Raum. Hierbei stellen sich jedoch zwei Fragen:

### a. Territoriale Beschränkung des fremden Mitbestimmungsrechts

Im Regelfall wollen die fremden Mitbestimmungsnormen nur im Rechtsordnungsland Geltung beanspruchen und dort tätige Arbeitnehmer erfassen, denn die territoriale Begrenzung der Mitbestimmung ist nicht nur in Deutschland anzutreffen. Entsprechend der Grundsystematik des IPR ist die so entstehende Regelungslücke zuerst im Rahmen der fremden Rechtsordnung zu schließen. Denkbar wäre beispielsweise eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs der fremden Mitbestimmungsnormen dahingehend, daß auch die im Ausland tätigen Arbeitnehmer des Sitzstaates erfaßt werden. Sofern dies möglich ist, die Mitbestimmung der in Deutschland tätigen Arbeitnehmer also nach fremder Rechtsordnung im gegenständlichen Unternehmen gewährleistet ist, scheidet eine Korrektur nach dem Grundsatz des *ordre public* aus. Nur wenn dies auf unüberbrückbare Hindernisse in der fremden Rechtsordnung stößt, wäre ein echtes Regelungsdefizit auszumachen und über den *ordre public* ein Rückgriff auf *lex fori* denkbar.

Wesentlich ist hierbei, welche Freiheiten dem deutschen Richter bei der Anwendung des ausländischen Rechts zukommen. Anerkanntermaßen darf sich die Anwendung nicht in der reinen Wortinterpretation des fremden Gesetzestextes erschöpfen. Der

---

276 Vgl. die Verweise in der vorherigen Fußnote.

277 Staudinger/Blumenwitz, Art. 6 EGBGB Rn. 17.

Richter ist vielmehr gehalten, unter Ausschöpfung aller zugänglichen Erkenntnismöglichkeiten die konkrete Ausgestaltung des Rechts in der ausländischen Rechtspraxis in die Rechtsanwendung einzubeziehen<sup>278</sup>. Strittig ist hingegen, ob der deutsche Richter an die so ermittelte Rechtspraxis zwingend gebunden ist oder ob er mittels einer Fortbildung des fremden Rechts eine Rechtslücke schließen kann. *Goldschmidt*<sup>279</sup> umschrieb diesen Konflikt mit einer Metapher: Bei der Anwendung des eigenen Rechts sei der Richter Architekt, bei der Anwendung fremden Rechts Fotograf. Eine Abweichung von der ausländischen Rechtspraxis sei generell unzulässig. Andere Autoren räumen dem Richter einen größeren Entscheidungsspielraum ein. Der Richter dürfe vor eine Fortentwicklung des fremden Rechts nicht zurückschrecken, wenn das fremde Recht eine aus seinem Sinnzusammenhang zu schließende Lücke aufweist oder wenn die bisherige Regelung eindeutig überholt ist<sup>280</sup>. Auch bei Fehlen eines einschlägigen Präjudizes sei eine Entscheidung nach ausländischem Recht zu treffen<sup>281</sup>.

Der BGH ist hier jedoch deutlich zurückhaltender: Wenn der Richter nicht in der Lage ist, eine im ausländischen Recht umstrittene, in der Rechtsprechung noch nicht entschiedene Frage sicher zu beurteilen, ist das ausländische Recht nicht feststellbar und Ersatzrecht anzuwenden<sup>282</sup>.

Die Fortentwicklung des fremden Rechts birgt ohne Zweifel Risiken, denn die Rechtsinterpretation des deutschen Gerichts untersteht nicht der Überprüfung der fremden Gerichtsbarkeit und bedroht damit die Einheitlichkeit der fremden Rechtsordnung. Trotz dieser Bedenken erscheint mir eine weitfassende Interpretation (Einbeziehung der Arbeitnehmer des Sitzstaates) in diesem Sonderfall überlegenswert, sofern die fremde Rechtsordnung dies nicht ausdrücklich zurückweist oder die gängige Rechtspraxis dies ausschließt. Hierbei sind zwei Gesichtspunkte erheblich:

Bestünde die einzige Alternative in der Anwendung des *lex fori* Ersatzrechtes, wäre eine Mitbestimmungsbeteiligung der im Territorium der fremden Rechtsordnung tätigen Arbeitnehmer wegen der territorialen Begrenzung der deutschen Mitbestimmung nicht gewährleistet. Die weite Interpretation diene also mittelbar dem Grundbestreben der fremden Rechtsordnung, die Mitbestimmung der rechtsordnungsinländischen Arbeitnehmer in deren Gesellschaften sicherzustellen. Überdies ist die ausländische Mitbestimmungsordnung dem ausländischen Gesellschaftsrecht auch besser angepaßt als die deutsche Mitbestimmungsordnung. Auch dies spricht dafür, sofern die Alternative ausschließlich in einer Überlagerung besteht, die fremde Rechtsordnung für die Arbeitnehmer des Sitzstaates anwendungs offen zu interpretieren. Berücksichtigt man diesen Aspekt, so zeigt sich, daß der Schluß von der *ordre public* Eigenschaft zur zwingenden Anwendung der

---

278 *Kropholler*, IPR, S. 211.

279 Vgl. *Keigel/Schurig*, IPR, 15 III.

280 *Kropholler*, IPR, S. 212.

281 *Siehr*, IPR, S. 470.

282 BGH v. 23.12.1981, FamRZ 1982, 263 (265); kritische Anmerkungen hierzu von *Wengler*, JR 1983, 221.

deutschen Mitbestimmungsnormen zu kurz greift. Der Anwendung deutschen Ersatzrechts ist in jedem Falle eine genaue Analyse des ausländischen Mitbestimmungsrechts im Einzelfall voranzustellen, das gegebenenfalls dem deutschen Recht vorgeht.

### **b. Das Mitbestimmungsniveau**

Ein anderes Problem stellt sich, wenn die fremde Mitbestimmungsordnung im Einzelfall zu einem Mitbestimmungsniveau führt, das hinter den deutschen Vorgaben zurückbleibt. Dies wird z.B. die Regel sein, wenn in Deutschland mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt sind und damit die deutsche Mitbestimmungsordnung eine paritätische Beteiligung vorsieht. Auch die konkrete Ausgestaltung der ausländischen Mitbestimmung kann eine Niveauminderung bedeuten, wenn den Arbeitnehmervertretern nicht vergleichbare Kompetenzen zugestanden werden. Das Eingreifen von Art. 6 EGBGB ist aber auch hier nicht zwingend. Nur wenn man die Mitbestimmung nicht in ihrer Grundentscheidung, sondern gerade in ihrer konkreten Ausgestaltung in Deutschland dem *ordre public* zurechnet, verdrängt Art. 6 EGBGB die niveauärmeren Rechtsnormen und *lex fori* tritt als Ersatzrecht an deren Stelle. Eine detailgenaue *ordre public* Wertung der Unternehmensmitbestimmung ist jedoch mehr als fraglich: Kann man allen Ernstes die Schwellwerte zu den wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung zählen, obwohl ihnen doch ein gutes Maß an Zufälligkeit innewohnt? Verstößen Schwellwerte einer ausländischen Rechtsordnung, die auf Größenordnungen von 501 oder 600 Arbeitnehmern abstellen, tatsächlich gegen die Basiswerte unserer Rechtsordnung<sup>283</sup>?

## **3. Unternehmensmitbestimmung als Teil des *ordre public***

### **a. Literatur**

Bei den voranstehenden Ausführungen wurde implizit vorausgesetzt, daß die Unternehmensmitbestimmung deutscher Prägung grundsätzlich ein Teil des deutschen internationalen *ordre public* darstellt, sich die Mitbestimmung im Unternehmen also in die wesentlichen Grundsätze der deutschen Rechtsordnung einreicht. Diese These hat in der Literatur zahlreiche und namhafte Vertreter<sup>284</sup>. Die Begründung ist jedoch meist auffallend knapp, mitunter wird diese These den Erörterungen wie selbstverständlich zugrundegelegt.

Zum einen wird angeführt, daß der Charakter des Mitbestimmungsrechts als im öffentlichen Interesse erlassenes Sozialordnungsrecht eine solche Einordnung rechtfertige, da sozialordnungsrechtliche Wertvorstellungen des Bundesgesetzgebers

---

283 Nach *Großfeld* verstößt eine ausländische Mitbestimmung grundsätzlich nicht gegen den *ordre public*, Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 510; vgl. ferner *Großfeld/Kötter*, IPRax 1983, 60.

284 Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 510, 516; *Großfeld*, IPRax 1983, 60; *Großfeld/Erlinghagen*, JZ 1993, 217 ff.; *Mankowski*, ZIP 1995, 1006 f.; *Roth*, IPRax 2003, 117 (125); *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl. Rn. 35, 40 ff.; *Ulmer*, JZ 1999, 662 (663) bezeichnet dies als h.M.; *Paefgen*, DB 2003, 487 (489); *Birk*, RabelsZ 46 (1982), 384 ff.; *Hüffer*, AktG, § 241 Rn. 18, 22 f. der den *ordre public* Charakter zwar bejaht, eine Sonderanknüpfung jedoch ausschließt, vgl. *ders.*, AktG, § 1 Rn. 44.

grundsätzlich Teil des *ordre public* seien. Hierzu verweist *Großfeld*<sup>285</sup> auf ein Urteil des BGH<sup>286</sup>. In diesem setzten die Bundesrichter den Differenzeinwand des § 764 BGB a.F. als Norm des deutschen *ordre public* gegenüber einer ausländischen Norm durch und weisen darauf hin, daß der Differenzeinwand eine Schutznorm sei, die gleichzeitig der Ordnung des innerstaatlichen Soziallebens diene<sup>287</sup>.

Darüber hinaus gäbe es Kennzeichen für den Grundsatzcharakter der Mitbestimmung und für das öffentliche Interesse an seinem Regelungsgehalt: das langjährige außerparlamentarische Ringen um die Einführung des MitbestG sowie das bisherige Dimensionen sprengende Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes<sup>288</sup>. Auch die Behandlung im Rahmen des § 241 Nr. 3 AktG als im öffentlichen Interesse gegebene Rechtsmaterie zeige den ordnungsrechtlichen Grundsatzcharakter des Gesetzes<sup>289</sup>. Hüffer schließt daraus, daß die Unternehmensmitbestimmung als „Kernstück der gesetzlichen Unternehmensverfassung“ zum „wirtschaftsrechtlichen *ordre public*“ gehöre<sup>290</sup>.

Darüber hinaus sei der Grundsatzcharakter auch höchstrichterlich explizit bestätigt, denn nach Einschätzung des BVerfG solle das MitbestG nicht nur den Interessen der unmittelbar Betroffenen, sondern seiner allgemeinen Zielrichtung nach auch der Allgemeinheit dienen<sup>291</sup>.

## b. Stellungnahme

Der Einordnung der Unternehmensmitbestimmung als Teil des deutschen *ordre public* i.S.d. Art. 6 EGBGB kann m.E. nicht gefolgt werden. Die Unternehmensmitbestimmung gehört nicht zu den wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung.

Das besondere gesellschaftspolitische Gewicht der Mitbestimmung kann als Argument nicht fruchten. Die gesetzgeberischen Kontroversen und verfassungsrechtliche Auseinandersetzungen, die das MitbestG in den ersten Jahren begleiteten, sind keine adäquaten Maßstäbe, um den Grundsatzcharakter eines Gesetzes zu begründen. Nicht der Lärm um ein Gesetz, sondern dessen konkreter Gehalt ist der richtige Bezugspunkt für die *ordre public* Wertung. Dies belegt auch die Tatsache, daß über die tatsächlichen Grundfesten unserer Rechtsordnung Konsens und nicht Dissens vorherrscht. Wollte man die gesellschaftspolitische Auseinandersetzung als *ordre public* Kriterium gelten lassen, wäre daher im Gegenteil Einmütigkeit und nicht Unfrieden der richtige Maßstab.

Auch die von *Großfeld* angeführte Entscheidung des BGH hält als Argument einer näheren Prüfung nicht stand. Das Urteil sticht in seiner Reichweite aus der gängigen

---

285 Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 510.

286 BGH v. 12.6.1978 – II ZR 48/77 – NJW 1979, 488.

287 Auch Grundsätze unterliegen dem Wandel: Mit Erlaß des Finanzmarktförderungsgesetzes vom 21.6.2002 ist der Differenzeinwand ersatzlos entfallen.

288 *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl., Rn. 35 ff.

289 *Hanau/Ulmer*, MitbestG, Einl., Rn 35, 40 ff.

290 *Hüffer*, AktG, § 1 Rn. 44 und § 241 Rn. 22, 23.

291 BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532 ua. – BVerfGE 50, 290 (350).

Rechtsprechung des BGH deutlich heraus. Eine Kontinuität der Rechtsprechung dahingehend, daß Wertvorstellungen des Gesetzgebers über die innerstaatliche Sozialordnung per se Teil des *ordre public* wären, kann nicht festgestellt werden. In zahlreichen Entscheidungen jüngerer Datums betont der BGH, daß der *ordre public* Vorbehalt nicht schon dann eingreift, wenn zwingendes deutsches Recht zu einem anderen Ergebnis führen würde. Maßgeblich sei vielmehr, „ob das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, daß es nach inländischer Vorstellung untragbar erscheint“<sup>292</sup>. Die klare und weit restriktivere Rechtsprechung des BGH vor und nach dem Urteil belegt den singulären Charakter der Entscheidung<sup>293</sup> und läßt vermuten, daß Einzelfallgerechtigkeit und nicht Präjudizwirkung das Entscheidungsmotiv bildete.

Ferner legt die zitierte BGH Definition des internationalen *ordre public* offen, daß auch der Vergleich zu § 241 Nr. 3 AktG nicht tragfähig ist. Zwar stellt der BGH in der sog. Siemensentscheidung fest, daß die Unternehmensmitbestimmung im öffentlichen Interesse liegt, und der Beschluß einer Hauptversammlung, der die in §§ 25 ff MitbestG zugrundegelegten Grundsätze zu verändern oder zu beseitigen unternimmt, daher gem. § 241 Nr. 3 Fall 3 AktG nichtig sei<sup>294</sup>. Dieser Gedanke kann – so richtig er in der Sache sein mag – nicht ohne weiteres auf die internationalprivatrechtliche Wertung übertragen werden. Dieser Fehlschluß wird erhellt, wenn die Siemensentscheidung hinsichtlich ihrer Entscheidungsmotive und der möglichen Alternativen durchleuchtet wird.

Maßnahmen des Aufsichtsrats selbst, beispielsweise den Erlaß einer Geschäftsordnung oder die Wahl von Mitgliedern in einen Ausschuß, können die Aufsichtsratsmitgliedern durch eine Klage auf Feststellung der Gesetzeswidrigkeit angreifen<sup>295</sup>. Gegen Satzungsänderungen – Gegenstand der Siemensentscheidung –, die auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruhen, steht den Aufsichtsratsmitgliedern dieser Weg nicht offen. Um diese Lücke im Rechtsschutz der Aufsichtsratsmitglieder gegen mitbestimmungsmindernde Satzungen zu schließen, waren zwei rechtliche Ansatzpunkte denkbar:

Zum einen die Zuerkennung eines Anfechtungsrechts für die Aufsichtsratsmitglieder über eine weite Auslegung des § 245 Nr. 5 AktG. Dieses Anfechtungsrecht ist vom Wortlaut her nur einschlägig, wenn das einzelne Aufsichtsratsmitglied durch die Anwendung der streitigen Satzung strafrechtlich haftbar oder Schadensersatz-

---

292 BGH v. 16.9.1993 – IX ZB 82/90 – BGHZ 123, 268 (270); gleichlautend BGHZ 118, 312 (330); ähnlich BGHZ 104, 262 (270); zur früheren Rechtsprechung vgl. BGHZ 39, 173 (176); BGHZ 50, 370 (376).

293 Die Formel des Reichsgerichts war sogar noch enger gefaßt. Danach sollte es darauf ankommen, ob „der Unterschied zwischen den staatspolitischen und sozialen Anschauungen, auf denen das fremde und das konkurrierende deutsche Recht beruhen, so erheblich ist, daß durch die Anwendung des ausländischen Rechts die Grundlagen des deutschen staatlichen oder gesellschaftlichen Lebens angegriffen werden“, RGZ 60, 296 (300); RGZ 138, 214 (216).

294 Vgl. die sogenannte Siemensentscheidung des BGH v. 25.2.1982 – II ZR 123/81 – NJW 1982, 1525 ff.; MüKoAktG/Hüffer § 241 Rn. 65 mit weiteren Verweisen auf Rechtsprechung und Schrifttum.

295 OLG Frankfurt, ZIP 1996, 1661.

pflichtig werden würde. Alternativ war der letztlich eingeschlagene Weg über die Nichtigkeitsklage gem. § 242 Nr. 3 Fall 3 AktG denkbar<sup>296</sup>.

Die Formulierung des BGH, „die Vorschriften der §§ 25 MitbestG über die innere Ordnung und die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats sind solche, die im öffentlichen Interesse gegeben sind“, muß daher unter dem Blickwinkel gesehen werden, daß der BGH den Aufsichtsratsmitgliedern ein effektives Klagerecht einräumen wollte, um ihre gesetzlich gesicherte Rechtsstellung gerichtlich verteidigen zu können. Sofern man dieser Formulierung eine inhaltliche Dimension zuerkennt, beschränkt sich diese auf den inländischen ordre public.

Dieser ist vom ordre public international abzugrenzen: Die Vorstellung eines inländischen ordre public entstammt dem romanischen Rechtskreis. Gesetzlich festgeschrieben ist er beispielsweise in Art. 6 des französischen *Code Civil*, der die Unwirksamkeit vertraglicher Vereinbarungen regelt, wenn sie gegen den ordre public oder die guten Sitten verstoßen<sup>297</sup>. Ins deutsche Recht hat der inländische ordre public nicht explizit Aufnahme gefunden<sup>298</sup>, wird aber nach allgemeiner Meinung als Teil der guten Sitten verstanden, die über § 138 BGB umfassend geschützt werden<sup>299</sup>. Die Siemensentscheidung erhebt die Unternehmensmitbestimmung daher nur zum ordre public interne (*jus cogens*). Ein Rückschluß auf den Charakter der Mitbestimmung als Teil des internationalen ordre public ist dieser Entscheidung nicht zu entnehmen<sup>300</sup>.

Auch die erwähnte Formulierung des BVerfG<sup>301</sup> wird weithin überbewertet, wenn ihr die Feststellung des ordre public Charakters der Unternehmensmitbestimmung entnommen wird. Daß die Unternehmensmitbestimmung mit den betroffenen Gruppeninteressen auch Allgemeininteressen erfaßt, ist m.E. evident<sup>302</sup>. Grundsätzlich dient jede Rechtsnorm zumindest mittelbar auch der Allgemeinheit, da sie Rechtssicherheit und konkrete Gerechtigkeitserwägungen vermittelt. Im Privatrecht ist das Allgemeininteresse in der Regel nachgeordnet, nimmt aber dann einen wachsenden Stellenwert ein, je größer der Kreis der Betroffenen ist und je größer die durch eine Norm überwundene Kluft an Gestaltungsmacht der Beteiligten ist. Unter diesem Blickwinkel dienen Gesetze des Arbeitnehmer- und Verbraucherschutzes weitgehender der Allgemeinheit als Normen des allgemeinen Zivilrechts.

Das Recht der Unternehmensmitbestimmung, das die Einbindung der Arbeitnehmer in die Unternehmensentscheidungen im Wege der Kooperation fördern und einen

296 Windbichler/Bachmann, FS Bezenberger, 797 (799); Geßler, ZGR 1980, 427.

297 „On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs“, hierzu Kropholler, IPR, S. 243; Windbichler/Bachmann, FS Bezenberger, 797 (800).

298 Der Vorschlag, neben den guten Sitten auch die öffentliche Ordnung in § 138 BGB zu verankern, wurde fallen gelassen, da der Begriff zu unbestimmt erschien, vgl. Flume, S. 364 ff.

299 Palandt/Heinrichs, § 138 Rn. 3; Flume, 367; Staudinger/Sack, § 138 Rn. 39 ff.

300 BGHZ 98, 70 (73) weist ausdrücklich auf die inhaltlichen Unterschiede zwischen ordre public interne und ordre public international hin; so auch Kropholler, IPR, S. 243.

301 Bundesverfassungsgericht Urteil v. 1.3.1979 – 1 BvR 532 u.a. – BVerfGE 50, 290 (350).

302 Anders Meilicke, GmbHR 2003, 793 (805): Die Unternehmensmitbestimmung dient nur den Interessen der Gewerkschaftsfunktionäre.

institutionalisierten Interessenausgleich sicherstellen soll, dient dem Allgemeininteresse, indem es einen partnerschaftlichen Umgang im Unternehmen als Leitbild der bundesrepublikanischen Wirtschaftsordnung normiert. Insoweit ist dem Bundesverfassungsgericht zuzustimmen, als es das Allgemeininteresse an der Unternehmensmitbestimmung betont. Gleichwohl ist der Schluß unzulässig, mit dieser Feststellung sei der Unternehmensmitbestimmung zugleich die Weihe zur Grundfeste unserer rechts- und sozialpolitischen Ordnung erteilt<sup>303</sup>. Denn als Kernbestand der deutschen Rechtsordnung müßte die Unternehmensmitbestimmung ein Prinzip sein, das nicht nur der Allgemeinheit dient, sondern dem eine über Einzelfälle hinausgehende Verbindlichkeit zukommt, das also der Rechtsordnung insgesamt zugrunde liegt. Denkbar ist es, dem Mitbestimmungsgedanken als solchem diese Charakteristik zuzubilligen<sup>304</sup>.

Wie oben gesehen, ist die Mitbestimmung in Unternehmensorganen nicht systematisch verwirklicht, sondern erfaßt vielmehr nur einen Teil der abhängigen Arbeitnehmerschaft. Von einem Grundprinzip kann daher nicht gesprochen werden. Auch eine Reduktion des Grundprinzips auf Mitbestimmung in Kapitalgesellschaften bietet keinen tauglichen Ansatz, denn der Zusammenhang zwischen Gesellschaftsform und Mitbestimmungsverwirklichung entspringt nicht einer dem Teilhabegedanken immanenten Überlegung, sondern fußt auf gesellschaftsrechtlichen und ökonomischen Prämissen<sup>305</sup>. Dies zeigt auch ein Vergleich mit anderen Arbeitnehmerschutzvorschriften wie der betrieblichen Mitbestimmung oder dem Kündigungsschutz, die, ebenfalls an Schwellwerte gekoppelt, unterschiedslos allen Arbeitnehmern zugute kommen. Die Unternehmensmitbestimmung über den *ordre public* ausländischen Gesellschaften aufzuzwingen hieße demnach, dieser eine Allgemeinverbindlichkeit zuzusprechen, die der Unternehmensmitbestimmung auch im Inland nicht zukommt. Eine ausländische Regelung aber mit der Begründung zurückzuweisen, sie sei mit den Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung nicht vereinbar, wenn von besagtem Prinzip nach großzügigen Schätzungen gerade einmal 5,2 Mio. der inländischen Arbeitnehmerschaft erfaßt werden, ist schlicht grotesk<sup>306</sup>. Der *ordre public* Vorbehalt blockiert erhebliche, mit der deutschen Rechtsanschauung absolut unvereinbare Vorschriften. Da eine Absenz von Unternehmensmitbestimmung auch in der deutschen Rechtsordnung geduldet wird, kann die Mitbestimmung im Aufsichtsrat nicht Bestandteil des *ordre public* im kollisionsrechtlichen Sinne sein<sup>307</sup>.

---

303 So schlußfolgernd *Sandrock*, AG 2004, 57 (60).

304 So auch *Däubler*, der den Mitbestimmungsgedanken auf die Stufe eines Grundrechts hebt, *Däubler*, Grundrecht, S. 129 ff.

305 Dies gilt insbesondere für den Anwendbarkeitsschwellwert von 501 Arbeitnehmern, denn dieser läßt sich, im Gegensatz zur Exzeption der Personengesellschaften, nicht als grundrechtsimmanente Schranke rechtfertigen.

306 Vgl. zu den Schätzungen *Hassel/Kluge*, Gewerkschaftliche Monatshefte 1999, 167 (172).

307 *Windbichler/Bachmann*, FS G. Bezzenberger, 2000, S. 797, 799 ff. ebenso, *Sandrock*, ZVglRWiss 102 (2003), 447 486 ff.; *Sandrock*, AG 2004, 57; *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (798); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2236 f.); *Paefgen*, DB 2003, 487 (491 f.).

#### IV. Eingriffsnorm

Eine andere kollisionsrechtliche Korrekturmöglichkeit besteht darin, die Mitbestimmungsgesetze als Eingriffsnormen zu qualifizieren. Rechtstechnisch würden die Mitbestimmungsnormen an den Verwaltungssitz der Gesellschaft gekoppelt und sich so dem grundsätzlich anwendbaren Gesellschaftsrecht des Gesellschaftsstatuts überlagern<sup>308</sup>. Die Anwendbarkeit der Mitbestimmungsnormen wird dann entweder unmittelbar aus den Mitbestimmungsgesetzen im Wege einer Sonderanknüpfung oder über eine analoge Anwendung des Art. 34 EGBGB erreicht<sup>309</sup>.

##### 1. Das Wesen der Eingriffsnormen

Eingriffsnormen firmieren auch unter anderen Bezeichnungen wie *loi d'ordre public* oder *loi d'application immédiate*<sup>310</sup>. Diese Bezeichnung läßt eine gewisse Parallelität zum *ordre public* Ansatz vermuten. Gemeinsam ist beiden Rechtsinstituten der Schutzzweck: Die Sicherung der Grundsätze der innerstaatlichen Rechtsordnung im internationalen Rechtsverkehr<sup>311</sup>. Gleichwohl bestehen wesentliche Unterschiede in Zielrichtung und Perspektive. Im Gegensatz zu *ordre public* ist die Anwendung einer Eingriffsnorm nicht von dem Ergebnis oder dem Inhalt der ausländischen Norm abhängig, die Eingriffsnorm verlangt vielmehr von sich aus uneingeschränkte Anwendung im *lex fori* Rechtsstreit<sup>312</sup>. Art. 6 EGBGB verkörpert die Außenperspektive, die nach der Akzeptanz fremden Rechts fragt. Die Eingriffsnorm hingegen folgt der Innenperspektive und erweitert den Geltungsanspruch des nationalen Rechts<sup>313</sup>. Die Wirkung beider Ansätze ist indessen häufig ähnlich, wenn bei Art. 6 EGBGB inländisches Recht als Ersatzrecht einspringt.

Auf die Mitbestimmung bezogen muß aber – wie oben gesehen – erst im Einzelfall geprüft werden, ob nicht das ausländische Sachrecht ein adäquates Mitbestimmungsrecht vorsieht. Deutsches Recht käme als Ersatzrecht bei Art. 6 EGBGB mitunter gar nicht zum Zuge. Insofern erweist sich das Konzept der Eingriffsnorm als rigider, da es die deutschen Mitbestimmungsnormen unabhängig von einer bestehenden Mitbestimmungsordnung im ausländischen Recht durchsetzt.

##### 2. Art. 34 EGBGB analog oder Sonderanknüpfung

###### a. Art. 34 analog

Das Analogieerfordernis bei Art. 34 EGBGB folgt aus der eingeschränkten Anwendbarkeit der Norm auf internationale Schuldverhältnisse. Unabhängig davon, ob man die Unternehmensmitbestimmung als gesellschafts- oder als kollektiv

---

308 Geyrhalter/Gänßler, NZG 2003, 409 (412).

309 Großfeld/Erlinghagen, JZ 1993, 217 (222) und Großfeld/Johannemann, IPRax 1994, 271 (272) schlagen beide Ansätze alternativ vor, ohne eine eigene Präferenz anzudeuten.

310 Staudinger/F.Sturm/G.Sturm Einl. zum IPR Rn. 14 ff. mit zahlreichen Verweisen auf das nationale und internationale Schrifttum.

311 Staudinger/Blumenwitz Art. 6 EGBGB Rn. 24.

312 Staudinger/Blumenwitz Art. 6 EGBGB Rn. 11 m.w.N.

313 Staudinger/Magnus, Art. 34 Rn. 40.

arbeitsrechtliche Rechtsmaterie einstuft, ist der Anwendungsbereich der Art. 27 ff. EGBGB nicht eröffnet. Für das Gesellschaftsrecht ergibt sich dies aus Art. 37 S. 1 Nr. 2 EGBGB, für das kollektive Arbeitsrecht aus seiner Rechtsnatur. Inhaltlich normiert Art. 34 EGBGB, daß sich in seinem Anwendungsbereich Eingriffsnormen der *lex fori* gegen die *lex causae* durchsetzen<sup>314</sup>.

## b. Sonderanknüpfung

Das Konzept der Sonderanknüpfungen ist zwar dem Weg über Art. 34 EGBGB analog methodisch ähnlich – auch hier setzen sich die Mitbestimmungsgesetze als Eingriffsnormen gegenüber der fremden *lex causae* durch –, unterscheidet sich von diesem aber grundsätzlich darin, daß es die Trennung zwischen Sach- und Kollisionsnormen aufhebt, indem einer Sachnorm mit dem Prädikat „Eingriffsnorm“ eine unmittelbare kollisionsrechtliche Wirkung zugestanden wird.

Auf den ersten Blick überrascht es, wenn Autoren ohne weitere Begründung die Lehre von den Sonderanknüpfungen zur Durchsetzung der deutschen Mitbestimmungsgesetze im internationalen Rechtsraum anführen, denn die Idee der Sonderanknüpfung wird im Schrifttum vornehmlich in anderem Zusammenhang diskutiert: hinsichtlich fremder und nicht eigener Eingriffsnormen.

Das Problem fremder Eingriffsnormen ist im deutschen Recht nicht gesetzlich geregelt<sup>315</sup> und wird in der Literatur entsprechend kontrovers diskutiert. Die wohl herrschende Auffassung in der Literatur favorisiert eine Berücksichtigung auf kollisionsrechtlicher Ebene mittels der Sonderanknüpfung<sup>316</sup> und argumentiert, daß damit eine Regelungslücke in Art. 34 EGBGB geschlossen werden könnte. Die Rechtsprechung lehnt dieses Konzept allerdings ab und verfiert seit jeher den materiellrechtlichen Ansatz<sup>317</sup>: Drittstaatliches Eingriffsrecht wird nicht unmittelbar auf kollisionsrechtlicher Ebene, sondern, sofern entsprechende tatsächliche Beziehungen zu einer ausländischen Rechtsordnung bestehen, bei der Anwendung des materiellen Vertragsrechts berücksichtigt<sup>318</sup>. Eine unmittelbare Anwendung fremder Eingriffsnormen meidet der BGH mit der Begründung, daß sie wegen ihres öffentlichrechtlichen Charakters grundsätzlich nur im Territorium des Erlassstaates

314 Fetsch, S. 10.

315 Art. 7 Abs. 1 EVÜ, der die Anwendung gerichtsstands-fremder Eingriffsnormen regelt, wurde anders als Art. 7 Abs. 2 EVÜ, der dem Art. 34 EGBGB entspricht, nicht im Rahmen der IPR Reform 1986 ins EGBGB übernommen. Im Gesetzgebungsverfahren setzte sich die Meinung durch, daß die Norm in der weiten Fassung erhebliche Rechtsunsicherheit verursachen würde; die Kritik des Bundesrates, BT 10/504, S. 100 wurde schließlich vom Rechtsausschuß des Bundestages übernommen BT-Drucks. 10/5632, S. 45; zustimmend die h.M. vgl. Palandt/Heldrich, Art. 34 EGBGB Rn. 1 m.w.N.

316 Kropholler, IPR, S. 499; Drobniç, FS Neumayer, S. 159 (160 f.); Schiffer, IPRax 1991, 84; Junker, IPRax 2000, 65 (72); MüKoBGB/Martiny, Art. 34 EGBGB Rn. 33 ff. mit zahlreichen Verweisen; Staudinger/Magnus, Art. 34 EGBGB Rn. 115; vorsichtiger MüKoBGB/Sonnenberger, EGBGB Einl., Rn. 52 f.; ablehnend hingegen Palandt/Heldrich, Art. 34 EGBGB Rn. 6, der den Begriff der Eingriffsnorm als zu unscharf kritisiert, um Rechtssicherheit zu gewährleisten.

317 Die Rechtsprechung vor der Reform des IPR, z.B. BGHZ 31, 367 (371); Ausnahmemöglichkeiten andeutend BGHZ 64, 183; wurde nach Einführung des Art. 34 EGBGB fortgesetzt, BGHZ 128, 41 (53).

318 Palandt/Heldrich, Art. 34 EGBGB Rn. 5.

Geltung beanspruchten<sup>319</sup>. Die materiellrechtliche Berücksichtigung erfolgt demgemäß unter dem Aspekt der zivilrechtlichen Reflexwirkung ausländischer Eingriffsnormen<sup>320</sup>.

Selbst wenn man das Konzept der Sonderanknüpfung für fremde Eingriffsnormen akzeptiert, läßt es sich nicht ohne weiteres auf inländische Eingriffsnormen übertragen, denn im Gegensatz zu ersteren ist die internationale Geltung der deutschen Eingriffsnormen in Art. 34 EGBGB explizit geregelt. Dies war freilich nicht immer so. Vor der Einführung des Art. 34 EGBGB durch die IPR Reform im Jahre 1986<sup>321</sup> fehlte im deutschen Recht eine allgemeine gesetzliche Grundlage für die Anwendung eigener Eingriffsnormen. Von der Rechtsprechung wurden die international zwingenden Normen des deutschen Rechts jedoch seit jeher gleichsam selbstverständlich angewendet<sup>322</sup>. Mit Einführung des Art. 34 EGBGB wurde diese Rechtsprechung, wenn auch beschränkt auf das internationale Schuldrecht, auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.

### c. Stellungnahme

Stellt man diese Rechtsentwicklung in Rechnung, so wird klar, welchen Stellenwert die beiden Konzepte, Art. 34 EGBGB analog einerseits und die Sonderanknüpfung andererseits, den gesetzgeberischen Vorgaben zubilligen.

Die analoge Anwendung des Art. 34 EGBGB auf das Mitbestimmungsrecht käme einer Analogie contra legem gleich. Mehr noch: Letztlich wäre das Tor aufgestoßen, Art. 34 EGBGB durch wiederholte Analogie zu einem Generalvorbehalt zu befördern, wie ihn andere Rechtsordnungen – beispielsweise das Schweizer Recht in Art. 18 IPRG oder das Italienische Recht in Art. 17 IPRG – zwar kennen, welchen der deutsche Gesetzgeber aber, wie der Beschränkungskatalog des Art. 37 EGBGB zeigt, erkennbar nicht wollte.

Das Konzept der Sonderanknüpfung hingegen nivellierte die Bedeutung des Art. 34 EGBGB im deutschen Kollisionsrechtssystem. Denn wenn eine Eingriffsnorm schon aus sich selbst heraus im *lex fori* Rechtsstreit Geltung beanspruchen könnte, verbliebe für Art. 34 EGBGB kein Raum normativer Regelungsentfaltung. Die Norm wäre ihres regelnden Kerns beraubt und reduzierte sich auf die unvollständige Deklaration der kollisionsrechtlichen Behandlung eigener Eingriffsnormen. Insgesamt käme die Anerkennung der Sonderanknüpfungslehre für inländische Eingriffsnormen einem Systemwechsel im deutschen IPR gleich. Im Hinblick auf die grundlegende Bedeutung der Entscheidung könnte daher bezweifelt werden, ob der Wechsel hin zu einem Generalvorbehalt noch von der Befugnis richterrechtlicher Rechtsfortbildung gedeckt wäre oder ob er nicht vielmehr dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müßte.

---

319 Deutlich BGHZ 31, 367 (371); kritisch hierzu *Kropholler*, IPR, S. 499 f. m.w.N. auf ablehnendes Schrifttum.

320 *Staudinger/Magnus*, Art. 34 EGBGB Rn. 119 ff.

321 Art. 34 EGBGB geht in seiner heutigen Fassung auf Art. 7 Abs. 2 EVÜ zurück.

322 *Staudinger/Magnus*, Art. 34 EGBGB Rn. 9.

Trotz dieser grundlegenden Einwände kann für den Fall der gesellschaftsrechtlichen Anknüpfung der Mitbestimmung eine Sonderbehandlung gerechtfertigt sein: Zum einen läßt sich die gesetzliche Abstinenz, Sonderanknüpfungen für das Gesellschaftsrecht zu erlassen, damit erklären, daß die Sitztheorie eine separate kollisionsrechtliche Absicherung bestimmter Normen überflüssig machte<sup>323</sup>. Ferner basierte die kollisionsrechtliche Anknüpfung für Gesellschaften bislang in Gestalt der Sitztheorie ohnehin insgesamt auf Richterrecht. Die Anerkennung von Eingriffsnormen im internationalen Gesellschaftsrecht ist demgegenüber ein weit geringerer Eingriff in den Gesetzesvorbehalt.

Fraglich bleibt schließlich, welcher der beiden Lösungswege rechtsdogmatisch den Vorzug erhalten sollte. M.E. ist die analoge Anwendung des Art. 34 EGBGB wegen des entgegenstehenden Wortlautes abzulehnen. Für die Sonderanknüpfungslehre spricht auch, daß selbige auf rein gesellschaftsrechtliche Konstellationen beschränkt werden könnte. Der Eingriff in das Gefüge des deutschen IPR wäre auf ein geringfügiges Maß beschränkt.

### 3. Die Mitbestimmungsgesetze als Eingriffsnormen

Wurde nun die dogmatische Grundlage der kollisionsrechtlichen Anknüpfung von gesellschaftsrechtlichen Eingriffsnormen geklärt, bleibt freilich noch offen, ob die Mitbestimmungsgesetze überhaupt als Eingriffsnormen qualifiziert werden können.

Drei Voraussetzungen sind hierfür maßgeblich: Erstens muß die Norm zwingendes Recht sein, darf also nicht der Disposition der Parteien unterliegen<sup>324</sup>. Weiterhin muß die Norm auch international zwingend sein, d.h. sie muß über die interne Unabdingbarkeit hinaus unabhängig von dem an sich anwendbaren Recht Geltung für internationale Fälle beanspruchen. Drittens verlangt die h.M. einen hinreichenden Inlandsbezug<sup>325</sup>.

Bezüglich der ersten Voraussetzung genügt die knappe Feststellung: Die Mitbestimmungsgesetze sind nach ganz h.M. unmittelbar zwingendes Recht. Weder durch Satzung noch durch Tarifvertrag können Voraussetzungen oder Rechtsfolgen der Mitbestimmungsnormen verändert werden<sup>326</sup>. Auch der Inlandsbezug kann ohne Schwierigkeiten bejaht werden, wenn kumulativ beide denkbaren Anknüpfungspunkte in Deutschland gegeben sind: Der tatsächliche Verwaltungssitz der ausländischen Gesellschaft und der Arbeitsort der mitbestimmungsberechtigten Arbeitnehmer.

323 Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 42; *Franzen*, RdA 2004, 257 (258).

324 Staudinger/*Magnus*, Art. 34 Rn. 49.

325 *Kropholler*, IPR, S. 491; *Lorenz*, RdA 1989, 220 (227); Staudinger/*Magnus* Art. 34 Rn. 72; MüKoBGB/*Martiny* Art. 34 Rn. 90; eine Mindermeinung fordert zwar grundsätzlich ebenfalls einen hinreichenden Inlandsbezug, betont aber dessen Wechselwirkung mit dem international zwingenden Charakter der Norm: je intensiver sich der Inlandsbezug ausnimmt und je gewichtiger die zu schützenden Interessen eingeschätzt werden, desto eher wird der international zwingende Charakter einer Norm zu bejahen sein und umgekehrt, vgl. *Kothe*, EuZW 1990, 153; Palandt/*Heldrich*, Art. 34 Rn. 3.

326 Ganz h.M. *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 55; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, Vorb. Rn. 9 jeweils m.w.N.; anders *Däubler*, Grundrecht, S. 229.

Problematischer ist jedoch die dritte Bedingung: Der internationale Geltungswille der Mitbestimmungsgesetze. Dieser muß grundsätzlich deutlich zum Ausdruck kommen<sup>327</sup>. Fehlt eine explizite Anordnung, kann die internationale Reichweite durch Auslegung ermittelt werden, wobei nach allgemeiner Auffassung der Zweck der Norm das entscheidende Kriterium bildet. Der internationale Geltungswille einer Norm ist dem BAG zufolge gegeben, wenn sich „der Zweck der Norm nicht im Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragsparteien erschöpft, sondern auch auf öffentliche Interessen gerichtet ist“<sup>328</sup>.

Die Bewertung des internationalen Geltungswillens der Mitbestimmungsgesetze führt zur Anknüpfungsfrage. Denn folgen die Mitbestimmungsgesetze dem Gesellschaftsstatut, so fehlt ihnen notwendigerweise auch ein internationaler Geltungswille. Anders verhält es sich, wenn die Mitbestimmungsgesetze kollisionsrechtlich am Verwaltungssitz anknüpfen. Eine solche Anknüpfung wäre im Grundsatz rechtsformblind. Hauptargument für eine kollisionsrechtliche Anknüpfung nach dem Gesellschaftsstatut ist der Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze, denn die Rechtsformkataloge des MitbestG und des DrittelbG erwähnen nur Gesellschaften deutscher Rechtsform. Das Problem, dieses Wortlautargument durch Auslegung oder Analogie zu entkräften, stellt sich entsprechend dem Wesen einer Eingriffsnorm gleichermaßen auf sachrechtlicher und kollisionsrechtlicher Ebene. Es ist daher zweckmäßig, um eine doppelte Prüfung zu vermeiden, die Analyse der inhaltlichen Reichweite der Mitbestimmung insgesamt auf sachrechtlicher Ebene vorzunehmen<sup>329</sup>. Für die kollisionsrechtliche Auslegung ist lediglich gesondert festzustellen, daß eine solche Auslegung auch vom Normzweck der Mitbestimmungsgesetze gedeckt wäre, denn die Mitbestimmung dient – wie oben gesehen – auch den Interessen der Allgemeinheit.

### C. Sachrechtliche Umsetzung

Zur sachrechtlichen Realisierung der Unternehmensmitbestimmung in ausländischen Kapitalgesellschaften werden in der Literatur vornehmlich zwei Konzepte diskutiert: Das erste Konzept läßt die rechtliche Identität der ausländischen Kapitalgesellschaft unangetastet und will die Mitbestimmung durch Überlagerung deutscher Mitbestimmungsnormen erreichen. Das zweite Konzept arbeitet mit einem Rechtsformzwang, der ausländische Kapitalgesellschaften verpflichten soll, sich in eine deutsche Kapitalgesellschaft zu transformieren, sofern die sonstigen Voraussetzungen der Mitbestimmung in Deutschland gegeben sind.

---

327 MüKoBGB/*Martiny*, Art. 34 EGBGB Rn. 91 ff.; MüKoBGB/*Sonnenberger*, Einl. EGBGB Rn. 45; *Thüsing*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 95 (99); vorsichtiger *Staudinger/Magnus*, Art. 34 EGBGB Rn. 51 f. der Erkennbarkeit genügen läßt.

328 So vor allem das BAG z.B. in BAGE 63, 17 (31 f.); BAGE 71, 297 (316 ff.); offenlassend BGH, RIW 1997, 875 (878); zustimmend die h.M. *Staudinger/Magnus*, Art. 34 EGBGB Rn. 57; *Kropholler*, IPR, S. 491; MüKoBGB/*Martiny*, Art. 34 EGBGB, Rn.12.

329 Vgl. die Ausführungen unter § 3 C I 1.

## I. Überlagernde Anwendung der Mitbestimmung nach geltendem Recht

Als Reaktion auf das Ende der Sitztheorie erscheint die Überlagerung der plausibelste Weg zu sein, das deutsche Mitbestimmungsniveau auch in ausländischen Gesellschaften mit Inlandssitz zu gewährleisten. Zwingt uns Brüssel, so der Gedanke, den ungehinderten Zuzug ausländischer Gesellschaften nach Deutschland hinzunehmen, sollen diese wenigstens den gleichen Mitbestimmungspflichten unterliegen wie deutsche Gesellschaften. Mittels der Überlagerung kann sichergestellt werden, daß die Rechtswahlfreiheit der Gründer im Grundsatz unangetastet bleibt, gleichzeitig aber die Anwendung der Mitbestimmung in der Breite fortbesteht. Ziel dieses Konzeptes ist es also, die in der Mitbestimmung verwirklichten sozialpolitischen Vorstellungen mit der notwendigen Europahörigkeit in Einklang zu bringen. Insgesamt stößt die Idee, ausländischen Gesellschaften die deutsche Mitbestimmung „überzustülpen“, in der Literatur aber auf wenig Gegenliebe<sup>330</sup>. Nur vereinzelte Autoren halten das Konzept *de lege lata* für tragfähig<sup>331</sup>.

### 1. Ausländische Gesellschaften im Anwendungsbereich der deutschen Mitbestimmung

#### a. Direkte Anwendung

Das erste Problem der Überlagerung liegt im sachlichen Anwendungsbereich der deutschen Mitbestimmungsgesetze. Eingegrenzt wird dieser von Mindestbeschäftigtenzahlen einerseits (§ 1 Abs. 1 DrittelbG, § 1 Abs. 1 MitbestG) und von den Rechtsformkatalogen andererseits (für das MitbestG sind dies gem. § 1 Abs. 1 MitbestG die AG, die GmbH, die bergrechtliche Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft und gem. § 4 MitbestG die GmbH & Co. KG). Letztgenannte Anwendungsgrenze könnte einer Einbeziehung ausländischer Gesellschaften entgegenstehen.

Der Wortlaut der Rechtsformkataloge zwingt nicht notwendigerweise zu dem Schluß, daß ausländische Rechtsformen von vornherein nicht erfaßt werden, denn die Begriffe „Aktiengesellschaft“ und „GmbH“ finden in fremden Rechtsordnungen durchaus ihre Pendant<sup>332</sup>. Gleichwohl bliebe bei der am reinen Wortlaut orientierten Auslegung der Großteil der ausländischen Gesellschaftsrechtsformen außen vor<sup>333</sup>. Besser geeignet ist daher eine Vorgehensweise, die ausländische Rechtsformen

330 Ablehnend im Ergebnis mit teils unterschiedlicher Begründung die h.M.: *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 15; *Wißmann*, Handbuch, § 367 Rn. 2; *Kronke*, IPRax 1995, 377 (379); *Mankowski*, ZIP 1995, 1006 (1007); *Veit/Wichert*, AG 2004, 14 ff.; *Paefgen*, DB 2003, 487 (491); *Müller-Bonnanni*, GmbHR 2003, 1235 (1237 f.); *ErfKomArb/Oetker*, MitbestG, Rn. 5; *Windbichler/Bachmann*, FS Bezenberger, S. 797 (803); *Sandrock*, AG 2004, 57 ff.; *Thüsing*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 95 (97 f.); *ders.*, ZIP 2004, 381 (382); *Zimmer*, NJW 2003, 3585 (3590); *Prager*, S. 59 ff.

331 *Franzen*, RdA 2004, 257 (258 ff.); *Zimmer*, IntGesR, 161 ff.

332 Mit direkter Wortgleichheit wie z.B. die österreichische oder schweizerische Aktiengesellschaft oder aber in übersetzter Form, wie z.B. die italienische società per azioni; *Zimmer*, IntGesR, S. 159.

333 Beispielsweise die französische Aktiengesellschaft, die unter dem Namen S.A. (société anonyme) firmiert.

daraufhin untersucht, ob sie in ihrer systematischen Ausgestaltung den deutschen Rechtsformen gleichwertig sind. Methodologisch ist dies ein Problem der Substitution<sup>334</sup>. Die Substitution (Ersetzbarkeit) betrifft das Problem der Auslegung einer inländischen Sachnorm, wenn ein Tatbestandsmerkmal (hier die Rechtsform) in einem fremden Staat verwirklicht wird. Notwendigerweise stellt sich dann die Frage, ob die fremde Rechtserscheinung der an sich gemeinten inländischen substituiert werden kann<sup>335</sup>. Zwar kann der Sinn und Zweck der Sachnorm eine Substitution gänzlich ausschließen. Dies ist jedoch nur auf seltene Einzelfälle beschränkt und ist für das MitbestG zu verneinen<sup>336</sup>. Inhaltlich setzt die Substitution die Gleichwertigkeit der fremden Rechtserscheinung voraus. Hierbei kommt es nach der herrschenden Lehre insbesondere darauf an, ob und inwieweit eine Übereinstimmung in der Funktion (Funktionsäquivalenz) besteht<sup>337</sup>. Hinsichtlich der Rechtsformen der Mitgliedstaaten ist die Funktionsäquivalenz relativ leicht feststellbar. Die Rechtsangleichung ist innerhalb der EU trotz einiger Mängel schon weit gediehen. Für die Aktiengesellschaft könnte etwa direkt der Rechtsformkatalog in der Anlage 1 der Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) zur Hilfe genommen werden<sup>338</sup>. Für andere Rechtsformen müßte die Rechtsprechung im Einzelfall die Äquivalenz feststellen, was aber nach einem gewissen Übergangszeitraum gleichfalls in einen gefestigten Rechtsformkatalog münden dürfte.

Wenn man allerdings in der Substitution alleine schon eine hinreichende Grundlage sieht, die Anwendbarkeit des MitbestG auf ausländische Gesellschaften zu begründen, wird die Zielsetzung dieses Instruments mißinterpretiert<sup>339</sup>. Rechtstechnisch ist sie eine reine Subsumtionshilfe und kann keinesfalls isoliert herangezogen werden, um eine Rechtsnorm, deren Subsumtion sie dienen soll, über die ihr eigenen Anwendbarkeitsgrenzen hin auszudehnen. Ergibt die Auslegung einer Rechtsnorm, daß sie ausländische Rechtserscheinungen gar nicht erfaßt, ist die Analogie das einschlägige Instrument, um eine Ausdehnung des Geltungsbereiches zu erreichen. Erst wenn dies gelingt, kann für die Subsumtion der so neu bestimmten Anwendbarkeitsgrenze wiederum die Substitution zur Hilfe genommen werden.

Dieser Unterschied ist auch für die Mitbestimmungsgesetze entscheidend, denn eine Auslegung derselben zeigt, daß direkt nur inländische Rechtsformen erfaßt werden. Dieses Ergebnis wird von zahlreichen Argumenten untermauert.

---

334 Da deutsche Sachnormen Gegenstand der Auslegung sind, ist die von Zimmer genannte Qualifikation nicht einschlägig, denn diese bezieht sich auf die Auslegung und Subsumtion von Kollisionsnormen. Vgl. *Zimmer*, IntGesR, S. 159 f.; sowie zum Begriff und Inhalt des Qualifikationsvorgangs, *Kropholler*, IPR, S. 112 ff.; *Siehr*, IPR, S. 427 ff.

335 *Kropholler*, IPR, S. 229.

336 Vgl. *Kropholler*, IPR, S. 229, der als Beispiel § 925 Abs. 1 S. 2 BGB anführt (nach h.M. ist ein ausländischer Notar für die Entgegennahme einer Auflassung nicht zuständig ist).

337 BGH v. 4.10.1089 – IVb ZB 9/88 – BGHZ 109, 1 (6); *Hug*, S. 131 mit weiteren Verweisen auf das Schrifttum; *Kropholler*, IPR, S. 231.

338 Verordnung Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) v. 8.10.2001, ABl. EG Nr. L294, S. 1.

339 So allerdings *Franzen*, RdA 2004, 257 (260).

Zum einen sind die Begriffe „Aktiengesellschaft“, „GmbH“ etc. termini technici der deutschen Rechtssprache<sup>340</sup>. Schon begrifflich wollte der Gesetzgeber damit erkennbar nur auf deutsche Rechtsformen Bezug nehmen<sup>341</sup>. Diese Interpretation wird auch gestützt von klaren Bekundungen in dem Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung über die Beratungen zum MitbestG<sup>342</sup>. Überdies sind die Mitbestimmungsgesetze auch inhaltlich auf deutsche Gesellschaften zugeschnitten. Sie orientieren sich an der dualistischen Gesellschaftsstruktur. Wo diese im deutschen Gesellschaftsrecht fehlt, wird sie angeordnet. Deutlich wird die Ausrichtung an deutschen Gesellschaftsrechtsformen auch darin, daß § 25 Abs. 1 MitbestG für die Fragen der inneren Ordnung, der Beschlußfassung sowie der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates auf die für die deutschen Gesellschaften verbindlichen Gesetze (AktG, GmbHG u.a.) verweist<sup>343</sup>. Die Auslegung der Mitbestimmungsgesetze läßt daher aus systematischen und historischen Gründen allein den Schluß zu, daß sich ihre direkte Anwendung auf inländische Gesellschaftsrechtsformen beschränkt.

## b. Analoge Anwendung

Fraglich ist daher, ob die Mitbestimmungsgesetze einer analogen Anwendung auf ausländische Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland zugänglich sind<sup>344</sup>.

Eine Analogie setzt voraus, daß das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und diese durch die Übertragung einer für einen anderen, aber rechtsähnlichen Tatbestand im Gesetz vorgesehen Regel geschlossen werden kann<sup>345</sup>.

Die erstgenannte Voraussetzung ist zweifelsfrei erfüllt. Die durch die EuGH Rechtsprechung erzwungene Abkehr von der Sitztheorie hat die Reichweite der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland erheblich ausgehöhlt. Die gegenwärtige Regelung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland war auf der Grundlage der Sitztheorie erlassen worden und erzielte im Zusammenspiel mit derselben eine Mitbestimmungsdichte, die alle Unternehmen mit Verwaltungssitz in Deutschland einschloß. Daß die Sitztheorie wie selbstverständlich den Gesetzesberatungen zugrundegelegt wurde, zeigt auch der oben zitierte Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung, in welchem die Ausschußmitglieder die Anwendung des Gesetzes auf Gesellschaften, „die ihren Sitz im Geltungsbereich des Grundgesetzes haben“, beschränkt sehen wollen<sup>346</sup>. Gegen das

340 *Zimmer*, IntGesR, S. 160.

341 *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 13.

342 BT-Drucks. 7/4845, S. 4: „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 (...)“.

343 Zu weiteren Argumenten siehe *Zimmer*, IntGesR, S. 160 f.

344 Befürwortend *Zimmer*, IntGesR, S. 161 ff.; *Forsthoff*, DB 2000, 1109 (1114); deutlich zurückhaltender allerdings *ders.* DB 2002, 2471 (2477); a.A. ErfKomArb/*Oetker*, MitbestG, Rn. 5.

345 „Planwidrige Unvollständigkeit“, BGH, NJW 1981, 1726 (1727); Palandt/*Heinrichs*, Einl. § 1 Rn. 48; *Köhler*, BGB AT, S. 37.

346 BT-Drucks. 7/4845, S. 4 (Hervorhebung vom Autor).

Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke wird zum Teil angeführt, der Bundestagsausschuß habe einmütig eine Anwendung der Mitbestimmungsnormen auf ausländische Gesellschaften abgelehnt<sup>347</sup>. Von einer „Planwidrigkeit“ könne also nicht gesprochen werden. Dieses Argument greift meines Erachtens jedoch nicht durch. Richtigerweise muss die Äußerung des Bundestagsausschusses nämlich im Zusammenhang mit den damaligen gesellschaftskollisionsrechtlichen Gegebenheiten gesehen werden<sup>348</sup>. Hierbei ist festzustellen, daß der Ausschuß die Anwendung der Mitbestimmungsgesetze auf ausländische Gesellschaften ablehnte, zugleich aber – unter Berücksichtigung der damaligen Rechtslage – eine Anwendung der Mitbestimmungsnormen auf alle Unternehmen mit Sitz in Deutschland befürwortete. Die Erfüllung dieser beiden Vorgaben ist nach der Abkehr von der Sitztheorie nicht mehr möglich. Eine planwidrige Regelungslücke liegt daher auf der Hand.

Andere argumentieren, eine Ausdehnung auf ausländische Gesellschaften im Wege der Analogie sei nicht mehr mit der Wesentlichkeitslehre des Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar. Ausländische Gesellschaften könnten nicht durch richterliche Rechtsfortbildung, sondern nur durch Änderung der bestehenden Mitbestimmungsgesetze im Wege eines ordnungsgemäßen parlamentarischen Verfahrens in den Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze gebracht werden. Hierzu ist jedoch anzumerken, dass die Einbeziehung ausländischer Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland phänomenologisch zu der Mitbestimmungsdichte führen würde, die vor der EuGH Entscheidungstrias geltendes Recht in Deutschland war. Insofern kann in der Entscheidung des Parlamentes, alle in Deutschland ansässigen Unternehmen – bei Vorliegen der zusätzlichen Voraussetzungen – der Mitbestimmungspflicht zu unterwerfen, als hinreichende parlamentarische Willensbekundung gesehen werden. Eine Rückkehr zur vormaligen Dichte der Mitbestimmungspflicht ist daher nicht als Verstoß gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz zu werten.

Neben der planwidrigen Regelungslücke erfordert die Analogie eine Gleichartigkeit der Sachverhalte. Denkbar ist es, diese mit *Zimmer* zu bejahen, wenn eine Gesellschaft ausländischer Rechtsform mit Inlandssitz in Deutschland Arbeitnehmer in einer Zahl beschäftigt, die die Anwendbarkeitsschwellen der Mitbestimmungsgesetze übersteigt, und wenn die ausländische Gesellschaft nach oben dargestellten Grundsätzen einer inländischen Rechtsform des § 1 Abs. 1 MitbestG / § 1 Abs. 1 DrittelbG substituiert werden kann<sup>349</sup>. M.E. reichen diese drei Kriterien (Inlandssitz, Arbeitnehmerzahl und Funktionsähnlichkeit) zu einer adäquaten Beurteilung der Gleichartigkeit aber nicht aus, denn beschränkt auf diese Kriterien bleibt der Gleichwertigkeitsvergleich in einer rein phänomenologischen Betrachtung stecken. Entscheidend ist, daß die Mitbestimmungsgesetze in ihrer Gänze analog auf ausländische Gesellschaften angewendet werden sollen und damit wesentliche Veränderungen der Gesellschafts- bzw. Organstruktur einhergehen. Eine Analogie setzt demgemäß auch voraus, daß die ausländischen Gesellschaften in ihrer

---

347 *Thüsing*, ZIP 2004, 381 (383).

348 So auch *Franzen*, RdA 2004, 257 (259).

349 *Zimmer*, IntGesR, S. 161.

rechtlichen Struktur soweit den deutschen Gesellschaften ähnlich sind, daß eine Anwendung der Mitbestimmungsnormen möglich ist<sup>350</sup>. Funktionsähnlichkeit genügt nicht. Stellt sich bei der Untersuchung der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben des Gründungsstatutes heraus, daß diese mit den deutschen Mitbestimmungsnormen nicht kompatibel sind, kann daher von einer Gleichartigkeit nicht die Rede sein, mit der Folge, daß eine analoge Anwendung der Mitbestimmungsgesetze ausscheiden muß<sup>351</sup>. Um die Analogiefähigkeit der Mitbestimmung abschließend beurteilen zu können, muß daher die Normkompatibilität zwischen den deutschen Mitbestimmungsregelungen einerseits und ausländischen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben andererseits festgestellt werden.

## **2. Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV**

Das Problem der sachrechtlichen Verzahnung von Mitbestimmungsnormen und Gesellschaftsrecht ist im Kern auch ein Problem der Normenhierarchie. Kommt es zwischen den Normenkomplexen zu unvereinbaren Widersprüchen, muß geklärt werden, welche Normen sich im Einzelfall durchsetzen und welche zurückstehen müssen. Daß hierbei in großem Maße die europarechtlichen Vorgaben zur Niederlassungsfreiheit von Bedeutung sind, liegt auf der Hand. Denn ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit ist in jedem Falle dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterworfen, dessen Beachtung bei jedem Normenkonflikt erneut einer Überprüfung bedarf.

Im Hinblick auf die Abhängigkeit dieser Problembereiche ist es daher zweckmäßig, in einem ersten Schritt die europarechtlichen Vorgaben für eine Überlagerung der Mitbestimmungsnormen aufzuzeigen, um auf dieser Grundlage eine tragfähige Abgrenzung der Normenkomplexe entwickeln zu können.

### **a. Eingriff**

Ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und 48 EGV) liegt vor, wenn ein Verhalten, das räumlich, sachlich und persönlich dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit untersteht, in unzulässiger Weise beschränkt wird.

### **[1] Schutzbereich**

Da die Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen an den Inlandssitz einer ausländischen Gesellschaft geknüpft werden soll, liegt das grundfreiheitenrelevante

350 Noch vor der EuGH Entscheidung *Strias* auf der Basis der eingeschränkten Gründungstheorie: *Grothe*, S. 291; *Sandrock*, *BerDGesVR* 18 (1978), 167, (227 ff.); *Hanau/Ulmer*, *MitbestG*, § 1 Rn. 7 f.; *Raiser*, *MitbestG*, § 1 Rn. 14.

351 Der Vorwurf der verkürzten Analogieprüfung muß in noch stärkerem Maße Franzen entgegengehalten werden. Zwar verzichtet dieser bei der Prüfung der Anwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze ganz auf die Analogie und will allein aus der Substitution eine direkte Anwendung der Mitbestimmungsgesetze erlangen. Gerade dann müßte er aber hinsichtlich aller Mitbestimmungsnormen, die erkennbar auf die deutsche Gesellschaftsstruktur zugeschnitten sind, im Einzelfall prüfen, ob die Voraussetzungen einer Analogie gegeben sind, *Franzen*, *RdA* 2004, 257 (260).

Verhalten in der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland (Zuzugsfall).

Im sachlichen Anwendungsbereich wird unterschieden zwischen primärer und sekundärer Niederlassungsfreiheit. Die primäre Niederlassungsfreiheit sichert die unbeschränkte Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen (Art. 43 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EGV, Art. 48 EGV). Der sekundäre Schutzbereich erfaßt die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften. Die Unterscheidung ist allerdings nur insofern inhaltlich wichtig, als die Freiheit zur Gründung sekundärer Niederlassungen neben dem Merkmal der Staatsangehörigkeit das der Ansässigkeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates voraussetzt<sup>352</sup>.

Die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes von einem Mitgliedstaat in einen anderen ist als isolierter Vorgang dem Schutzbereich der primären Niederlassungsfreiheit unterstellt, da mit ihr die Verlegung des Schwerpunkts der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat einhergeht.

Gleichwohl geht diesem Vorgang regelmäßig die Gründung einer Zweigniederlassung im Zuzugsstaat voraus, welche schrittweise oder unmittelbar zum tatsächlichen Verwaltungssitz ausgebaut wird. Insoweit ist bei dem gesamten Prozeß der Mitbestimmungsvermeidung qua Auslandsgesellschaft auch die sekundäre Niederlassungsfreiheit betroffen.

## **[2] Beschränkung**

### **[a] Diskriminierungsverbot**

Das Verbot, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken, entspricht zuvorderst dem Gebot der Inländergleichbehandlung<sup>353</sup>. Als solches ist es eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes nach Art. 12 EGV<sup>354</sup>. Seit dem Ende des Übergangszeitraums ist das Gleichbehandlungsgebot unmittelbar anwendbares Recht. Entgegenstehendes Recht der Mitgliedstaaten muß außer Anwendung bleiben. Das Gleichbehandlungsgebot ist weit zu verstehen. Neben offenen sind auch versteckte und mittelbare Formen der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten<sup>355</sup>.

Als Beispiel der versteckten Diskriminierung kann die Rechtsprechung des EuGH zur Sitztheorie aufgeführt werden. Die Weigerung eines Mitgliedstaates, eine ausländische Gesellschaft, die ihren Sitz ins Inland verlegt, vorbehaltlos, d.h. auch in der ihr vom Gründungsstaat verliehenen Identität anzuerkennen, diskriminiert

---

352 Lenz/Borchard/Scheuer, EGV, Art. 43 Rn. 3.

353 Im Wortlaut des Art. 43 Abs. 2 EGV: „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen“.

354 EuGH v. 28.1.1986 (KOM/Frankreich) – Rs. 270/83 – Slg. 1986, 273; EuGH v. 6.6.1996 (KOM/Italien) – C 101/94 – Slg. 1996, I-2691, Rn. 27.

355 Vgl. Streinz/Müller-Graff, EGV, Art. 43 Rn. 41 ff. zu den Fallgruppen, jeweils mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung.

ausländische Gesellschaften gegenüber inländischen Gesellschaften<sup>356</sup>. Diese Diskriminierung wird nicht dadurch aufgehoben, daß die Sitztheorie unterschiedslos auf alle Gesellschaften ohne Ansehung ihrer Staatsangehörigkeit Anwendung findet, denn in ihrer tatsächlichen Auswirkung hindert sie vornehmlich ausländische und nicht inländische Gesellschaften an der Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit.

Die Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen auf ausländische Gesellschaften mit Inlandssitz kann dagegen nicht als Diskriminierung gewertet werden, denn inländische Kapitalgesellschaften sind ohnehin, sofern die materiellen Voraussetzungen der Mitbestimmungsgesetze vorliegen, der Mitbestimmungspflicht unterworfen.

## [b] Behinderungsverbot

Gleichwohl muß sich der Eingriff in die Niederlassungsfreiheit nicht immer so drastisch ausnehmen, d.h. mit einer offenen oder verdeckten Schlechterstellung der ausländischen Gesellschaft verbunden sein. Die Niederlassungsfreiheit verbietet auch Beschränkungen anderer Art<sup>357</sup>. Diese weiterreichende Wirkung der Niederlassungsfreiheit („Behinderungsverbot“) war lange Zeit stark umstritten<sup>358</sup>. Mittlerweile darf sie zumindest im Grundsatz als gefestigte Rechtsprechung angesehen werden<sup>359</sup>. Diesem weitergehenden Beschränkungsverbot unterliegen sämtliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten, sofern sie geeignet sind, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen<sup>360</sup>. Darunter fallen auch Ausübungsmodalitäten, wenn sie zusätzliche nicht zu rechtfertigende Kosten mit sich bringen. Allgemein gefaßt liegt bereits dann ein Eingriff in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit vor, wenn die Ausübung des Niederlassungsrechts spezifisch erschwert oder verunmöglicht wird, indem einer Gesellschaft zusätzliche Pflichten auferlegt werden, die sie nach dem Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates nicht zu befolgen hat<sup>361</sup>.

Mit der Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen z.B. auf eine britische Ltd. mit Inlandssitz sind notwendigerweise rechtliche, organisatorische und finanzielle Lasten verbunden, die der Gesellschaft nach dem Recht ihres

356 *Knobbe-Keuk*, DB 1990, 2573 (2580).

357 Das über das Diskriminierungsverbot hinausgehende Beschränkungsverbot wurde vom EuGH erstmals im „Dassonville“ Urteil bezüglich der Warenverkehrsfreiheit entwickelt: Jede Maßnahme sei verboten, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“, EuGH v. 11.7.74 (Kom/Frankreich) – Rs. 8/74 – Slg. 1974, 837 (852).

358 Anstelle vieler: *Streinz/Müller-Graff*, EGV, Art. 43 Rn. 57 mit umfangreichen Verweisen auf das Schrifttum in Fn. 154.

359 EuGH v. 15.5.1997 (Futura) – C 250/95 – Slg. 1997, I-2471, Rn. 24; EuGH v.17.10.2002 (Payroll Data) – C 79/01 – Slg. 2002, I-8923 Rn. 26; *Lenz/Borchard/Scheuer*, EGV, Art. 43 Rn. 9 m.w.N.

360 EuGH v. 15.1.2002 (Kommission/Italien) – C 439/99 – Slg. 2002, I-305 Rn. 22; EuGH v.17.10.2002 (Payroll Data) – C 79/01 – Slg. 2002, I-8923 Rn. 26; ähnlich bereits EuGH v. 30.3.1993 (Konstandinidis) – C 168/91 – Slg. 1993, I-1191 Rn. 15.

361 EuGH v. 15.5.1997 (Futura) – C 250/95 – Slg. 1997, I-2471; EuGH v. 14.7.1994 (Peralta) – C 379/92 – Slg. 1994, I-3453 Rn. 34.

Herkunftsstaates nicht entstehen würden. Damit ist eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dem Grunde nach gegeben.

## b. Rechtfertigung

Die weite Fassung des Schutzbereiches der Niederlassungsfreiheit auf tatbestandlicher Ebene ist vornehmlich darin begründet, daß sich die generelle Herausnahme von nationalen Regelungen, die Teil eines „integrierten nationalen Ordnungssystems“ sind<sup>362</sup>, im Vergleich zur Rechtfertigungsprüfung zu grob ausnehmen würde. Denn mit dem Gedanken der den Grundfreiheiten immanenten Schranken steht auf der Rechtfertigungsebene ein feingliedriges und einzelfallbezogenes Instrument zur Verfügung, das die Zulässigkeit eines Eingriffs in den Schutzbereich angemessen zu bewerten vermag. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind die immanenten Verbotsschranken an vier Voraussetzungen gebunden: Nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den EGV garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, sind gerechtfertigt, wenn sie in nicht diskriminierender Weise, d.h. unterschiedslos Anwendung finden, aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet und erforderlich sind<sup>363</sup>. Fraglich ist, ob die Mitbestimmungsnormen diesen Vorgaben des immanenten Schrankenvorbehalts gerecht werden.

### [1] Zwingender Grund des Allgemeinwohls

Die Mitbestimmung würde, wie bereits im Rahmen der Schutzbereichsprüfung festgestellt wurde, im Überlagerungsfall unterschiedslos auf deutsche wie ausländische Gesellschaften mit Inlandssitz Anwendung finden. Aber dient die Unternehmensmitbestimmung auch einem zwingenden Allgemeinwohlinteresse?

Ein Teil der Literatur lehnt für die Unternehmensmitbestimmung eine Rechtfertigung ab<sup>364</sup>. Dagegen spreche, daß die gesellschaftspolitischen Zielsetzungen bereits für deutsche Gesellschaften nicht konsequent und durchgängig verwirklicht werden<sup>365</sup>. Darüber hinaus sei die Mitbestimmung europarechtlich nicht schützenswert, weil sie im Ausland tätige Arbeitnehmer außen vor lasse und damit die Interessen der inländischen Arbeitnehmerschaft in diskriminierender Weise den Interessen der im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer vorziehe<sup>366</sup>.

362 Streinz/Müller-Graff, EGV, Art. 43 Rn. 62; Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 43 Rn. 106.

363 Erstmals für Warenverkehrsfreiheit in EuGH v. 20.2.1979 (Cassis de Dijon) – Rs. 120/78 – Slg. 1979, 649 (662); Für die Niederlassungsfreiheit: EuGH v. 30.9.2003 (Inspire Art) – Rs. C-167/01 – EuZW 2003, 687 Rn. 133; EuGH v. 9.3.1999 (Centros) – C 212/917 – ZIP 1999, 438 ff., Rn. 34; EuGH v. 30.11.1995 (Gebhard) – C 55/94 – Slg. 1995, I-4165 Rn. 37; EuGH v. 31.3.1993 (Kraus) – C 19/92 – Slg. 1993, I-1663, Rn. 32; EuGH v. 15.5.1997 (Futura) – C 250/95 – Slg. 1997, I-2471, Rn. 26 u. 31; Streinz/Müller-Graff, EGV, Art. 43 Rn. 71; Schwarze/Schlag, EUV, Art. 43 EGV Rn. 56.

364 Forsthoff, DB 2002, 2471 (2477); Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2242), Meilicke, GmbHR 2000, 693 (695), Ebke, JZ 2003, 927 (931); Sandrock, AG 2004, 57 (65); Pätgen, DB 2003, 487 (491).

365 Forsthoff, DB 2002, 2471 (2477); Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2242), Frowein, S. 187.

366 Meilicke, GmbHR 2000, 693 (695).

Den Einwänden kann im Ergebnis nicht gefolgt werden. Das mit der Unternehmensmitbestimmung verfolgte Ziel ist als zwingender Grund des Allgemeininteresses auf europäischer Ebene anzuerkennen<sup>367</sup>.

Auch die unvollkommene Verwirklichung der Unternehmensmitbestimmung tut der Anerkennung des Allgemeinwohlinteresses im Grundsatz keinen Abbruch. Denn es steht den Mitgliedsstaaten anerkanntermaßen frei, europarechtlich anerkannte Allgemeinwohlinteressen in ihrem Staatsgebiet den eigenen Vorstellungen gemäß abzusichern. Auch im EGV explizit anerkannte Allgemeinwohlinteressen wie etwa das nationale Kulturgut oder die Gesundheit der Bürger werden in den Mitgliedsstaaten in sehr unterschiedlichem Maße rechtlich geschützt. Richtig ist zwar, daß der EuGH es den Mitgliedstaaten verwehrt, sich auf ein zwingendes Allgemeininteresse zur Beschränkung einer Grundfreiheit zu berufen, wenn der Mitgliedstaat in vergleichbaren innerstaatlichen Fällen keine Sanktionen vorsieht<sup>368</sup>. Gleichwohl ist damit keineswegs festgestellt, daß den Mitgliedsstaaten kein Ermessenspielraum verbleibt, der Allgemeinwohlgedanke also dem Prinzip des Alles oder Nichts unterstünde<sup>369</sup>. Sofern eine differenzierte Behandlung wie bei der Mitbestimmung sachlich gerechtfertigt ist, kann dies dem Mitgliedstaat nicht entgegengehalten werden<sup>370</sup>.

Auch der Diskriminierungsvorwurf steht einer Anerkennung der Unternehmensmitbestimmung als allgemeinwohlbezogen nicht entgegen. Richtig ist, daß die gegenwärtige Beschränkung der Mitbestimmung auf im Inland tätige Arbeitnehmer im Hinblick auf die Legitimation der Arbeitnehmervertretung und der Unternehmensmitbestimmung per se problematisch ist<sup>371</sup>. Gleichwohl ist die gegenwärtige Rechtslage nicht etwa – wie *Meilicke* unterstellt – allein von dem Wunsch getragen, die inländische Arbeitnehmerschaft zu bevorzugen, sondern trägt vornehmlich dem Umstand Rechnung, daß eine zwingende Einbeziehung qua nationalen Rechts auf unüberwindbare Hindernisse rechtlicher und tatsächlicher Art stößt<sup>372</sup>. Die Begrenzung auf Inlandsarbeitnehmer kann daher unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht das Allgemeinwohlinteresse an der Arbeitnehmerbeteiligung auf Unternehmensebene insgesamt in Frage stellen.

Richtig ist vielmehr, daß die Unternehmensmitbestimmung neben dem und auch durch den institutionalisierten Ausgleich von Arbeitnehmer- und Anteilseigner-

367 So auch *Roth*, IPRax 2003, 117; *Thüsing*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 95 (105 f.); ferner mit Einschränkungen auch *Zimmer*, BB 2000, 1361 (1366).

368 So stellt der EuGH das deutsche Reinheitsgebot betreffend fest, daß die für das Bier nicht zugelassenen Zusatzstoffe auch nach der deutschen Regelung für die Herstellung praktisch aller anderen Getränke zugelassen sind, EuGH v. 12.3.1987 (KOM/Deutschland) – Rs. 178/84 – Slg. 1987, 1227 (1275); sich darauf stützend *Frowein*, S. 158.

369 So etwa zu exklusiven Arbeitnehmerschutzvorschriften im Baugewerbe EuGH v. 24.1.2002 (Portugaia Construcões) – Rs. C-164/99 – Slg. 2002. I-787; *Thüsing*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 95 (105 f.).

370 Sachlich gerechtfertigte Gründe für eine unterschiedliche Beschränkung der zugelassenen Zusatzstoffe bei der Herstellung von Bier einerseits und von Limonadengetränken andererseits sind gerade nicht ersichtlich.

371 Vgl. hierzu die Ausführungen unter § 5 B I 2.

372 Vgl. hierzu die Ausführungen unter § 5 B II und III.

interessen dem Allgemeinwohl dient<sup>373</sup>. Zwar ist es, wie ein Blick auf die Europarechtswidrigkeit des Reinheitsgebotes<sup>374</sup> zeigt, nicht ausreichend, daß die Mitbestimmung „gefestigter Praxis und Tradition in Deutschland“ entspricht, wie von Halen betont<sup>375</sup>. Der Allgemeinwohlbezug der Unternehmensmitbestimmung folgt aber aus deren inhaltlicher Ausrichtung auf das Wohl der Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmerschutz wird hierbei nicht individualrechtlich, sondern institutionell erreicht<sup>376</sup>. Schon zur Beschränkung des Art. 49 EGV bestätigte der EuGH wiederholt, daß der Arbeitnehmerschutz ein anerkanntes zwingendes Allgemeininteresse bildet<sup>377</sup>. Auch konkret auf die Unternehmensmitbestimmung bezogen, ist das Allgemeininteresse vom EuGH im *Überseering* Urteil bekräftigt worden<sup>378</sup>: „Es läßt sich nicht ausschließen, daß zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz (...) der Arbeitnehmer (...) unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können“. Die Formulierung des EuGH ist insofern klar und unmißverständlich: Der Arbeitnehmerschutz, auch in Gestalt der Unternehmensmitbestimmung, dient dem Gemeinwohl.

## [2] Verhältnismäßigkeit

Gleichwohl ist die zitierte Formulierung des EuGH auffallend vorsichtig. Damit wird auch deutlich, daß Autoren, die den Schwerpunkt ihrer Überlegungen der Frage des Allgemeinwohlbezuges widmen, übersehen, daß richtigerweise der Dreh- und Angelpunkt der europarechtlichen Zulässigkeitsprüfung nicht im Rechtfertigungsgrund liegt, sondern auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit einer möglichen Mitbestimmungsüberlagerung zu sehen ist.

### [a] Geeignet und erforderlich

Die Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen ist geeignet, das Ziel, in sämtlichen Gesellschaften mit Inlandssitz, welche die Anwendbarkeitsvoraussetzungen der Mitbestimmungsgesetze erfüllen, eine Vertretung der inländischen Arbeitnehmer auf Unternehmensebene zu erreichen.

Fraglich ist, ob sie auch erforderlich ist. Dies wird zum Teil in der Literatur mit dem Argument bestritten, daß die Arbeitnehmerbeteiligung bereits durch die betriebliche Mitbestimmung auch in ausländischen Gesellschaften mit Inlandssitz ausreichend

373 So auch *Ulmer*, JZ 1999, 662 (663); *Roth*, ZGR 2000, 311 (333); *ders.*, IPRax 2003, 117 (125); *Kindler*, NJW 2003, 1073 (1079); *Kieninger*, ZGR 1999, 724 (744 f.); v. *Halen*, WM 2003, 571 (577); *Bayer*, BB 2003, 2357 (2365).

374 EuGH (KOM/Deutschland) – Rs. 178/84 – Slg. 1987, 1227 Rn. 29 u. 40.

375 V. *Halen*, WM 2003, 571 (577).

376 *Roth*, IPRax 2003, 117 (125).

377 EuGH v. 17.12.1981 (*Webb*) – Rs 279/80 – Slg. 1981, 3305 Rn. 18 f.; EuGH v. 3.2.1982 (*Seco*) – RS 62/81 u. Rs 63/81 – Slg. 1982, 223 Rn. 10 ff.; EuGH v. 27.03.1990 (*Rush/Portugesa*) – C 113/89 – Slg. 1990, I-1417 Rn. 26 u. 31.

378 EuGH v. 5.11.2002 (*Überseering*) – Rs. C-208/00 – ZIP 2002, 2037 ff. (2045).

gewährleistet sei<sup>379</sup>. Es läge demnach eine mit EU Recht nicht vereinbare Doppelbelastung vor. Richtigerweise fruchtet der Verweis auf die betriebliche Mitbestimmung nicht. Beide Mitbestimmungsformen dienen zwar demselben Grundbestreben der Arbeitnehmerbeteiligung, sind jedoch inhaltlich und institutionell auf unterschiedliche Unternehmensbereiche ausgerichtet. Für die Erforderlichkeit einer Maßnahme ist aber nur entscheidend, ob das konkret angestrebte Ziel durch ein milderer Mittel, d.h. durch eine Maßnahme, welche die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkt, vollumfänglich erreicht werden kann<sup>380</sup>. Das Ziel der Unternehmensmitbestimmung ist aber die Teilhabe der Arbeitnehmerschaft an Entscheidungen auf Unternehmensebene. Diese konkrete Partizipation wird durch die betriebliche Mitbestimmung des Betriebsverfassungsgesetzes nicht erreicht. Der Einwand, daß bereits durch die in den §§ 106 BetrVG vorgesehene Einrichtung eines Wirtschaftsausschusses die Einbeziehung der Arbeitnehmerschaft in Entscheidungen auf Unternehmensebene gewährleistet sei und damit die Überlagerung der aufsichtsratsbezogenen Unternehmensmitbestimmung zu einer unzulässigen Doppelbelastung führe, ist nur auf den ersten Blick stichhaltig. Der Wirtschaftsausschuß hat gem. § 106 Abs. 2 und 3 BetrVG ein Anhörungsrecht zu wirtschaftlichen Angelegenheiten des Unternehmens. In Unternehmen mit mehr als 1000 Beschäftigten besteht nach § 110 BetrVG eine kalendervierteljährliche Unterrichtungspflicht. Insofern besteht hinsichtlich der Unterrichtung der Arbeitnehmer in Bezug auf unternehmensbezogene wirtschaftliche Angelegenheiten tatsächlich eine Doppelstruktur. Eine echte Mitentscheidung auf Unternehmensebene wird mit dem Wirtschaftsausschuß jedoch weder bezweckt noch erreicht. Die Unternehmensmitbestimmung ist insofern weitreichender. Wollte man also die Anwendung deutscher Normen auf ausländische Gesellschaften dem Verbot der Doppelbelastung unterwerfen, so würde dies den Wirtschaftsausschuß treffen und nicht die inhaltlich weitergehende Unternehmensmitbestimmung. Das Erfordernis der Erforderlichkeit der Mitbestimmungsüberlagerung läßt sich jedenfalls nicht durch den Verweis auf ein im Wesen weniger weitreichendes betriebsverfassungsrechtliches Informationssystem bestreiten.

Wie *Franzen* zutreffend feststellt, ist eine Überlagerung nicht erforderlich, wenn auch das Gesellschaftsstatut zwingende Mitbestimmungsregelungen kennt oder die Arbeitnehmer auf freiwilliger Basis institutionell auf Unternehmensebene repräsentiert werden<sup>381</sup>. Allerdings ist hierbei nicht die Existenz eines Unternehmensmitbestimmungsmodells der maßgebliche Bezugspunkt, sondern die Frage, ob die Mitbestimmungspraxis auch die deutsche Arbeitnehmerschaft mit einbezieht und ob das ausländische Mitbestimmungssystem zumindest in seiner institutionellen Grundausrichtung den deutschen Mitbestimmungsvorgaben entspricht.

---

379 *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2477); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2242); *Junker*, ZfA 2005, 1 (11); *Paefgen*, DB 2003, 487 (492); *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661 (668); *Meilicke*, GmbHR 2000, 693 (695 f.); *Müller-Bonanni*, GmbHR 2003, 1235 (1237 f.).

380 EuGH v. 17.6.1997 (Sodemare) – Rs. C-70/95 – Slg. 1997, I-3395 Rn. 32; *Streinz/Müller-Graff*, Art. 43 Rn. 80.

381 *Franzen*, RdA 2004, 257 (262 f.).

**[b] Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

Mit der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Mitbestimmungsüberlagerung ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung aber noch nicht abgeschlossen. Zwar beschränkt sich der EuGH in seiner gängigen Definition der Rechtfertigung nur auf diese beiden Merkmale<sup>382</sup>. Er untersucht aber gleichwohl in seinen Ausführungen regelmäßig, ob die Beschränkung einer Grundfreiheit in einem angemessenen Verhältnis zum Beitrag der beschränkungs begründenden Maßnahme für die Verwirklichung des zwingenden Allgemeininteresses steht<sup>383</sup>. Das angemessene Verhältnis erfordert eine Abwägung zwischen der Eingriffsschwere und dem Grad der Wichtigkeit des Zielgewinns der Maßnahme unter Einbeziehung sämtlicher relevanter Gesichtspunkte<sup>384</sup>. Dabei ist zu beachten, daß Eingriffe in Grundfreiheiten grundsätzlich dann nicht zu rechtfertigen sind, wenn sie die Qualität haben, die durch die Vertragsnorm geschützte Freiheit im Einzelfall praktisch zu negieren<sup>385</sup>.

Auf das Überlagerungskonzept bezogen, ist es allerdings nicht sinnvoll, an dieser Stelle abstrakte Verhältnismäßigkeitsabwägungen anzustellen. Denn der Eingriff in die Niederlassungsfreiheit nimmt erst damit greifbare Strukturen an, wenn die sachrechtliche Abstimmung zwischen Mitbestimmungsrecht und Gesellschaftsstatut im einzelnen geklärt ist. Es ist daher zweckmäßiger, die Frage des angemessenen Verhältnisses zwischen Eingriff und dem Wert der Normüberlagerung zur Verwirklichung der Mitbestimmung in die nun folgenden Überlegungen einzubetten, die sich den sachrechtlichen Verzahnungsschwierigkeiten widmen.

**3. Sachrechtliche Verzahnungsschwierigkeiten**

Die sachrechtliche Kompatibilität der deutschen Mitbestimmungsnormen mit dem ausländischen Gesellschaftsrecht ist eine der zentralen Schwierigkeiten des Überlagerungskonzepts. Am augenfälligsten sind die Koordinationsprobleme, wenn das deutsche Mitbestimmungsmodell auf eine Gesellschaft übertragen werden soll, die – wie etwa eine britische Limited – nach dem *Board System* organisiert ist, denn die deutsche Unternehmensmitbestimmung ist in ihrem Kern auf das dualistische System abgestimmt. Sie ermöglicht die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in das Kontrollorgan der Gesellschaft, den Aufsichtsrat. Fehlt es an diesem Organ, sind also die Führungsstrukturen grundverschieden, führt die ungefilterte Übertragung der Mitbestimmungsnormen zwangsläufig zu einer Wesensänderung der Mitbestimmung<sup>386</sup>. Aber auch dann, wenn die ausländische Gesellschaftsrechtsordnung ein eigenständiges, dem Aufsichtsrat vergleichbares Kontrollorgan kennt, kann die

---

382 EuGH v. 30.11.1995 (Gebhard) – C 55/94 – Slg. 1995, I-4165 Rn. 37; EuGH v. 9.3.1999 (Centros) – Rs. C-212/917 – ZIP 1999, 438 ff. Rn. 34.

383 EuGH v. 26.4.1988 (Bond van Adverteerders/Niederlande) – Rs. 352/85 – Slg. 1988, 2085 Rn. 31; EuGH 26.2.1991 (KOM/Frankreich) – Rs. C-154/89 – Slg. 1991, I-659 Rn. 21; EuGH 25.7.1991 (Säger/Dennemeyer) – Rs. C-76/90 – Slg. 1991, I-4221 Rn. 17 ff.; *Everling*, GS Knobbe-Keuk, S. 607 (622 ff.); *Streinz/Müller-Graff*, EGV, Art. 43 Rn. 82.

384 *Streinz/Müller-Graff*, EGV, Art. 43 Rn. 82.

385 EuGH v. 5.11.2002 (Überseering) – Rs. C-208/00 – DB 2002, 2425 Rn. 70 u. 81; *Randelzhofer/Forsthoff*, in *Grabitz/Hilf*, EGV, Art. 43 Rn. 108.

386 *Hennsler*, FS Ulmer, 193 (201).

Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen im Einzelfall Komplikationen verursachen. Ob den bei der Verknüpfung beider Normkomplexe auftretenden Friktionen – wie *Forsthoff*<sup>387</sup> hofft – allein mit einer „nach Augemaß betriebenen Rechtsanwendung“ beizukommen ist oder ob sich die Widersprüchlichkeit der Regelungen – wie *Roth* meint<sup>388</sup> – als ein Hindernis erweist, das kaum lösbare Spannungen in der Gesellschaftsordnung mit sich bringt, soll im folgenden untersucht werden.

#### a. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im dualistischen Gesellschaftsmodell

##### [1] Zwingendes oder optionales Aufsichtsratsmodell

Relativ einfach gestaltet sich die Überlagerung, wenn die ausländische Gesellschaft zwingend nach dem dualen System aufgebaut ist und darüber hinaus die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat in der fremden Rechtsordnung wenigstens im Grundsatz anerkannt ist<sup>389</sup>. Einige Rechtsordnungen wie etwa die französische<sup>390</sup> schreiben jedoch die Leitungsstruktur nicht zwingend vor, sondern lassen den Gesellschaftern die Option, durch Satzung entweder das monistische oder das dualistische Modell zu wählen.

Denkbar ist es, in diesen Fällen die Vereinbarkeit des deutschen Mitbestimmungsmodells mit der Gesellschaftsstruktur dadurch zu erreichen, daß das Wahlrecht des ausländischen Gesellschaftsrechts von der Obliegenheit verdrängt wird, die Strukturen so weit an das deutsche Recht anzupassen, daß die Mitbestimmung greift<sup>391</sup>. Die ausländische Gesellschaft wäre dann verpflichtet, von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, einen Aufsichtsrat zu bilden<sup>392</sup>. Eine rechtliche Grundlage für diese Pflicht sieht *Franzen* in § 6 Abs. 1 MitbestG/ § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 DrittelbG, demzufolge mitbestimmungspflichtige Unternehmen einen Aufsichtsrat bilden müssen, soweit sich dies nicht schon aus anderen gesetzlichen Vorschriften ergibt<sup>393</sup>.

Ein weiteres Problem stellt sich, wenn die ausländische Rechtsordnung zwar ein dualistisches System vorgibt, zugleich aber festschreibt, daß der Aufsichtsrat ausschließlich von der Anteilseignerseite zu besetzen sei. *Franzen* plädiert hier für ein dem § 6 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG angelehntes Verfahren<sup>394</sup>. Demgemäß sollten die Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertreter in entsprechender Anwendung der deutschen Mitbestimmungsgesetze vorgeschlagen und unter Einhaltung der

387 *Forsthoff*, DB 2000, 1109 (1114).

388 *Roth*, IPRax 2003, 117 (125).

389 So etwa für die österreichische oder slowenische Aktiengesellschaft.

390 Die Art L225 – 57 ff. Code de commerce enthalten die verbindlichen Vorgaben für eine S.A. (société anonyme), die in ihrer Satzung für die dualistische Struktur (directoire und conseil de surveillance) optiert.

391 *Franzen*, RdA 2004, 257 (261); *Großfeld/Johannemann*, JZ 1995, 796 für die ausländische GmbH & Co. KG; *Zimmer*, IntGesR, S. 167.

392 Für die Anpassungspflicht auch schon *Schümann*, EuZW 1994, 269 (275).

393 *Franzen*, RdA 2004, 257 (261); *Zimmer*, IntGesR, S. 167.

394 *Franzen*, RdA 2004, 257 (261); *Zimmer*, IntGesR, S. 167.

Wahlregeln des anwendbaren Gesellschaftsrechts von den Anteilseignern in den Aufsichtsrat gewählt werden. Hierbei sei sicherzustellen, daß die Anteilseignerseite dem Votum der Arbeitnehmerseite vollständig nachkommt<sup>395</sup>. M.E. werden beide Probleme von *Franzen* nicht zutreffend gelöst.

### [2] § 6 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG analog

Der Analogieschluß zu § 6 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG ist unzulässig und im übrigen auch überflüssig. *Franzen* läßt offen, nach welchen Wahlregeln konkret die Arbeitnehmervertreter gewählt werden sollen. Naheliegend wäre es bei einem auf § 6 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG gestützten Besetzungsverfahren, den Wahlmodus des Montan-MitbestG anzuwenden. Diesem Vorgehen stehen große Bedenken entgegen. Das Wahlverfahren nach dem Montan-MitbestG ist mit den Wahlverfahren der anderen Mitbestimmungsgesetze kaum vergleichbar. Die Arbeitnehmervertreter werden nicht von der Belegschaft, sondern von den Betriebsräten gewählt. Auch weist das Gesetz den im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften und deren Spitzenorganisationen im Wahlverfahren eine außerordentliche Rechtsstellung (§ 6 Abs. 2, 3 Montan-MitbestG) zu. Beide Elemente mindern die Legitimation der Arbeitnehmervertreter erheblich und bergen die Gefahr eines überproportionalen gewerkschaftlichen Einflusses auf die Arbeitnehmerbank. Wegen dieser inhaltlichen Mängel diene das Bestellungsverfahren des Montan-MitbestG richtigerweise nicht als Leitbild bei der Fassung der anderen Mitbestimmungsgesetze. Das Montan-MitbestG ist daher historisch und inhaltlich eine Ausnahmerecheinung. Es kann nicht auf Unternehmen außerhalb des umgrenzten Anwendungsbereichs angewendet werden<sup>396</sup>. Dieser Sonderstellung ist es aber zugleich immanent, daß der Analogieschluß nicht statthaft ist.

Möchte *Franzen* dagegen alternativ auf die Wahlmodi der anderen Mitbestimmungsgesetze zurückgreifen, gerät die Analogie des § 6 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG endgültig aus dem Lot, denn diese Wahlverfahren münden im Ergebnis nicht etwa in einen Wahlvorschlag, der von Anteilseignern im gesellschaftsrechtlichen Verfahren abgesegnet werden müßte, sondern sind bereits der Endpunkt des Besetzungsverfahrens seitens der Arbeitnehmer. Der Vorschlag *Franzens* entpuppt sich daher als eine Regelung, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Belieben aus verschiedensten Gesetzen zusammensetzt. Vom Instrument der Analogie ist eine solche Regelung nicht mehr gedeckt.

### [3] Das Konkurrenzverhältnis zwischen deutschem Mitbestimmungsrecht und ausländischem Gesellschaftsrecht

Wie ist also zu verfahren, wenn das ausländische Gesellschaftsrecht die Bestellung des Aufsichtsrates der alleinigen Kompetenz der Anteilseigner zuweist? Oder wenn es, noch klarer, eine Arbeitnehmerbeteiligung explizit ausschließt? Noch allgemeiner:

---

395 *Franzen*, RdA 2004, 257 (261); *Zimmer*, IntGesR, S. 167.

396 So auch BverfG v. 2.3.1999 („Mannesmann“) – 1 BvL 2/91 - ZIP 1999, 410 (Leitsatz): Die Einbeziehung von Konzernobergesellschaften in die Sonderform der Montan-Mitbestimmung (...) ist mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie einen ausreichenden Montan-Bezug aufweisen.

Welcher Normkomplex ist verbindlich, wenn zwischen Mitbestimmungsnormen und gesellschaftsrechtlichen Vorgaben des ausländischen Gesellschaftsstatuts Widersprüche bestehen? Eine klare Antwort auf diese Frage ist unentbehrlich, denn das Konzept der Überlagerung ist unweigerlich zum Scheitern verurteilt, wenn das Über- und Nebeneinander der beiden Normkomplexe nicht in handhabbarer Weise geregelt ist. Da mit jeder Überlagerung einer Vorgabe der deutschen Mitbestimmungsvorschriften ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit einhergeht, sind bei der Abgrenzung der Normkomplexe die Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte von herausragender Bedeutung.

### [a] Repräsentanzsicherung

Einerseits ist klar: Koordination von Mitbestimmung und ausländischem Gesellschaftsrecht kann nicht heißen, den Normen des Gesellschaftsrechts in jedem Falle Vorrang einzuräumen. Wollte man sich einem solchen Diktum unterwerfen, wäre eine Überlagerung nur dann in einer ausländischen Gesellschaft denkbar, wenn die Mitbestimmung deutscher Prägung sich in den Gestaltungsfreiraum der Gesellschafter einordnen ließe, selbige also auch mittels Satzung in der Gesellschaft implementiert werden könnte. Ein so weitreichendes Zugeständnis an die fremde Gesellschaftsrechtsordnung ist weder hilfreich noch entspricht es dem Wesen des deutschen Mitbestimmungsmodells.

Das Mitbestimmungsrecht ist im deutschen Recht als Zwangssystem konzipiert, das dann (und nur dann) eingreift, wenn seine Anwendungsvoraussetzungen gegeben sind. Auf freiwilliger Basis, beispielsweise mittels Satzung oder Tarifvertrag ist die Mitbestimmung im Aufsichtsrat *de lege lata* auch in Deutschland nicht zu verwirklichen. Für die AG und die KGaA ist dies allgemeine Meinung. Der zwingende Charakter des § 96 AktG und die in § 23 Abs. 5 niedergelegte Satzungsstrenge schließen abweichende Regelungen aus<sup>397</sup>. Für die GmbH ist dies strittig, richtigerweise aber auch abzulehnen<sup>398</sup>. Es liegt daher gerade in der Natur des Mitbestimmungsgesetzes als *lex cogens et specialis*, daß es allgemeine Regelungen ergänzt und entgegenstehende Regelungen verdrängt.

Um die Mitbestimmung in der fremden Rechtsordnung zu realisieren, muß dieser Wesenszug der Mitbestimmungsnormen im Verhältnis zum Gesellschaftsrecht wenigstens insoweit uneingeschränkte Geltung entfalten, als die Grundentscheidung, die Arbeitnehmerschaft institutionell in den Unternehmensorganen zu beteiligen, in Frage steht. Die Überlagerung der präsenz sichernden Normen dürfte isoliert betrachtet auch verhältnismäßig sein. Hierbei ist entscheidend, daß die Vertretung im Aufsichtsrat den Kern der Unternehmensmitbestimmung bildet und dieser Eingriff eine *conditio sine qua non* ist, um das Allgemeininteresse zu verwirklichen. Zugleich ist die Eingriffsschwere hinnehmbar, denn mit der Überlagerung der repräsentanz sichernden Normen werden Gesellschaftsstruktur und Interorgankompetenzverteilung nicht angetastet.

---

397 Raiser, § 1 MitbestG, Rn. 52; GKAktG/Oetker, MitbestG, Vorbem. Rn. 101.

398 A.A. Hanau/Ulmer, § 1 MitbestG, Rn. 23 mit weiteren Verweisen.

Für das Verhältnis zwischen ausländischem Gesellschaftsrecht und Mitbestimmungsrecht läßt sich damit festhalten, daß eine Norm des ausländischen Gesellschaftsstatuts jedenfalls dann unbeachtlich ist, wenn sie sich darin erschöpft, die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zu verhindern, sei es, daß sie die Besetzung des Aufsichtsrats alleine den Anteilseignern zuweist, sei es, daß sie die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat explizit verbietet.

Für die eingangs gestellte Frage zeigt sich damit, daß ein gesondertes Besetzungsverfahren nicht erforderlich und die analoge Anwendung des § 6 Abs. 1 S. 2 Montan-MitbestG auch mangels Regelungslücke hinfällig ist. Die Arbeitnehmervertreter können trotz entgegenstehender Vorgaben des Gesellschaftsstatuts direkt nach den Mitbestimmungsgesetzen in den Aufsichtsrat gewählt werden.

### **[b] Kompetenz- und Verfahrensnormen**

Gleichwohl ist damit das Verhältnis zwischen Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht noch nicht abschließend geklärt. Denn es ist unter dem Gesichtspunkt der europarechtlichen Verhältnismäßigkeit durchaus fraglich, ob zur Verwirklichung der deutschen Mitbestimmung *ad infinitum* in das ausländische Gesellschaftsrecht eingegriffen werden kann. Einer kritischen Überprüfung bedürfen diesbezüglich insbesondere die Bestimmungen des MitbestG zur inneren Ordnung sowie zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates nach § 25 ff. MitbestG und ferner die besonderen Vorschriften zum gesetzlichen Vertretungsorgan nach §§ 30 ff. MitbestG. Letztlich kann man auch noch weiter ausholen: wie verhält es sich mit den allgemeinen Vorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts, auf die in den §§ 25 und 30 MitbestG explizit Bezug genommen wird? Auch diese sind für den Einfluß des Aufsichtsrates und damit der Arbeitnehmerschaft von zentraler Bedeutung. Man denke nur an den durch das TransPuG<sup>399</sup> reformierten § 111 IV 2 AktG. Ist es europarechtskonform, alle diese Normen unter dem Gesichtspunkt der Mitbestimmungssicherung dem ausländischen Gesellschaftsstatut zu überlagern?

Dafür spricht die Teleologie der Mitbestimmungsgesetze. Nicht die bloße Präsenz der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, sondern die Beteiligung im Sinne effektiver Einflußnahme auf Unternehmensentscheidungen ist das Ziel der Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Letztere wird durch die §§ 25 ff., 30 ff. MitbestG i.V.m. den die Kompetenzen des Aufsichtsrates regelnden Normen z.B. des AktG gewährleistet. Diese Bestimmungen sind daher nicht unbedeutende Mosaiksteine, sondern – wie die Präsenz im Aufsichtsrat – Herzstücke der Mitbestimmung. Auch dogmatisch läßt sich die Geltung der Kompetenznormen des Aufsichtsrates grundsätzlich rechtfertigen. Eine Unterscheidung zwischen unbedingt zwingenden und weniger zwingenden Normen kennt das MitbestG nicht. Sämtlichen Normen der Mitbestimmungsgesetze kommt gleichermaßen ein zwingender Charakter zu.

Dennoch ist einer Überlagerung dieser Normen richtigerweise abzulehnen, denn der mit ihr einhergehende Eingriff in die Niederlassungsfreiheit wäre nicht mehr verhältnismäßig.

---

399 Das Transparenz- und Publizitätsgesetz vom 19.7.2002, BGBl. I, S. 786.

Die Eingriffsintensität ist erheblich. Eine ungefilterte Überlagerung sämtlicher zwingender Normen, die im direkten oder mittelbaren Zusammenhang mit der Arbeitnehmermitbestimmung stehen, hieße, daß über das Vehikel Mitbestimmungsüberlagerung nicht nur die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat der ausländischen Gesellschaft verankert, sondern in die Grund- und Kompetenzstruktur der ausländischen Gesellschaftsform eingegriffen wird<sup>400</sup>. Der ausländischen Gesellschaft würde eine Interorgankompetenzverteilung aufgezwungen, die dem Recht des Gesellschaftsstatuts unter Umständen grundfremd ist. Der ändernde Eingriff könnte sich so weitreichend ausnehmen, daß an die Gesellschaftsrechtsform in ihrer ursprünglichen Gestalt kaum mehr als der Name erinnerte<sup>401</sup>. Die Folgen sind jedoch noch weitreichender. Letztlich erzwänge man Gesellschaftsrechtsformen neuen Typs, die so weder in der ausländischen noch der deutschen Rechtsordnung bekannt sind: Der gesellschaftsrechtliche Wolpertinger wäre geboren.

Dies wäre mit der Niederlassungsfreiheit nicht zu vereinbaren. Denn „wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und anschließend in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet“, so ist sein Verhalten gerade die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit<sup>402</sup>. Durch die Überlagerung der deutschen gesellschaftsrechtlichen Normen auf eine ausländische Gesellschaft mit Inlandssitz würde die deutsche Rechtsordnung diese Rechtswahlfreiheit faktisch aufheben. Eingriffe in Grundfreiheiten sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH aber grundsätzlich dann nicht mehr zu rechtfertigen, wenn sie die Qualität haben, die durch die Vertragsnorm geschützte Freiheit im Einzelfall praktisch zu negieren<sup>403</sup>.

Es ist daher, um den europarechtlichen Vorgaben zu entsprechen, geboten, eine klare Grenzziehung zwischen repräsentanzsichernden Normen einerseits sowie kompetenzzuweisenden und verfahrenbestimmenden Normen andererseits vorzunehmen. Wird diese Trennlinie beachtet, so wird die Grundentscheidung der deutschen Mitbestimmungsgesetze, Arbeitnehmervertreter in Unternehmensorgane zu entsenden, auf ausländische Gesellschaften übertragen. Zugleich behält die ausländische Gesellschaft aber im übrigen die ihr nach dem Gesellschaftsstatut zukommende Identität. Damit läßt sich feststellen, daß die §§ 25 ff. und 30 ff. MitbestG (einschließlich der darin verwiesenen gesellschaftsrechtlichen Normen) einer ausländischen (mitgliedstaatlichen) Gesellschaft nicht überlagert werden können. Diese Trennlinie ermöglicht es einem ausländischen Unternehmen zwar, sofern dies nach dem Recht des Gesellschaftsstatuts zulässig ist, den Arbeitnehmer-

400 Zum Teil wird dies als notwendige Folge der Mitbestimmungsverwirklichung hingenommen, *Franzen*, RdA 2004, 257 (261).

401 So in jedem Falle, wenn – wie *Franzen* vorschlägt – einer monistisch organisierten Gesellschaftsform ein mitbestimmter Aufsichtsrat mit den Kompetenzen des AktG aufgezwungen werden soll; *Franzen*, RdA 2004, 257 (261), so auch *Kruse*, S. 240; ferner wenn auch zweifelnd *Hennsler*, Arbeitnehmermitbestimmung, S. 139.

402 EuGH v. 9.3.1999 (*Centros*) – Rs C-212/917 – ZIP 1999, 438 Rn. 27; EuGH v. 30.9.2003 (*Inspire Art*) – Rs. C-167/01 – EuZW 2003, 687 Rn. 138.

403 EuGH v. 5.11.2002 (*Überseering*) – Rs. C-208/00 – DB 2002, 2425 Rn. 70 u. 81; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EGV, Art. 43 Rn. 108.

einfluß erheblich zu reduzieren, indem etwa die Aufsichtsratskompetenz auf eine lediglich beratende Funktion abgesenkt wird. Da jedoch die rechtliche Identität der ausländischen Gesellschaft einem absoluten europarechtlichen Schutz unterliegt, ist dieses Schutzdefizit unvermeidbar.

### **[c] Das gesellschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot**

In der deutschen Aufsichtsratspraxis stellt sich die Frage innerorganschaftlicher Diskriminierung vornehmlich im Zusammenhang mit der Besetzung von Ausschüssen. Das Problem besteht darin, daß der Arbeitnehmereinfluß erheblich beschnitten werden könnte, wenn Entscheidungskompetenzen auf Ausschüsse übertragen werden, die ausschließlich oder überwiegend von Anteilseignervertretern besetzt sind<sup>404</sup>. Richtig ist es auch hier wegen der eben dargelegten europarechtlichen Überlagerungsgrenze an der Trennlinie zwischen präsenzbewirkenden Normen einerseits und gesellschaftsrechtlichen Normen andererseits uneingeschränkt festzuhalten. Ist eine differenzierte Behandlung von Aufsichtsratsmitgliedern nach dem Recht des Gesellschaftsstatuts möglich, so hat es damit sein Bewenden. Die Kompetenzzuweisung innerhalb des Aufsichtsrates durch Aufsichtsrats- oder Satzungsbeschluß unterliegt ausschließlich dem Recht des Gesellschaftsstatutes.

### **[d] Das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot**

Einer gesonderten Betrachtung bedarf allerdings das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot. Es liegt auf der Hand, daß die Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat schweren Schaden nähme, wenn die gewählten oder zur Wahl aufgestellten Arbeitnehmer wegen ihrer Aufsichtsratsstätigkeit arbeitsrechtliche Konsequenzen zu befürchten hätten. Um dies zu verhindern, normiert § 26 MitbestG für die Arbeitnehmervertreter ein Behinderungs- und Benachteiligungsverbot<sup>405</sup>. Gegen eine uneingeschränkte Anwendung dieser Schutznorm können die oben aufgeführten Einwände zum Schutz der Niederlassungsfreiheit nicht greifen, denn soweit § 26 MitbestG die Benachteiligung der Arbeitnehmervertreter in arbeitsrechtlicher Hinsicht verbietet, sind Konflikte mit dem Recht des Gesellschaftsstatuts schon sachlich ausgeschlossen. Theoretisch denkbare Konflikte mit dem Arbeitsvertragsstatut fallen wegen der Begrenzung des MitbestG auf im Inland tätige Arbeitnehmer<sup>406</sup> nicht ins Gewicht. Es wäre daher europarechtlich zulässig, diese Norm auf eine ausländische Gesellschaft anzuwenden.

### **[e] Fazit**

Als Richtschur für das Verhältnis zwischen deutscher Mitbestimmungsordnung und ausländischem Gesellschaftsrecht kann festgehalten werden: Eine Überlagerung der deutschen Normen ist europarechtlich zulässig, sofern sie die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat regeln und die Arbeitnehmervertreter individualarbeitsrechtlich schützen. Alle übrigen Rechtsbeziehungen – die Gesell-

---

404 MüKoAktG/*Semler*, § 107 Rn. 303 ff.; BGHZ 122, 342 ff.

405 GKAktG/*Oetker*, MitbestG, § 26 Rn. 1.

406 Zum Problem der Einbeziehung von Auslandsmitarbeitern vergleiche die Ausführungen unter § 5 B.

schaftsstruktur sowie die Rechte und Pflichten der Gesellschaftsorgane – bestimmen sich ausschließlich nach dem ausländischen Gesellschaftsrecht.

Mit Hilfe dieser Abgrenzungsregel läßt sich nun auch das anfangs angesprochene Problem leicht lösen: Wenn eine Gesellschaft nach den Vorgaben des Gesellschaftsstatuts durch Satzungsbeschluß zwischen dualem und monistischem System wählen kann, ist diese Wahl verbindlich. Dieser Befund gilt gleichermaßen hinsichtlich einer Rechtsordnung, die grundsätzlich nur monistische Gesellschaftsformen kennt. Eine zwangsweise Durchsetzung der dualistischen Leitungsstruktur ist in jedem Falle ausgeschlossen<sup>407</sup>.

#### **b. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im monistischen Gesellschaftsmodell**

Nach diesem Befund bleibt freilich noch die Frage offen, ob und gegebenenfalls wie sich das deutsche Modell der Arbeitnehmerbeteiligung im Wege der Analogie auch auf Gesellschaften mit monistischer Leitungsstruktur übertragen läßt.

Die monistische Leitungsstruktur zeichnet sich dadurch aus, daß die Aufgaben von Unternehmensleitung und Unternehmenskontrolle einem einzigen Organ zugewiesen sind: dem Verwaltungsrat<sup>408</sup>. Eine Zweiteilung zwischen Vorstand (Geschäftsleitung) und Aufsichtsrat fehlt. Die Einheitlichkeit des Leitungsorgans wird in der Praxis jedoch häufig dadurch aufgehoben, daß in der Binnenorganisation aus Gründen der Professionalisierung die laufenden Geschäfte dem alleinigen Verantwortungsbereich der sog. *executive directors* zugewiesen werden. Um ein Ausufern der Entscheidungsmacht der *executive directors* zu verhindern, werden dann in der Gesellschaftssatzung diejenigen Geschäfte festgelegt, über die der Verwaltungsrat ausdrücklich Beschluß fassen muß. Mit dem Hinweis auf diese faktische Unterteilung in kontrollierende und leitende Verwaltungsratsmitglieder wird in der Literatur teilweise eine analoge Anwendung der deutschen Mitbestimmungsnormen insofern befürwortet, als die Repräsentation der Arbeitnehmer auf der Ebene der nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder ansetzt<sup>409</sup>.

Richtigerweise ist – unabhängig von der Geschäftsverteilung im einzelnen – eine analoge Anwendung der deutschen Mitbestimmungsnormen auf eine monistisch strukturierte Gesellschaftsform ausgeschlossen<sup>410</sup>. Die Mitbestimmung deutscher Prägung setzt am Aufsichtsrat an. Dieser Organbezug durchzieht begrifflich und inhaltlich die Mitbestimmungsgesetze, die auf ein eingliedriges Verwaltungsratsystem demgemäß nicht ausgerichtet sind. Eine Gleichsetzung beider Organe verbietet sich. Der Verwaltungsrat ist das umfassende Leitungsorgan in der monistisch aufgebauten Gesellschaft, der Aufsichtsrat hingegen ein Kontrollorgan. Dieser grundlegende Unterschied wird auch nicht dadurch aufgehoben, daß in einer ausländischen Gesellschaft nach der Gesellschaftssatzung oder der Geschäftsordnung des Verwaltungsrates zwischen geschäftsführenden und nicht geschäfts-

407 So auch *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 18; *GKAktG/Oetker*, MitbestG, § 1 Rn. 11.

408 *Davies*, ZGR 2 (2001), 268 (275); vgl. auch die Ausführungen unter § 1 A II 1.

409 *Franzen*, RdA 2004, 157 (261); *Grothe*, S. 320 f.; *Zimmer*, IntGesR, S. 168.

410 *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 409 (412).

führenden Direktoren unterschieden wird. Zum einen ist diese Unterteilung ob ihrer Rechtsnatur dispositiv und damit abänderbar. Zum anderen bleibt die Verantwortung für die Geschäftsleitung in jedem Falle formal bei dem gesamten Verwaltungsrat. Inhaltlich ist die Arbeitnehmerbeteiligung im Verwaltungsrat damit gegenüber der Beteiligung im Aufsichtsrat ein *aliud*<sup>411</sup>. Der Analogieschluß ist unzulässig<sup>412</sup>.

### c. Zwischenergebnis

Sachrechtlich ist eine analoge Anwendung der Mitbestimmungsgesetze nur möglich, sofern die betroffene Gesellschaft dualistisch aufgebaut ist. Inhaltlich muß sich die analoge Anwendung auf diejenigen Mitbestimmungsnormen beschränken, welche die Präsenz der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bewirken und den Arbeitnehmervertretern individualarbeitsrechtlichen Schutz bieten.

## 4. Durchsetzung der Mitbestimmung

### a. Bedeutung der Zuständigkeit

Die rechtsdogmatische Begründung der Mitbestimmungsüberlagerung auf kollisionsrechtlicher und sachrechtlicher Ebene ist nur eine Kehrseite der Medaille. Wer an dieser Stelle innehält, übersieht, daß die theoretischen Überlegungen nur dann praxisrelevante Bedeutung erlangen, wenn sie auch auf gerichtlichem Wege durchsetzbar sind. Bei der bisherigen Analyse des Kollisions- und Sachrechts wurde daher eine Frage außen vor gelassen, die bei Sachverhalten mit internationalem Bezug von zentraler Bedeutung ist: Die Frage nach der internationalen Zuständigkeit. Die internationale gerichtliche Zuständigkeit ist nicht nur verfahrenstechnisch bedeutsam, sondern auch für die kollisionsrechtliche Einordnung eines konkreten Lebenssachverhaltes maßgeblich, an welche schließlich auch die sachrechtlichen Überlegungen anknüpfen. Der *lex fori* Grundsatz – in den Worten *Siehrs* der Artikel 0 jeder IPR Kodifikation<sup>413</sup> – hat zur Folge, daß jedes Gericht ihm vorgelegte Sachverhalte und Fragen der Auslandsbeziehungen im Ausgangspunkt nach dem eigenen Kollisionsrecht beurteilt.

Sofern ein konkreter Lebenssachverhalt nicht in den Zuständigkeitsbereich der deutschen Gerichte fällt, kommt deutsches Kollisionsrecht daher nur dann zur Anwendung, wenn das *lex fori* IPR zu einer Gesamtverweisung auf deutsches Recht führt. Unterstellt das ausländische Kollisionsrecht den Sachverhalt der eigenen Rechtsordnung oder verweist auf die Rechtsordnung eines dritten Staates, so stellt sich die Frage der Einordnung nach deutschem Kollisionsrecht nicht mehr.

Die internationale Zuständigkeit ist im Hinblick auf das materielle Ergebnis nur dann ohne Belang, wenn entweder die Kollisionsrechte der in Frage stehenden Gerichtsstände unter Berücksichtigung von Gesamt-, Weiter- und Rückverweisung zu einem identischen Ergebnis gelangen (in unserem Fall für die Unternehmensmit-

---

411 *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287 (297); *ders.*, ZGR 2000, 1 (17).

412 Vgl. zur Überlagerung *de lege ferenda* § 4 C III 2.

413 *Siehr*, IPR S. 360.

bestimmung auf das Recht des Sitzstaates verweisen) und damit unabhängig vom Gerichtsstand das gleiche Sachrecht Anwendung findet, oder wenn trotz unterschiedlicher Verweisung die berufenen Rechtsordnungen die Sachfrage gleich oder ähnlich lösen. Letzteres muß für die Unternehmensmitbestimmung verneint werden, denn, wie oben dargelegt<sup>414</sup>, wird die Arbeitnehmermitwirkung auf Unternehmensebene von den Rechtsordnungen in der Sache keineswegs ähnlich behandelt. Vielmehr existiert sie in der Form einer zwingenden institutionalisierten Mitbestimmung Deutschlands nur in wenigen Staaten. Damit wird klar, daß bei der Beurteilung der Mitbestimmungsüberlagerung mit der Zuständigkeitsbestimmung, so das Kollisionsrecht nicht gleichermaßen ausgestaltet ist, bereits eine zentrale Vorentscheidung fällt<sup>415</sup>. Hierbei muß beachtet werden, daß die Zuständigkeitsbestimmung in aller Regel vom IPR emanzipiert ist, daß also die Eröffnung des Forums per se nicht abhängig ist von kollisionsrechtlichen Erwägungen<sup>416</sup>.

Richtig ist zwar, daß die gerichtliche Zuständigkeit an sich keinen Einfluß auf den Geltungsbereich (im Sinne ihres Geltungswillens) von Normen hat. Kollisions- und sachrechtlich kann der Regelungswille der deutschen Mitbestimmungsordnung – wie oben gesehen – durchaus isoliert bestimmt werden. Sofern aber die Frage der Mitbestimmungsüberlagerung hinsichtlich ausländischer Gesellschaften mit Inlandsitz in der Gerichtspraxis mangels Zuständigkeit deutscher Gerichte niemals Streitgegenstand sein kann, bleibt die kollisionsrechtliche und sachrechtliche Festlegung des Geltungsbereichs der Mitbestimmung ohne Wert: der Geltungsbereich dieser Festlegung des Geltungsbereiches endete am Ausgang der juristischen Bibliothek. Dies zeigt, daß das Problem der internationalen Zuständigkeit die Schicksalsfrage ist, die über Wohl und Wehe der Überlagerungstheorie entscheidet<sup>417</sup>.

#### **b. Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit**

Eine Zuständigkeit für „die Unternehmensmitbestimmung“ kennt weder das deutsche noch das internationale Zivilprozeßrecht. Dies ist auch einleuchtend, wenn man sich vor Augen führt, daß mitbestimmungsrelevante Fragen unter verschiedensten Gesichtspunkten direkt oder inzident Gegenstand eines Zivilprozesses sein können: die Mitbestimmungspflicht eines Unternehmens als solche innerhalb des Statusverfahrens, § 26 MitbestG z.B. im Rahmen von Leistungs-, Kündigungs- oder Unterlassungsklagen, die rechtmäßige Besetzung des Aufsichtsrates im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen einen Aufsichtsratsbeschluß, das Gebot angemessener Arbeitnehmerbeteiligung innerhalb einer Klage gegen eine Satzungsbestimmung oder die Geschäftsordnung des Aufsichtsrates, die pflichtwidrige Amtsausübung von Wahlvorstandsmitgliedern im Rahmen einer Schadensersatzklage et cetera.

---

414 Vgl. § 1 A I.

415 In der unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Behandlung von Lebenssachverhalten liegt auch das Motiv des sog. Forum Shopping.

416 *Geimer/Schütze*, EuZR, Einl., Rn. 116; *Geimer*, IntZPR, Rn. 39 und 1044.

417 Vgl. etwa GKActG/*Oetker*, § 1 Rn. 11; *Roth*, IPRax 2003, 117 (125).

Um ein abschließendes Bild über die Zuständigkeitsproblematik der Unternehmensmitbestimmung zu gewinnen, müßte strenggenommen für alle denkbaren Klagearten und Klagegegenstände die internationale Zuständigkeit, der Klageweg sowie die sachliche und örtliche Zuständigkeit gesondert untersucht werden. Im Rahmen der gegenständlichen Untersuchung soll diese Betrachtung jedoch auf zwei Grundkonstellationen beschränkt bleiben: das Statusverfahren einerseits und die Klagen, welche die Gültigkeit von Organbeschlüssen zum Gegenstand haben, andererseits.

### [1] Die innerdeutsche (sachliche und örtliche) Zuständigkeit

Das Statusverfahren ist nach deutschem Prozeßrecht (§ 6 II 1 MitbestG 1976 i.V.m. §§ 98, 99 AktG) der ausschließlichen Zuständigkeit desjenigen Landgerichts zugewiesen, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 98 Abs. 1 S. 1 AktG, § 5 AktG). Eine inhaltsgleiche ausschließliche Zuständigkeit sieht § 246 Abs. 3 S. 1 AktG, § 5 AktG für die Anfechtungsklage gegen Hauptversammlungsbeschlüsse vor. Klagen gegen Beschlüsse des Aufsichtsrats wegen Gesetzesverstoß oder Satzungswidrigkeit sind als gewöhnliche Feststellungsklagen statthaft<sup>418</sup>. Da eine ausschließliche Zuständigkeit gesetzlich nicht vorgesehen ist, bestimmt sich die örtliche und sachliche Zuständigkeit dieser Feststellungsklagen nach den allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften der ZPO.

Der Gesellschaftssitz gem. § 5 AktG ist der Sitzungssitz. Hat die beklagte Gesellschaft einen satzungsmäßigen Doppelsitz<sup>419</sup>, ist nach herrschender Auffassung eine alternative Zuständigkeit beider Gerichtsstände gegeben<sup>420</sup>. Eine Mindermeinung<sup>421</sup> will nur die Zuständigkeit desjenigen Gerichtes eröffnet sehen, in dessen Bezirk der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft liegt. Die Konstellation des Doppelsitzes ist jedoch nicht mit der Konstellation einer ausländischen Gesellschaft mit Sitzungssitz im Ausland und tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland vergleichbar, denn auch die Mindermeinung verzichtet im Rahmen der Zuständigkeit nach § 98 Abs. 1 und § 246 Abs. 3 AktG für den Fall des Doppelsitzes nicht auf den Sitzungssitz. Der tatsächliche Verwaltungssitz wird von *Bork* und *Hüffer* nur als zusätzliches und nicht ausschließliches Abgrenzungskriterium vorgeschlagen. Dies zeigt, daß unter Zugrundelegung der gefestigten Rechtsprechung weder für das Statusverfahren noch für die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen die örtliche Zuständigkeit eines inländischen Gerichtes eröffnet ist, wenn der Sitzungssitz im Ausland liegt.

418 Eine entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG ist nach der ganz h.M. ausgeschlossen, BGH v. 17.5.1993 – II ZR 89/92 – BGHZ 122, 342; OLG Düsseldorf, AG 1995, 416; MüKoAktG/*Semler*, § 108 Rn. 272.

419 Die Zulässigkeit eines Doppelsitzes ist stark umstritten. Die wohl h.M. und Rspr. beschränkt den satzungsmäßigen Doppelsitz auf ganz außergewöhnliche Fälle, BayObIG, NJW-RR 1986, 31 (32); KG, BB 1973, 1001; für eine großzügigere Behandlung MüKoHGB/*Bokelmann* § 13 Rn. 34 f.; weiterführend zu diesem Problem MüKoAktG/*Heider*, § 5 Rn. 41 ff.

420 KG Berlin v. 31.6.1996 – 23 U 3989/94 – AG 1996, 421; ebenso Vorinstanz LG Berlin, AG 1995, 41; gleichfalls MüKoAktG/*Heider*, § 5 Rn. 56.

421 *Bork*, ZIP 1995, 609 (614 ff.); *Hüffer*, AktG, § 246 Rn. 37.

Zur Überwindung dieses Problems hält *Franzen* eine Auslegung der Zuständigkeitsregelungen dahingehend für möglich, daß, sofern der Satzungssitz im Ausland liegt, der tatsächliche Verwaltungssitz zuständigkeitsbegründend wirkt<sup>422</sup>. Dafür spräche, daß § 5 AktG zwar die Übereinstimmung von Satzungssitz und tatsächlichem Verwaltungssitz als Regelfall vorsieht, gleichwohl ein Auseinanderfallen der beiden Sitzformen nicht verbietet<sup>423</sup>.

Richtigerweise ist eine Auslegung des § 98 Abs. 1 AktG und des § 246 Abs. 3 AktG im Sinne *Franzens* abzulehnen. Der Wortlaut des Aktiengesetzes ist klar und eindeutig: „Sitz der Gesellschaft ist der Ort, den die Satzung bestimmt“ (§ 5 Abs. 1 AktG). § 5 AktG ist als Vorschrift des allgemeinen Teils für die Auslegung der §§ 98 Abs. 1, 246 Abs. 3 AktG verbindlich. Für eine dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 AktG offen zuwiderlaufende Auslegung ist kein Raum. Auch ein Analogieschluß schlägt fehl. Zwar könnte eine systemwidrige Regelungslücke mit dem Hinweis begründet werden, daß die Abkehr von der Sitztheorie erst die internationale Divergenz zwischen Satzungssitz und tatsächlichem Verwaltungssitz ermöglichte. Gleichwohl fehlt eine passende Rechtsnorm, die die so konstatierte Regelungslücke adäquat füllen könnte. Damit läßt sich festhalten, daß nach geltendem Recht kein deutsches Gericht sachlich und örtlich zuständig wäre, wenn ein Statusverfahren oder die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses gegen eine Gesellschaft mit Satzungssitz im Ausland angestrengt wird.

## [2] Die internationale Zuständigkeit

Von der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit abgesehen, ist auch die internationale Zuständigkeit der bundesdeutschen Gerichte fraglich. Die internationale Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen bestimmt sich innerhalb der EU einheitlich nach der EuGVVO<sup>424</sup>. Damit ist klar: Wenn die EuGVVO in ihrer gegenwärtigen Fassung eine Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen verunmöglicht, wäre eine Überwindung dieses Hindernisses auf bundesrechtlicher Grundlage ausgeschlossen. Denn die unmittelbare Geltung der Verordnung verwehrt es dem Bundesgesetzgeber insgesamt, im Verhältnis zu den vom Geltungsbereich der EuGVVO erfaßten Staaten (Art. 4 Abs. 1 EuGVVO) hinsichtlich der in der Verordnung geregelten Zuständigkeitsfragen Regelungen nach eigenem Geschmack zu schaffen. Mehr noch: Sogar die textgleiche Wiederholung des Inhalts der Verordnung durch einen nationalen Rechtssetzungsakt ist gemeinschaftsrechtlich

422 *Franzen*, RdA 2004, 257 (261).

423 *Franzen*, RdA 2004, 257 (261).

424 Die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2001 (inkraftgetreten am 1. März 2002) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ersetzt das Brüsseler Abkommen vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ). Letzteres verliert damit weitgehend seine Bedeutung, bleibt allerdings im Verhältnis zu Dänemark bindend, da die Verordnung in Dänemark keine Anwendung findet (Art. 1 Abs. 3 EuGVVO, Art. 69 EGV i.V.m. dem Protokoll über die Position Dänemarks).

verboten, denn diese könnte verschleiern, daß der EuGVVO als sekundärem Gemeinschaftsrecht in allen Mitgliedsstaaten unmittelbare Geltung zukommt<sup>425</sup>.

### [3] Organbeschlüsse

Klagen, welche die Gültigkeit von Organbeschlüssen zum Gegenstand haben, sind nach Art. 22 Nr. 2 EuGVVO ausschließlich der Zuständigkeit desjenigen Mitgliedsstaates zugewiesen, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft ihren Sitz hat. Art. 22 Nr. 2 S. 2 EuGVVO bestimmt ferner, daß bei der Entscheidung darüber, wo sich der Sitz befindet, das Gericht die Vorschriften seines internationalen Privatrechts anwendet. Mit diesem Verweis auf das internationale Privatrecht werden positive Kompetenzkonflikte grundsätzlich in Kauf genommen, denn wenn eine Gesellschaft ihren Satzungssitz in einem Mitgliedstaat hat, dessen Recht den satzungsmäßigen Sitz für relevant hält, der tatsächliche Verwaltungssitz hingegen in einem Mitgliedstaat liegt, der auf den tatsächlichen Sitz abstellt, so besteht in beiden Staaten eine Zuständigkeit<sup>426</sup>. Vor der EuGH Entscheidungstria waren allerdings positive Kompetenzkonflikte in der Praxis äußerst selten, da in Mitgliedsstaaten, deren IPR der Sitztheorie folgte, die transnationale Trennung von Satzungs- und Verwaltungssitz den Verlust der Rechtsfähigkeit bedeutete.

Damit stellt sich jedoch die in Rechtsprechung und Literatur bislang nicht erörterte Frage, inwieweit die EuGH Entscheidungstria zur Sitztheorie sich auf die ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 22 Nr. 2 EuGVVO auswirkt.

Unklar ist, auf welches IPR in Art. 22 Nr. 2 EuGVVO verwiesen wird, wenn das nationale IPR beide Anknüpfungspunkte kennt. So wendet das deutsche IPR zwar als Folge der EuGH Entscheidungstria zur Sitztheorie im Verhältnis zu mitgliedstaatlichen Gesellschaften das Gründungsstatut an, im übrigen (für außereuropäische – von den USA abgesehen – und inländische Gesellschaften) bildet jedoch weiterhin der tatsächliche Verwaltungssitz das entscheidende Anknüpfungsmoment. Sofern man in dem Verweis auf das „internationale Privatrecht“ einen allgemeinen Verweis sieht, ist daher die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz nicht ausgeschlossen, sondern erscheint vielmehr unter dem Gesichtspunkt erwägenswert, daß die Sitztheorie weiterhin die Regel und die Gründungstheorie die europarechtlich erzwungene Ausnahme darstellt.

Konsequenter ist allerdings eine Auslegung<sup>427</sup> dahingehend, daß der Verweis nicht allgemeiner Natur ist, sondern anwendungsbezogen interpretiert werden muß. Erfasst wird nicht das internationale Privatecht eines Mitgliedstaates insgesamt, sondern nur die nationale Kollisionsnorm, die auch zur Bestimmung des anwendbaren Sachrechtes im konkreten Gerichtsverfahren maßgeblich ist. Für diese Auslegung spricht, daß Art. 22 Nr. 2 EuGVVO eine ausschließliche Zuständigkeit vorsieht und damit vom Normzweck her Zuständigkeitskonkurrenzen verhindern und nicht fördern will. Da

---

425 EuGH v. 28.3.85 (Kommission/Italien) – RS C-272/83 – Slg. 1985, 1057 (1074); *Geimer/Schütze*, EuZR, Einl. Rn. 40.

426 *Geimer/Schütze*, EuZR, Art. 22 Rn. 213.

427 Die Auslegung der EuGVVO fällt gem. Art. 234 EGV in den Zuständigkeitsbereich des EuGH, der eine einheitliche Auslegung der Verordnung gewährleistet.

für alle mitgliedstaatlichen Gesellschaften (außer den inländischen) das Gründungsstatut gilt, ist als Sitz im Sinne des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO einheitlich der Satzungssitz der Gesellschaft anzusehen<sup>428</sup>. Der (bislang aber eher theoretische) positive Kompetenzkonflikt hat sich damit erledigt.

Für Klagen, welche die Gültigkeit von Organbeschlüssen einer ausländischen Gesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland zum Gegenstand haben, ist damit die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit nicht eröffnet.

#### [4] Das Statusverfahren

In den Katalog der ausschließlichen Zuständigkeiten der EuGVVO läßt sich das Statusverfahren nicht einordnen. Der auf gesellschaftsrechtliche Verfahren zugeschnittene Art. 22 Nr. 2 EuGVVO erfaßt nur Klagen, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben.

Auch eine besondere gerichtliche Zuständigkeit für das Statusverfahren kennt die EuGVVO nicht. Gemäß Art. 5 Nr. 5 EuGVVO kann zwar eine Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat auch an dem Ort verklagt werden, wo sie eine Zweigniederlassung, eine Agentur oder eine sonstige Niederlassung unterhält<sup>429</sup>. Allerdings gilt dies nur, wenn es sich um eine Streitigkeit aus dem Betrieb der Niederlassung handelt<sup>430</sup>. Diese letztgenannte Normvoraussetzung kann das Statusverfahren erkennbar nicht erfüllen, da es auf die Klärung der Mitbestimmungspflicht im gesamten Unternehmen ausgerichtet ist und damit die Sachnähe zum Betrieb der Niederlassung gerade nicht vorliegt<sup>431</sup>.

Gleichermaßen unfruchtbar sind die arbeitsrechtlichen Zuständigkeitsnormen der EuGVVO (Art. 18 und 19 EuGVVO). Sie sind nur dann einschlägig, wenn ein individueller Arbeitsvertrag oder Ansprüche aus einem solchen den Gegenstand des Verfahrens bilden.

Damit verbleibt allein die allgemeine Zuständigkeit nach der EuGVVO. Für Klagen gegen eine Gesellschaft/juristische Person liegt diese gem. Art. 2 EuGVVO i.V.m. Art. 60 EuGVVO beim Mitgliedsstaat, in dem sich der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung der Gesellschaft/juristischen Person befindet.

Die deutsche Gerichtsbarkeit ist demnach entsprechend dem Art. 2 Fall 2 EuGVVO für das Statusverfahren hinsichtlich einer Gesellschaft mit tatsächlichem Ver-

428 Anders *Geimer/Schütze*, EuZR, Art. 22 Rn. 213, der offenbar von dem Fortbestand des positiven Kompetenzkonfliktes ausgeht.

429 Grundsätzlich werden auch arbeitsrechtliche Streitigkeiten von Art. 5 Nr. 5 EuGVVO erfaßt, EuGH v. 13.11.1979 (Sanicentral) – Rs. 25/79 – Slg. 1979, 3423; EuGH v. 24.6.1981 (Elephanten/Schuh) – Rs. 150/80 – Slg. 1981, 1671.

430 Zu den einzelnen Voraussetzungen der Betriebsbezogenheit der Klage vgl. die Definition des EuGH z.B. in EuGH v. 22.11.1978 (Somafer) – RS 33/78 – RIW 1979, 56; ferner *Thomas/Putzo/Hüßtege*, ZPO, Art. 5 EuGVVO Rn. 23 und *Geimer/Schütze*, EuZR, Art. 5 EuGVVO Rn. 316 f. jeweils m.w.N.

431 Anders *Franzen*, RdA 2004, 257 (261), der einen deutschen Gerichtsstand für das Statusverfahren aus Art. 5 Nr. 5 EuGVVO herleitet.

waltungssitz in Deutschland zuständig. Diese Zuständigkeit konkurriert allerdings mit der Zuständigkeit des Gründungsstaates (in dessen Herrschaftsbereich in der Regel der Satzungssitz liegt). Ferner ist eine weitere Konkurrenz zu einem Drittstaat denkbar, wenn dort die Hauptniederlassung, also der Ort, an dem sich die wesentlichen Personal- und Sachmittel befinden<sup>432</sup>, belegen ist.

## 5. Zwischenergebnis

Eine Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen scheidet *de lege lata* aus. Zwar wäre eine Überlagerung der repräsentanzsichernden Normen der Mitbestimmungsgesetze europarechtlich zulässig und der Analogieschluß zumindest für im Inland belegene ausländische Gesellschaften mit dualer Leitungsstruktur dogmatisch begründbar. In Ermangelung einer inländischen gerichtlichen Zuständigkeit für das Statusverfahren und die rechtliche Überprüfung von Hauptversammlungsbeschlüssen, welche die Mitbestimmungsverwirklichung konterkarieren könnten, bleibt dieser rechtliche Befund ohne praktischen Wert: Kein deutsches Gericht wird nach geltender Rechtslage zulässigerweise das Überlagerungskonzept erwägen oder anwenden können.

## II. Mittelbarer und unmittelbarer Rechtsformzwang

Mit den voranstehenden Ausführungen zur Überlagerung der Mitbestimmungsnormen sind auch die wesentlichen Grundlagen gelegt, um das zweite Konzept der Mitbestimmungssicherung in rechtlicher und praktischer Hinsicht beurteilen zu können: das Konzept des mittelbaren bzw. unmittelbaren Rechtsformzwangs.

### 1. Das Konzept

#### a. Die Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft

Die Idee, die Mitbestimmung mittels einer Pflicht zur Gründung einer deutschen Gesellschaft durchzusetzen, ist nicht neu. Im Kollisionsrecht verkörpert die Sitztheorie dieses Konzept. Aber auch auf sachrechtlicher Ebene wurde schon vor der Entscheidungstrias des EuGH, also noch unter der Ägide der Sitztheorie, von Großfeld/Erlinghagen ein Konzept des Gründungszwanges entwickelt, das den lückenhaften Schutz der Sitztheorie ergänzen und Arbeitnehmer, die in inländischen Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften (damals noch zwangsläufig mit Sitz im Ausland) tätig sind, ebenfalls dem MitbestG unterstellen sollte<sup>433</sup>: Eine Rechtsgrundlage dieser Gründungspflicht sei wahlweise aus Art. 6 EGBGB oder Art. 34 EGBGB analog herleitbar<sup>434</sup>. Die Durchsetzung sei dadurch sichergestellt, daß die Umwandlungspflicht im Wege des Statusverfahrens nach §§ 98 f. AktG analog

---

432 Kropholler, EuZP, Art. 60 EuGVVO Rn. 2; Geimer/Schütze, EuZR, Art. 60 EuGVVO Rn. 7.

433 Erstmals von Beitzke, DB 1958, 224 (225); Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 518 ff.; Großfeld/Erlinghagen, JZ 1993, 217 (221 f.).

434 Großfeld/Erlinghagen, JZ 1993, 217 (221 f.); Großfeld/Johannemann, JZ 1995, 796; eine Sonderanknüpfung käme nicht zu dem gewünschten Resultat, muß daher als Rechtsgrundlage ausscheiden.

festgestellt und dann über § 33 FGG erzwungen wird<sup>435</sup>. Als negatives Pendant zur Gründungspflicht solle eine Auflösungssperre die Flucht aus der Mitbestimmung in von ausländischen Gesellschaften geführte Zweigniederlassungen verhindern. Auf der Grundlage von Art. 6 EGBGB und dem Rechtsgedanken der § 396 AktG, §§ 61, 62 GmbHG solle die Auflösung (§65 GmbHG, 263 AktG) einer inländischen Tochtergesellschaft verweigert, d.h. nicht eingetragen werden, sofern dadurch die Mitbestimmung in der betroffenen Tochtergesellschaft entfällt<sup>436</sup>.

## **b. Umgründungspflicht für ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz**

Dieser Gedankengang wird nun von einigen Vertretern in der Literatur auf die Zuzugskonstellation insgesamt übertragen: Verlegt eine ausländische Gesellschaft von einer mitbestimmungsrelevanten Größe ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland, sei sie zu einem „Statutenwechsel“ verpflichtet, müsse sich also als Gesellschaft deutschen Rechts neu gründen<sup>437</sup>.

## **2. Stellungnahme**

Das Konzept des erzwungenen Statutenwechsels ist nicht haltbar, und zwar in jeder Hinsicht: Es findet im geltenden deutschen Recht keine rechtlich tragfähige Grundlage und es verstößt fundamental gegen die vom EGV garantierte Niederlassungsfreiheit.

### **a. Fehlende Rechtsgrundlage im deutschen Recht**

Art. 6 EGBGB und Art. 34 EGBGB können als Rechtsgrundlage nicht herangezogen werden, um einen Rechtsformzwang zu begründen. Was Art. 6 EGBGB angeht, so ist dieser schon inhaltlich – wie oben aufgezeigt wurde<sup>438</sup> – nicht einschlägig. Aber darauf kommt es im Grunde gar nicht an. Entscheidend ist nämlich, daß sich die normative Wirkung der IPR Normen ausschließlich darauf beschränkt, das anwendbare Sachrecht zu bestimmen. Unmittelbare Rechtsfolge der Art. 6 und Art. 34 EGBGB kann daher niemals eine konkrete Rechtspflicht sein. Dem Kollisionsrecht eine inhaltliche, d.h. sachrechtliche Komponente beizumessen, ist rechtssystematisch grob fehlerhaft. Richtigerweise kann eine Rechtsgrundlage für einen Rechtsformzwang ausschließlich auf sachrechtlicher Ebene gesucht werden, eine Suche freilich, die ohne Erfolg bleibt. Denn die Freiheit der Rechtsformwahl zählt zu den Grundelementen unserer freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Zwar gibt es in negativer Hinsicht durchaus Beschränkungen dahingehend, daß die Wahl bestimmter Rechtsformen (z.B. die Stiftungen), mit Einschränkungen respektive besonderen Voraussetzungen verbunden ist. In positiver Hinsicht ist eine Rechtsformpflicht dem deutschen Gesellschaftsrecht aber grundfremd. Auch die Mitbestimmungsgesetze akzeptieren – wie der Rechtsformkatalog zeigt – das

---

435 *Großfeld/Erlinghagen*, JZ 1993, 217 (221 f.).

436 *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 522.

437 *Roth*, IPRax 2003, 117 (122 ff.).

438 Siehe Ausführungen in § 3 B III.

Wahlrecht uneingeschränkt. Sofern sie durch Zurechnungsnormen (z.B. § 4 Abs. 1 MitbestG) oder durch gesellschaftsrechtliche Bestimmungen (§ 6 Abs. 1 MitbestG) korrigierend eingreifen, geschieht dies, ohne die gewählte Rechtsform in ihrer Substanz in Frage zu stellen.

Schließlich muß auch dem Versuch widersprochen werden, über das Statusverfahren gem. § 98 ff. AktG den Rechtsformzwang gerichtlich feststellen zu lassen. Das Statusverfahren ist auf Feststellung der Mitbestimmungspflicht gerichtet („streitig oder ungewiß nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist“, § 98 Abs. 1 S. 1 AktG). Die Rechtsform der Gesellschaft spielt hierbei nur mittelbar (d.h. als Anwendungsvoraussetzung) eine Rolle. Keinesfalls kann dem Gesetz entnommen werden, daß eine etwaige Pflicht zu einem Statutenwechsel dem gleichen Verfahren unterläge<sup>439</sup>. Eine so weitreichende Ausdehnung des Regelungsgehaltes wäre allenfalls im Wege der Analogie denkbar, einer Analogie allerdings, die auch auf der Rechtsfolgenseite ansetzen müßte (insbesondere im Hinblick auf § 98 Abs. 4 S. 1 AktG), was nach ganz h.M. unzulässig ist<sup>440</sup>.

Nicht durchgreifend sind die Einwände *Zimmers* gegen die Lehre vom Statutenwechsel, soweit er sich gegen die Kombinierbarkeit des § 98 AktG mit § 33 FGG richtet<sup>441</sup>. M.E. wäre eine Kombination rechtlich durchaus vertretbar.

§ 33 Abs. 1 S. 1 FGG setzt eine gerichtliche Verfügung voraus, die dazu verpflichtet, eine Handlung vorzunehmen, die ausschließlich vom Willen des Verpflichteten abhängt. Nach ganz h.M. genügt es nicht, wenn die Verpflichtung unmittelbar auf dem Gesetz beruht<sup>442</sup>. Soweit besteht Einigkeit. Wenn *Zimmer* daraus jedoch schlußfolgert, daß die Entscheidung des Statusverfahrens ob seiner statusfeststellenden bzw. rechtsgestaltenden Natur als gerichtliche Verfügung i.S.d. § 33 FGG ungeeignet ist, mißinterpretiert er meines Erachtens die Bedeutung der gerichtlichen Verfügung<sup>443</sup>. Denn wenn das OLG Brandenburg feststellt, daß eine gerichtliche Verfügung unverzichtbar ist, ist über deren inhaltliche Reichweite nichts gesagt. Richtigerweise genügt es völlig, wenn der Pflichtige durch gerichtliche Verfügung aufgefordert wird, seiner gesetzlichen Pflicht nachzukommen<sup>444</sup>. Nichts anderes wäre aber das Ergebnis des Statusverfahrens nach der Vorstellung von *Großfeld/Erlinghagen*<sup>445</sup>.

#### **b. Vereinbarkeit mit Art. 43, 48 EGV**

Abgesehen vom Fehlen einer adäquaten gesetzlichen Grundlage ist das Konzept des Rechtsformzwangs zudem mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar, denn die niederlassungsbeschränkende Wirkung des sachrechtlichen Rechtsformzwangs ist nicht zu rechtfertigen.

---

439 Zweifelnd auch *Zimmer*, IntGesR, S. 164.

440 *Rinne*, S. 200; *Zimmer*, IntGesR, S. 163 f.

441 *Zimmer*, IntGesR, S. 164.

442 OLG Brandenburg, NJW-RR 2001, 1089.

443 *Zimmer*, IntGesR, S. 164.

444 *Keidel/Kuntze/Zimmermann*, FGG, § 33 Rn. 8.

445 *Großfeld/Erlinghagen*, JZ 1993, 217 (221 f.).

Um die Unvereinbarkeit festzustellen, genügt nicht schon der Verweis auf die EuGH Entscheidungstris zur Sitztheorie. Zwar sind Parallelen zwischen der Lehre vom Rechtsformzwang und der Sitztheorie unübersehbar. Letztere ist jedoch insofern weitergehend, als sie durch ihren generalisierenden Ansatz jegliche Prüfung verhindert, ob schutzwürdige Interessen überhaupt betroffen sind, oder ob eventuell mildere Mittel in Betracht kommen, diese Interessen zu schützen<sup>446</sup>. Gerade in diesem strukturell bedingten Grundfreiheitenverstoß genügt die Sitztheorie nicht den differenzierten europarechtlichen Vorgaben an die Beschränkung der Grundfreiheiten<sup>447</sup>. Die Lehre vom Statutenwechsel verkörpert demgegenüber eine andere Logik: die Logik einer antizipierten Gemeinwohlprüfung, denn sie kommt erst dann zum Zuge, wenn ein ausländisches Unternehmen mit Inlandssitz mitbestimmungsrelevante Größe erlangt hat. Gleichwohl greift die Gemeinwohlprüfung zu kurz. Zwar ist – wie oben gesehen – das Allgemeinwohlinteresse an der Unternehmensmitbestimmung grundsätzlich zu bejahen. Die im Interesse des Allgemeinwohls vorgenommenen Eingriffe dürfen jedoch nicht so weit gehen, daß durch die Vertragsnorm geschützte Freiheit im Einzelfall praktisch negiert wird<sup>448</sup>. Genau dies wird durch den Rechtsformzwang jedoch bezweckt: ausländischen Unternehmen ab einer bestimmten Arbeitnehmerzahl soll die Freiheit genommen werden, ihren Verwaltungssitz ungehindert nach Deutschland zu verlegen. Die Lehre vom Statutenwechsel ist daher europarechtswidrig<sup>449</sup>. Damit ist klar: auch *de lege ferenda* scheidet das Konzept des Rechtsformzwangs zur Sicherung der Mitbestimmung aus.

---

446 Schulz, NJW 2003, 2705 (2707).

447 Schulz, NJW 2003, 2705 (2707).

448 EuGH v. 5.11.2002 (Überseering) – Rs. C-208/00 – DB 2002, 2425 Rn. 70 u. 81; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 43 Rn. 108.

449 *Paefgen*, DB 2003, 487 (491); *Zimmer*, BB 2000, 1361 (1366); *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2477).



## § 4 Mitbestimmungssicherung durch Gesetzesreform

Die voranstehenden Ausführungen haben ergeben, daß es nach geltender Rechtslage nicht möglich ist, die Anwendung der deutschen Mitbestimmungsgesetze in ausländischen Gesellschaften mit Inlandssitz sicherzustellen. Dabei wurden bereits zahlreiche Bedingungen herausgearbeitet, denen sich auch jedes Sicherungskonzept *de lege ferenda* unterwerfen muß. Im folgenden soll nun analysiert werden, ob und wie durch Gesetzesänderungen die im voranstehenden Abschnitt diagnostizierten Defizite behoben werden könnten, d.h. ob und wie eine befriedigende Absicherung der Mitbestimmung in Zuzugskonstellationen erreicht werden kann.

### A. Zuständigkeit

#### 1. Innerdeutsche Zuständigkeit

Relativ einfach gestaltet sich die Korrektur des innerdeutschen Zuständigkeitsdefizits. Hierzu genügte es, die Satzungsgebundenheit des Gesellschaftssitzes etwas zu lockern. So könnte § 5 Abs. 1 AktG etwa durch einen Satz 2 ergänzt werden, der folgendermaßen ausformuliert sein könnte:

„Liegt dieser Ort außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes, und befindet sich die Verwaltung der Gesellschaft innerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes, so gilt für Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit der Ort als Sitz der Gesellschaft, an dem die Verwaltung der Gesellschaft geführt wird“.

#### 2. Internationale Zuständigkeit

##### a. Entscheidungsdisharmonien

Komplizierter ist jedoch die Anpassung der internationalen Zuständigkeit. Fraglich ist zunächst, ob es einer Änderung überhaupt bedarf, denn nach der geltenden Rechtslage besteht zwar eine ausschließliche Zuständigkeit des Satzungssitzstaates für Klagen gegen Organbeschlüsse, für das Statusverfahren hingegen ist die deutsche Gerichtsbarkeit zumindest alternativ zuständig<sup>450</sup>. Am besten läßt sich die Reformbedürftigkeit anhand eines Beispiels untersuchen<sup>451</sup>:

Eine britische Ltd. mit Verwaltungssitz in Deutschland und einer inländischen Arbeitnehmerstärke von 2500 Arbeitnehmern wird von einem deutschen Landgericht nach § 98 Abs. 4 S. 1 AktG dazu verpflichtet, ihren Verwaltungsrat nach dem MitbestG zu besetzen. Die Gesellschaft unterwirft sich der Entscheidung und bewirkt eine paritätische Besetzung ihres Verwaltungsrates nach dem MitbestG. Nun klagen Gesellschafter vor der englischen Gerichtsbarkeit (Satzungssitz) gegen mißliebige

---

450 Vgl. die Ausführungen unter § 3 C I 4 b.

451 Hierbei wird unterstellt, daß die weiteren Überlagerungshindernisse vom Gesetzgeber ausgeräumt wurden.

Verwaltungsratsbeschlüsse und stützen ihre Klage auf die aus ihrer Sicht rechtswidrige Besetzung des Verwaltungsrates. Würde der Klage vor dem englischen Gericht stattgegeben, wäre die Gesellschaft in einer unlösbaren Konfliktsituation. Der einzig gangbare Ausweg für die faktisch gelähmte Gesellschaft bestünde dann darin, unter Verstoß gegen die deutsche Gerichtsentscheidung umgehend zum mitbestimmungsfreien Verwaltungsratsmodell zurückkehren.

## **b. Entscheidung ausländischer Gerichte**

Dreh- und Angelpunkt dieses Beispielsfalles ist die Entscheidung des englischen Gerichtes. Ist das ausländische Gericht nicht möglicherweise gezwungen, eine inhaltlich mit der deutschen Mitbestimmungsordnung harmonisierende Entscheidung zu treffen? Diese Überlegung mag verwundern, denn man ist geneigt, die Durchsetzung der deutschen Mitbestimmung per se für unmöglich zu erachten, wenn ein ausländisches Gericht – insbesondere das Gericht des Gründungsstaates – mit dieser Frage befaßt wird<sup>452</sup>. Dieser Vorbehalt übersieht jedoch zwei Ansatzpunkte, die das ausländische Gericht durchaus zwingen könnten, bei Klagen gegen Organbeschlüsse die nach deutschem Recht bestehende Mitbestimmungspflicht einzubeziehen: die materielle Anwendungspflicht hinsichtlich deutscher Eingriffsnormen einerseits und die prozessuale Gebundenheit an die Statusentscheidung des deutschen Landgerichts andererseits.

### **[1] Anwendungspflicht der deutschen Mitbestimmungsnormen**

Zum einen wäre es denkbar, daß eine Pflicht der ausländischen Gerichte besteht, mitgliedstaatliche Eingriffsnormen anzuwenden, sofern sie nicht gegen den eigenen *ordre public* oder gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen. Die Zuständigkeitskonkurrenz wäre damit insgesamt irrelevant, da in jedem Falle das identische Sachrecht (deutsches Mitbestimmungsrecht) zur Anwendung käme<sup>453</sup>.

Für eine solche allgemeine Anwendungspflicht plädiert mit ausführlicher Begründung *Fetsch*. Rechtlich stützt er diese auf die allgemeine Kooperationspflicht aus Art. 10 EGV bzw. auf die Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 EVÜ<sup>454</sup>. Art. 7 Abs. 1 EVÜ sei teleologisch zu modifizieren und als „Muß-Regelung“ zu lesen. Ferner sei Art. 7 Abs. 1 EVÜ unter dem Gesichtspunkt der Lückenfüllung auch gegenüber denjenigen Mitgliedstaaten verbindlich, die einen Vorbehalt gegen dessen Geltung eingelegt haben. Seine in der Tat weitreichenden Schlußfolgerungen stützt *Fetsch* unter anderem auf die Überlegung, daß der mit der Zustimmung zu EuGVÜ und EuGVVO verbundene Souveränitätsverzicht eine Pflicht zur Durchsetzung fremder Allgemeininteressen verlange<sup>455</sup>. Denn um die mit der EuGVVO bezweckte Verfahrenskonzentration effektiv abzusichern, müsse der Forumsstaat eine gemeinschaftsweit

---

452 *Roth*, IPRax 2003, 117 (125).

453 *Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623 (662 ff.).

454 *Fetsch*, S. 364 ff. und S. 380 ff.

455 *Fetsch*, S. 367 f.

anererkennungsfähige Entscheidung erlassen und daher auch fremde Allgemeininteressen angemessen berücksichtigen<sup>456</sup>.

Richtigerweise ist nach geltender Rechtslage eine Pflicht zur Anwendung fremder Eingriffsnormen abzulehnen. Art. 10 EGV ist als Rechtsgrundlage zu allgemein. Selbst wenn man konstatiert, daß die Berücksichtigung fremder Allgemeininteressen auf kollisionsrechtlicher Ebene zur Verwirklichung von Vertragszielen notwendig ist, kann daraus noch keine materielle Pflicht der Mitgliedstaaten hergeleitet werden. Mangelhafte Harmonisierung ist im Europarecht mit Sicherheit kein Einzelfall. Die Erforderlichkeit einer Harmonisierung genügt nicht, um auf Art. 10 EGV gestützt den Mitgliedstaaten entsprechende Verpflichtungen aufzuerlegen, denn der EGV enthält genaue Vorgaben, nach welchen Verfahren und in welcher Rechtsform die Harmonisierung mitgliedstaatlicher Rechtsnormen erfolgen kann bzw. muß. Auch Art. 7 Abs. 1 EVÜ kann als Rechtsgrundlage jedenfalls dann nicht herangezogen werden, wenn der Mitgliedstaat gegen dessen Geltung einen Vorbehalt eingelegt hat<sup>457</sup>. Dies wäre mit völkerrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Erwähnenswert ist allerdings, daß es auf europäischer Ebene Bestrebungen gibt, das EVÜ insgesamt zu überarbeiten und durch eine EG-Verordnung zu ersetzen<sup>458</sup>. Welche Vorgaben die EG Verordnung hinsichtlich fremder Eingriffsnormen enthalten wird, ist derzeit noch nicht absehbar.

## [2] Wirkungserstreckung

Eine inhaltlich übereinstimmende Entscheidung des englischen Gerichts könnte sich aber auch daraus zwingend ergeben, daß das Gericht an die Vorentscheidung des deutschen Landgerichts gebunden ist.

Grundsätzlich ist die Statusentscheidung des LG gem. Art. 33 Abs. 1 EuGVVO in Großbritannien anzuerkennen, ohne daß es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf.

### [a] Versagungsgründe

Dies gilt nicht, wenn ein Versagungsgrund nach Art. 34 EuGVVO gegeben ist. Interessant erscheinen in diesem Zusammenhang vor allem die Versagungsgründe Nr. 1 (*ordre public*) und Nr. 3 (Unvereinbarkeit mit einer zweistaatlichen Entscheidung). Der erste Versagungsgrund dürfte ausscheiden. Zwar ist eine Mitbestimmung von Arbeitnehmern auf Unternehmensebene im britischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht nicht zwingend vorgesehen. Auf freiwilliger Basis, d.h. auf Grundlage entsprechender Vereinbarungen ist eine solche aber durchaus möglich<sup>459</sup>. Ein Widerspruch gegen die öffentliche Ordnung ist damit obsolet.

456 *Fetsch*, S. 368 f.

457 Zum deutschen Zustimmungsgesetz BGBl. 1986 II, 810; Palandt/*Heldrich*, Vorb. Art. 27 EGBGB Rn. 1; zu Großbritannien Fundstellennachw. B 2003, S. 624.

458 *Junker*, IPRax 2000, 65 ff.; *Wagner*, IPRax 2000, 249 (252 ff.).

459 Vgl. die Ausführungen unter § 1 A II.

Der dritte Versagungsgrund ist jedoch von großer Bedeutung. Die Anerkennung wird danach versagt, wenn dem Statusverfahren vor der deutschen Gerichtsbarkeit bereits widersprechende britische Gerichtsentscheidungen vorausgegangen sind. Dieser Umstand hat – auf die Mitbestimmungspflichtigkeit bezogen – beinahe skurril anmutende Auswirkungen: Denn wenn ein britisches Unternehmen eine Maßnahme plant, in deren Folge das Unternehmen der Mitbestimmungspflicht in Deutschland unterliegen könnte, genügt es, rechtzeitig, d.h. vor den Arbeitnehmern einen entsprechenden Feststellungsantrag bei einem britischen Gericht zu erwirken<sup>460</sup>. Den Wettlauf der Kläger um das gewünschte Forum dürfte hierbei regelmäßig die Unternehmensseite gewinnen, denn die Handlungs- und Entscheidungsmacht über das die Mitbestimmungspflichtigkeit auslösende Moment ist ein nicht aufzuwiegender Vorteil.

### [b] Umfang der Anerkennung

Aber auch wenn keine Versagungsgründe nach Art. 34 EuGVVO bestehen, ist die Relevanz der Statusentscheidung für Organklagen noch nicht abschließend gesichert. Denn nur dann, wenn die Entscheidung des LG auch in ihrer *inter omnes* Wirkung (§ 99 Abs. 5 S. 2 AktG) Anerkennung findet, sind die ausländischen Gerichte in Folgeentscheidungen zwischen anderen Verfahrensbeteiligten (Gesellschafter vs. Gesellschaft) daran gebunden. Um die Reichweite der Anerkennung zu bestimmen, sind in der Rechtsliteratur vornehmlich zwei verschiedene Anerkennungslehren entwickelt worden. Nach einer durchaus verbreiteten Ansicht werden ausländische Entscheidungen durch die Anerkennung inländischen Entscheidungen gleichgestellt (Gleichstellungslehre)<sup>461</sup>. Danach käme der Statusentscheidung im Ausland nur dann die *inter omnes* Wirkung zu, wenn die ausländische Rechtsordnung eine vergleichbare Rechtskraftwirkung kennt, der sie gleichgestellt werden könnte. Andernfalls greift die Gleichstellung ins Leere<sup>462</sup>. Die Gleichstellungslehre wird aber auch im autonomen deutschen Anerkennungsrecht von der wohl herrschenden Meinung abgelehnt. Sie werde dem Bedürfnis nicht gerecht, auch unbekanntem Statusentscheidungen im Inland umfängliche Anerkennung zuzubilligen<sup>463</sup>. Erst Recht muß dieser Einwand im Europäischen Gemeinschaftsrecht erhoben werden. Denn die EuGVVO zielt mit der prozessualen Vereinheitlichung gerade darauf ab, so weit wie möglich die Freizügigkeit der Urteile herzustellen<sup>464</sup>. Richtigerweise ist daher für eine ausländische Entscheidung, die auf der Grundlage von Art. 33 EuGVVO im europäischen Rechtsraum anerkannt wird, die Lehre der Wirkungserstreckung heranzuziehen<sup>465</sup>. Danach ist der Umfang der

---

460 Wenn die Klage in Großbritannien nur zuerst anhängig gemacht wurde und noch nicht abschließend entschieden ist, kommt Art. 27 Abs. 2 EuGVVO zum Zuge. Danach muß sich ein deutsches Gericht für unzuständig erklären, falls bei ihm eine Klage wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht wird.

461 MüKoZPO/Gottwald, § 328 Rn. 3.

462 Kritisch daher Kropholler, IPR, S. 660; MüKoZPO/Gottwald, § 328 Rn. 3.

463 MüKoZPO/Gottwald, § 328 Rn. 3.

464 Für die EuGVÜ: Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abl 1979 C 59 S. 42 f.

465 EuGH v. 4.2.1988 (Hoffmann/Krieg) – 145/86 – NJW 1989, 663 (664) noch zu Art. 26 EuGVÜ.

Wirkungen eines ausländischen Urteils grundsätzlich nach dem Recht des Erststaates zu beurteilen<sup>466</sup>. Die anerkannte ausländische Entscheidung entfaltet daher im Zweitstaat grundsätzlich dieselbe Wirkung wie im Urteilsstaat<sup>467</sup>.

Damit läßt sich festhalten, daß eine hypothetische Statusentscheidung eines deutschen Landgerichts auch in Großbritannien vollumfänglich berücksichtigt werden müßte, wenn Klagen von Gesellschaftern gegen Organbeschlüsse wegen fehlerhafter Besetzung eines Gesellschaftsorgans angestrengt werden.

### c. Notwendige Regelung und Änderungsverfahren

Der Beispielsfall hat aufgezeigt, daß die EuGVVO im Hinblick auf eine effektive gerichtliche Absicherung der Unternehmensmitbestimmung in einem zentralen Punkt unzureichend ist: Um einen Wettlauf der Kläger zu verhindern und eine gleichmäßige Mitbestimmung nach objektiven Kriterien zu gewährleisten, ist es unumgänglich, den Katalog der ausschließlichen Zuständigkeiten des Art. 22 EuGVVO zu ergänzen und eine gesonderte Zuständigkeit für das Statusverfahren zu schaffen<sup>468</sup>.

Art. 22 EuGVVO könnte – um diesem Mißstand abzuhelpen – folgendermaßen ergänzt werden: Ohne Rücksicht auf den Wohnsitz sind ausschließlich zuständig für Klagen, welche die Beteiligung von Arbeitnehmern an Unternehmensorganen zum Gegenstand haben, die Gerichte des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft oder juristische Person ihre Hauptverwaltung hat.

Doch die Diagnose eines Änderungsbedarfs (aus deutscher Sicht) ist das eine. Denn betrachtet man die Chance der politischen Verwirklichung mit ungefärbter Brille, so dürfte sich Ernüchterung einstellen. Die Verordnung basiert auf Art. 61 lit. c EGV i.V.m. Art. 65 EGV. Das Änderungsverfahren wäre daher gemäß Art. 67 Abs. 5 S. 2 EGV nach den Vorgaben des Art. 251 EGV durchzuführen. Stellt man die Sensibilität der Regelungsmaterie in Rechnung und berücksichtigt ferner, daß in den meisten Mitgliedsstaaten ein durchaus ausgeprägter Widerwille gegen die deutsche Mitbestimmung besteht, ist es nicht unrealistisch, für die Umsetzung dieser Reform wenigstens einen ähnlichen Zeitraum anzusetzen, wie er für den Stapellauf der SE benötigt wurde. Die mangelhafte internationale Zuständigkeit bleibt daher bis auf weiteres ein durch den Bundesgesetzgeber nicht überwindbares Hindernis, falls er bestrebt sein sollte, die Unternehmensmitbestimmung in Zuzugsfällen abzusichern.

Gleichwohl ist es auch nicht auszuschließen, daß die angedachte Reform auf europäischer Ebene Zuspruch finden würde. Es soll daher, um die gegenständliche Untersuchung eines möglichen Mitbestimmungssicherungsgesetzes nicht abzukürzen, davon ausgegangen werden, daß eine entsprechende Änderung des Art. 22 EuGVVO durchsetzbar ist.

---

466 Geimer/Schütze, EuZR, Art. 33 EuGVVO Rn. 12.

467 EuGH v. 4.2.1988 (Hoffmann/Krieg) – 145/86 – NJW 1989, 663 (664).

468 A.A. Franzen, RdA 2004, 257 (261), der einen besonderen (nicht ausschließlichen) Gerichtsstand nach Art. 5 Nr. 5 EuGVVO für ausreichend hält.

## **B. Kollisionsrechtliche Anknüpfung**

### **I. Sonderanknüpfung an Verwaltungssitz in Deutschland**

Wie bereits festgestellt wurde, läßt sich die Anwendung der Mitbestimmungsgesetze auf ausländische Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland in dogmatisch vertretbarer Weise bereits *de lege lata* rechtfertigen, indem die Mitbestimmungsgesetze als Eingriffsnormen qualifiziert werden<sup>469</sup>. Dennoch ist es aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wünschenswert, daß im Rahmen eines rundum abgestimmten Mitbestimmungssicherungsgesetzes der auf analogem Wege erweiterte Geltungsbereich der Mitbestimmung explizit geregelt wird und so die Unternehmensmitbestimmung durch gesetztes Kollisionsrecht vom Gesellschaftsstatut entkoppelt wird<sup>470</sup>.

Dies könnte etwa dadurch erreicht werden, daß Art. 34 EGBGB durch einen Satz 2 folgendermaßen ergänzt wird: Unabhängig vom Gesellschaftsstatut finden die Gesetze zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene auf Gesellschaften Anwendung, wenn deren tatsächlicher Verwaltungssitz innerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes liegt.

Die Ausnahmenvorschrift Art. 37 S. 1 Nr. 2 müßte dann – etwa durch einen Vorbehaltseinschub – dem neugefaßten Art. 34 EGBGB angepaßt werden.

### **II. Die inländischen Arbeitnehmer als Anknüpfungspunkt**

#### **1. Das Konzept**

Die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft ist jedoch nicht unumstritten. Insbesondere *Zimmer* befürwortet mit ausführlicher Begründung eine weitergefaßte Anknüpfung. Seiner Auffassung nach solle die zu schaffende Mitbestimmungskollisionsnorm – unabhängig von der Belegenheit des Verwaltungssitzes oder der Nationalität des Unternehmens – von den Arbeitnehmern her konzipiert sein, also allein auf das Vorliegen von Beschäftigungsverhältnissen im Inland abstellen<sup>471</sup>. Damit wären auch ausländische Gesellschaften mit Sitz im Ausland von den deutschen Mitbestimmungsnormen erfaßt<sup>472</sup>.

Seine Argumentation fußt auf einer teleologischen Analyse der Mitbestimmung. Im Hinblick auf die Ziele der Mitbestimmung (Menschenwürde, Demokratisierung der unternehmerischen Entscheidungsprozesse und Bindung der unternehmerischen Macht zugunsten der Arbeitnehmer) sei es unerheblich, ob ein Unternehmen vom In- oder vom Ausland aus verwaltet wird<sup>473</sup>, denn dem nationalen Gesetzgeber sei

---

469 Vgl. die Ausführungen unter § 3 B IV 2 und 3.

470 Mißverständlich ist insofern die Forderung, die Mitbestimmung „rechtsformneutral zu gestalten“, so *Zimmer*, IntGesR, S. 147; *Hachenburg/Behrens*, GmbHG, Einl. Rn. 153; *Raiser*, MitbestG, Einl. Rn. 60; denn nicht die Mitbestimmung als solche muß von der Rechtsformbezogenheit gelöst werden, sondern nur deren kollisionsrechtliche Anknüpfung.

471 *Zimmer*, IntGesR, S. 148.

472 *Zimmer*, IntGesR (1996), S. 148 ff.; nun aber weit zurückhaltender in *Zimmer*, NJW 2003, 3585 ff.

473 *Zimmer*, IntGesR, S. 149 f.

naturgemäß an einer Verwirklichung dieser Ziele hinsichtlich aller im Inland tätigen Arbeitnehmer gleichermaßen gelegen.

Im Hinblick auf die prinzipielle Gleichrangigkeit souveräner Staaten sei die Normsetzungskompetenz eines Staates für eine bestimmte Regelungsmaterie mit transnationalem Bezug nur durch einen Abwägungsprozeß der betroffenen Interessen zu legitimieren. Ergebnis dieses Abwägungsprozesses für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Unternehmensorganen sei es, daß dem Regelungsinteresse des Beschäftigungsstaates weder Gründungs- noch Sitzstaat vergleichbare Regelungsinteressen entgegenstellen könnten. Fehle es dem Gründungsstaat schon grundsätzlich an einem beachtlichen Regelungsinteresse hinsichtlich der Arbeitnehmerrechte, könne sich der Sitzstaat zwar grundsätzlich auf Territorialitätsgesichtspunkte berufen, welche aber leichter wögen als die Regelungsinteressen des Staates, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitnehmer des Unternehmens tätig sind<sup>474</sup>.

Ein nicht auf qualitativer Ebene lösbarer Konflikt stelle sich allerdings, wenn das Unternehmen auch außerhalb Deutschlands Arbeitnehmer beschäftigt, denn alle Beschäftigungsstaaten hätten ein grundsätzlich gleichrangiges Regelungsinteresse hinsichtlich der Mitbestimmung ihrer Arbeitnehmer auf Unternehmensebene. *Zimmer* löst diesen Konflikt auf quantitativer Ebene: Dem Staat mit der zahlenmäßig größten Arbeitnehmerschaft komme eine Art. „Mitbestimmungsführerschaft“ zu, die seinen Mitbestimmungsvorschriften eine unternehmensweite Verbindlichkeit verleihe<sup>475</sup>.

Zur Durchsetzung der deutschen Mitbestimmung in ausländischen Gesellschaften (also bei „deutscher Mitbestimmungsführerschaft“) schlägt *Zimmer* vor, das Statusverfahren an eine von dem Sitz der Gesellschaft unabhängige Zuständigkeit der deutschen Gerichte zu knüpfen. Ferner sollte das Statusverfahren um Sanktionsmöglichkeiten ergänzt werden, um die tatsächliche Umsetzung der gerichtlichen Entscheidung auch im Ausland sicherzustellen. Im Hinblick auf die völkerrechtlichen Grenzen extraterritorialer Rechtsanwendung will *Zimmer* die Sanktionen auf im Inland befindliche Personen oder Vermögenswerte beschränkt sehen<sup>476</sup>.

## 2. Stellungnahme

*Zimmers* Anknüpfungsmodell hat unleugbare Vorzüge. Es besticht zuerst durch Klarheit und ein Ergebnis, das man aus Arbeitnehmersicht als sehr gerecht bezeichnen kann. Sein Modell ist umfassend, begnügt sich also nicht damit, die durch die *Überseering* Rechtsprechung des EuGH gerissenen Mitbestimmungslücken zu schließen<sup>477</sup>, sondern versucht vielmehr, das Problem der Mitbestimmungsumgehung durch Ausnutzung des internationalen Regelungsgefälles im ganzen zu lösen.

---

474 *Zimmer*, IntGesR, S. 149.

475 *Zimmer*, IntGesR, S. 156.

476 *Zimmer*, IntGesR, S. 171 f.

477 *Zimmer* konnte 1996 die EuGH Rechtsprechung natürlich noch nicht kennen. Seine Ausführungen zur Mitbestimmungsproblematik schlossen die neue Rechtslage aber bereits insofern ein, als sie auf der Überlegung basieren, die damals herrschende Sitztheorie partiell aufzugeben.

Schließlich vermeidet *Zimmers* Modell eine Schwierigkeit, die sich bei dem enger gefaßten Anknüpfungsmodell zwangsläufig einstellt: Die Feststellung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer Gesellschaft. Nach seinem Modell hängt die Mitbestimmungspflichtigkeit ausschließlich von den Arbeitnehmerzahlen einer Gesellschaft im In- und Ausland ab.

Trotz dieser Vorzüge kann das Modell insgesamt nicht überzeugen.

#### a. Zuständigkeit

Zum einen wird *Zimmer* in seinen Ausführungen dem Zuständigkeitsproblem nicht ansatzweise gerecht. Die deutsche Gerichtsbarkeit ist für das Statusverfahren einer ausländischen Gesellschaft, deren Satzungssitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung im Ausland liegen, nicht einmal alternativ zuständig (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 60 EuGVVO)<sup>478</sup>. Erforderlich wäre demnach eine neugefaßte ausschließliche Zuständigkeit, die im Gleichlauf mit der Kollisionsnorm allein auf die Arbeitnehmerstärke Bezug nimmt: Ein EuGVVO Reformkonzept, dessen Erfolgswahrscheinlichkeit stramm gegen null gehen dürfte. Auch die inländische Zuständigkeit für das Statusverfahren ist bei *Zimmers* Modell überaus problematisch: Denn nach welchen Kriterien soll die sachliche Zuständigkeit bestimmt werden, wenn – wie es im Falle der „deutschen Arbeitnehmerführerschaft“ die Regel sein dürfte – das ausländische Unternehmen in Deutschland mehrere Zweigniederlassungen oder Tochterunternehmen unterhält? Soll auch hier die Arbeitnehmerstärke den Ausschlag geben oder freie Gerichtsstandswahl vorherrschen? Antworten bleibt *Zimmer* schuldig.

#### b. Überschreitung der Grenzen deutscher Rechtssetzungsbefugnis

Sind die Zuständigkeitsprobleme zumindest theoretisch noch überwindbar, scheitert *Zimmers* Modell endgültig an den völkerrechtlichen Vorgaben für Eingriffsnormen. Als Ausformung des völkerrechtlichen *genuine link* Prinzips sind nach ganz h.M. Eingriffsnormen nach deutschem Recht nur insoweit zulässig, als der geregelte Sachverhalt hinreichenden Inlandsbezug aufweist<sup>479</sup>. Ohne diesen Inlandsbezug fehlt die Legitimation, Fälle, die an sich dem ausländischen Recht unterliegen, dem Inlandsrecht zu unterwerfen<sup>480</sup>.

*Zimmer* bejaht diesen mit dem Hinweis, daß nach seinem Modell die deutsche Unternehmensmitbestimmung nur dann zum Zuge käme, wenn die Mehrheit der Arbeitnehmerschaft eines Unternehmens im Inland beschäftigt ist<sup>481</sup>. M.E. ist dieser Umstand für die Annahme eines hinreichenden Inlandsbezugs für die Unternehmensmitbestimmung jedoch nicht ausreichend.

Klar ist zunächst, daß „der Arbeitnehmer“ bzw. „die Arbeitnehmerschaft“ als Anknüpfungspunkte zu undifferenziert sind. Eine Kollisionsnorm, die auf den

---

478 Vgl. die Ausführungen unter § 3 C I 4 b [2].

479 *Kropholler*, IPR, S. 491; *Staudinger/Magnus*, Art. 34 Rn. 72; weitergehend *Lorenz*, RdA 1989, 220 (227): „erheblicher Inlandsbezug“.

480 *Staudinger/Magnus*, Art. 34 Rn. 78.

481 *Zimmer*, IntGesR, S. 153 f.

Arbeitnehmer abstellt, kann nämlich entweder auf seinen Arbeitsort oder auf sein Arbeitsvertragsstatut Bezug nehmen<sup>482</sup>.

Das Arbeitsvertragsstatut scheidet als sinnvolles Anknüpfungskriterium von vornherein aus. Die Unternehmensmitbestimmung ist kein Recht aus dem Arbeitsverhältnis<sup>483</sup>. Die Mitbestimmungsgesetze vermitteln kein subjektives Partizipationsrecht, sondern verwirklichen den Arbeitnehmerschutz auf institutionalisiertem Wege in den Unternehmensorganen. Die Unternehmensmitbestimmung kann daher nicht als ein „am Arbeitsvertrag angedocktes Partizipationsrecht“ verstanden werden<sup>484</sup>.

Fraglich ist aber, ob der Arbeitsort der Arbeitnehmer einen tauglichen Anknüpfungspunkt für die Unternehmensmitbestimmung bildet. Als gewöhnlicher Arbeitsort eines Arbeitnehmers gilt der Ort, an dem der Arbeitnehmer fest in den Betrieb eingegliedert ist, indem er seine Arbeitsleistung erbringt<sup>485</sup>. Für dieses Anknüpfungsmoment führt *Zimmer* an, daß auch die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung auf den Arbeitsort abstelle und die Übereinstimmung der Schutzrichtung beider Formen der Arbeitnehmerbeteiligung eine kollisionsrechtliche Gleichbehandlung rechtfertige<sup>486</sup>.

Richtigerweise ist jedoch die Anknüpfung am Arbeitsort für die Unternehmensmitbestimmung nicht geeignet. Der Vergleich zwischen betrieblicher und unternehmensrechtlicher Mitbestimmung trägt nicht. Beide Mitbestimmungsformen sind grundverschieden: Die betriebliche Mitbestimmung knüpft an der Produktionseinheit Betrieb und nicht – wie die Unternehmensmitbestimmung – an den Wirtschaftskörper Unternehmen an. Das BetrVG sichert den Arbeitnehmern konkrete Mitwirkungsrechte auf der betrieblichen Ebene zu, dient daher überwiegend dem Schutz der Arbeitnehmer<sup>487</sup>. Die unternehmensrechtliche Mitbestimmung hingegen ist im Grundsatz inhaltlich neutral ausgestaltet und verwirklicht die sozialpolitische Zielsetzung, die mit der Unterordnung der Arbeitnehmer unter fremde Leitungs- und Organisationsgewalt in größeren Unternehmen verbundene Fremdbestimmung abzumildern, durch die Beteiligung in den gesellschaftsrechtlich vorgegebenen Organisationsformen<sup>488</sup>. Die inhaltlich und organisatorisch unterschiedliche Konzeption der beiden Mitbestimmungsformen ist auch insofern entscheidend, als die Anknüpfung am Arbeitsort bei der betrieblichen Mitbestimmung sachlich richtig ist. Die betriebliche Partizipation ist überwiegend arbeitsplatzbezogen. Anders verhält es sich bei der Unternehmensmitbestimmung. Die Entscheidungen des Aufsichtsrats betreffen vornehmlich überbetriebliche Belange, bei denen ein sachlicher Bezug zum Ort der Tätigkeit fehlt. Als Anknüpfungspunkte für die

482 Zwar sind wegen Art. 30 Abs. 2 S. Nr. 1 EGBGB Arbeitsort und Arbeitsvertragsstatut in den meisten Fällen identisch. Die Frage der sinnvollen Anknüpfung bleibt hiervon aber unberührt.

483 *Richardi*, IPRax 1983, 217 (218).

484 So aber *Rieble*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9 (30).

485 *Bamberger/Roth/Spickhoff*, BGB Bd. 3, Art. 30 EGBGB Rn. 19; kritisch *Mankowski*, IPRax 1999, 332.

486 *Zimmer*, IntGesR, S. 150.

487 LG Frankfurt v. 1.4.1982 – 2/6 Akt E 1/81 – DB 1982, 1312.

488 BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532 ua. – BVerfGE 50, 290 (350).

Mitbestimmung in der Unternehmensverfassung kommen daher nur der Verwaltungssitz des Unternehmens oder das Gründungsstatut des Unternehmens in Frage<sup>489</sup>.

## C. Sachrechtliche Ausgestaltung

### I. Erfasste ausländische Gesellschaften

Neben der Klarstellung des erweiterten Anwendungsbereichs auf kollisionsrechtlicher Ebene (nach meinem Vorschlag Art. 34 S. 2 EGBGB) sollte auch in den Mitbestimmungsgesetzen die sachrechtliche Anwendbarkeit auf ausländische Gesellschaften mit Inlandssitz deutlich gemacht werden. Hierbei könnte, um dem bisherigen Konzept treu zu bleiben, ein abschließender Rechtsformkatalog aufgenommen werden, der sämtliche ausländischen Kapitalgesellschaften auflistet, die fortan den Mitbestimmungsgesetzen unterliegen sollen, sofern sie ihren Verwaltungssitz im Inland nehmen.

Allerdings wäre dieser Ansatz wenig elegant und zudem in der Anpassung schwerfällig. Besser ist es daher, eine allgemeine Formulierung zu wählen, die auf die Funktionsähnlichkeit der ausländischen Gesellschaft mit den ausdrücklich erwähnten deutschen Gesellschaftsformen abstellt.

### II. Fremdenrechtliche Behandlung

Auch wenn der Bundesgesetzgeber im Grundsatz ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland der Mitbestimmungspflicht unterstellen wollte, bleibt fraglich, wie diese Mitbestimmung konkret ausgestaltet werden sollte. Neben dem bereits *de lege lata* diskutierten Konzept der Mitbestimmungsüberlagerung besteht auch die Möglichkeit, diese Gesellschaften nicht den allgemeinen deutschen Mitbestimmungsgesetzen, sondern Sonderregelungen zu unterwerfen. Zwei Sondermodelle sind erwägenswert: Das Mitbestimmungsmodell in der SE<sup>490</sup> und die Verlagerung der Mitbestimmung auf ein Sondergremium<sup>491</sup>, das außerhalb der gewöhnlichen Unternehmensorgane angesiedelt wäre. Rechtsdogmatisch ist die Sonderbehandlung Fremdenrecht, da auf Tatbestandsseite zwischen der Inländer-

---

489 Diese Feststellung betrifft nur die Mitbestimmungsnormen, die sich auf die Unternehmensverfassung beziehen! Die Anknüpfungsprobleme der betriebsbezogenen und arbeitsvertragsbezogenen Normenbestandteile der Unternehmensmitbestimmung stellen sich erst dann, wenn die Mitbestimmung auch in ausländischen Unternehmensteilen verwirklicht werden soll, vgl. hierzu die Ausführungen unter § 5 B II und III.

490 So *Schanze/Jüttner* in analoger Anwendung *de lege lata*, *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 30 (35 f.); *dies.*, AG 2003, 661 (668); zustimmend *Bayer*, BB 2003, 2357 (2365); ablehnend *Veit/Wichert*, AG 2004, 14 (18).

491 So *Grasmann*, der für Auslandsgesellschaften mit Auslandssitz vorschlug, ein dem § 106 VAG vergleichbares Sondergremium zu schaffen, in welchem die Arbeitnehmer ihre Anliegen vertreten könnten, *Grasmann*, ZGR 2 (1973), 317 (330); hierzu auch *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444 (475); *Schubert*, S. 71; ablehnend *Staudinger/Großfeld*, *IntGesR*, Rn. 517; für eine Verlagerung der Mitbestimmung für inländische Gesellschaften auf einen Konsultationsrat, *Kirchner*, AG 2004, 197 (199 ff.); *Berliner Netzwerk Corporate Governance*, AG 2004, 200.

oder Ausländereigenschaft einer Gesellschaft differenziert wird, um hieran unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen<sup>492</sup>.

M.E. sollte eine Sonderbehandlung ausländischer Gesellschaften soweit wie möglich unterbleiben. Denn wenn der deutsche Gesetzgeber das Mitbestimmungsrecht für die soziale Ordnung in Deutschland als so wichtig erachtet, daß er zu dessen Sicherung die Durchsetzung eigener Normen gegenüber fremdem Recht erzwingt, so muß es ihm daran gelegen sein, im Inland einheitliche Rechtsverhältnisse herzustellen. Auch inhaltlich spricht nichts für eine Sonderbehandlung. Die in der Mitbestimmung verwirklichten wirtschafts- bzw. sozialpolitischen Postulate greifen unabhängig von der Nationalität der Gesellschaft.

### III. Anwendung der deutschen Mitbestimmungsnormen

Richtig ist aber auch, daß eine gewisse Sonderbehandlung gar nicht vermieden werden kann. Eine wirklich identische Mitbestimmung in ausländischen Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland kann wegen der europarechtlichen Schranken und der Rechtsformunterschiede nicht gelingen. D.h. auch die Überlagerungskonzeption wird im Grundsatz auf fremdenrechtliche Elemente nicht verzichten können.

#### 1. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im dualistischen Gesellschaftsmodell

Für ausländische Gesellschaften mit dualistischer Leitungsstruktur wurde bereits in den Ausführungen zur geltenden Rechtslage ausführlich dargelegt in welchen Grenzen eine Überlagerung möglich ist<sup>493</sup>: Nur die die repräsentanzverwirklichenden Normen sowie die Normen, die die Arbeitnehmervertreter vor spezifischen Benachteiligungen schützen sollen, sind auch auf ausländische Gesellschaften übertragbar.

#### 2. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im monistischen Gesellschaftsmodell

Unerörtert blieb bei der Analyse der geltenden Rechtslage jedoch die Frage, ob und inwieweit eine Überlagerung der Mitbestimmungsnormen zulässig ist, wenn die ausländische Gesellschaft monistisch aufgebaut ist und damit der Aufsichtsrat als Substrat der Unternehmensmitbestimmung deutscher Prägung fehlt<sup>494</sup>.

Die Übertragung der Mitbestimmungsnormen auf eine monistische Gesellschaft ausländischen Rechts ist insofern rechtlich komplexer, als nicht nur europarechtliche, sondern auch verfassungsrechtliche Probleme aufgeworfen werden<sup>495</sup>. So könnte der

492 Hachenburg/*Behrens*, GmbHG, Rn. 11; Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 895; MüKoBGB/*Sonnenberger*, Einl. IPR, Rn. 341; MüKoAktG/*Heider*, § 5 AktG Rn. 23.

493 Vgl. unter § 2 D I 3 a.

494 De lege lata scheidet die Überlagerung von vornherein aus, da mangels Vergleichbarkeit der Analogieschluß unzulässig ist, vgl. die Ausführungen unter § 3 C I 3 b.

495 Darüber hinaus könnte man sich fragen, ob die paritätische Besetzung des Verwaltungsrates nicht nur einen qualitativen, sondern auch prozentual quantitativen Machtzuwachs mit sich bringt, da die

mit der Verortung der Arbeitnehmermitbestimmung im Verwaltungsrat verbundene Machtzuwachs der Arbeitnehmervertreter mit der Eigentumsgarantie der Anteilseigner gemäß Art. 14 GG kollidieren.

### a. Machtzuwachs

Der Machtzuwachs ist strukturell bedingt. In einer monistisch geführten Gesellschaft sind die Aufgaben von Unternehmensleitung und Unternehmenskontrolle einem einzigen Organ zugewiesen: dem Verwaltungsrat<sup>496</sup>. Die Einheitlichkeit des Leitungsorgans wird in der Praxis jedoch häufig dadurch aufgehoben, daß in der Binnenorganisation aus Gründen der Professionalisierung die laufenden Geschäfte dem alleinigen Verantwortungsbereich der sog. *executive directors* zugewiesen werden<sup>497</sup>.

Fehlt es an einer solchen Unterteilung, so ist der Machtzuwachs offenkundig: Die Arbeitnehmerbank ist an sämtlichen Unternehmensentscheidungen einschließlich der Geschäftsführung beteiligt. Aber auch dann, wenn im Verwaltungsrat zwischen *non executive directors* und *executive directors* unterschieden wird, übersteigt der verbleibende Einfluß des gesamten Verwaltungsrates und damit der Arbeitnehmervertreter den des Aufsichtsrates. Dieser Machtzuwachs offenbart sich nicht auf den ersten Blick, denn die Kompetenzen des „geteilten Verwaltungsrates“ und des Aufsichtsrates weisen durchaus deutliche Parallelen auf: Um ein Ausüben der Entscheidungsmacht der *executive directors* zu verhindern, werden in der Gesellschaftssatzung oder in der Geschäftsordnung des Verwaltungsrates regelmäßig diejenigen Geschäfte festgelegt, über die der Verwaltungsrat ausdrücklich Beschluß fassen muß. Für britische Gesellschaften, die dem „*combined code*“ unterstehen, ist die Erstellung eines Zustimmungskatalogs zwingend<sup>498</sup>. Diese Systematik des Zustimmungskataloges ist auch im dualen System bekannt. Gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 müssen per Satzung oder Aufsichtsratsbeschluß diejenigen Geschäfte festgelegt werden, die ohne die Zustimmung des Aufsichtsrates nicht vorgenommen werden dürfen.

Trotz dieser Parallele besteht ein wesentlicher Unterschied. Denn gem. § 111 Abs. 4 S. 1 AktG können dem Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden<sup>499</sup>. Genau das gegenteilige Bild bietet sich im zweigeteilten Verwaltungsrat. Trotz der Trennung zwischen geschäftsführenden *Board* Mitgliedern und nicht geschäftsführenden *Board* Mitgliedern bleibt die Letztverantwortung für die gesamte Unternehmensplanung und Unternehmensleitung beim gesamten *Board*. Der der Trennungsbeschluß hat somit aufgabenzuweisende und nicht kompetenzabgrenzende Wirkung. Das *Board* kann daher im Verwaltungsratsmodell jederzeit in

---

Mitbestimmung nach dem MitbestG nur zu einer viertelparitätischen Besetzung der Gesamtunternehmensleitung (Aufsichtsrat und Vorstand) führt, *Gruber/Weller*, NZG 2003, 297 (299).

496 *Davies*, ZGR 2 (2001), 268 (275).

497 Vgl. auch die Ausführungen unter § 1 A II 1 zur Bedeutung des „*combined codes*“.

498 *Davies*, ZGR 2 (2001), 268 (275); verbindlich ebenso für die monistisch strukturierte SE (Art. 48 Abs. 1 S. 1 SE-VO).

499 Siehe zur Abgrenzung *Hüffer*, AktG, § 111 Rn. 18; *Lutter/Krieger*, Aufsichtsrat, S. 44 f. jeweils mit weiterführenden Verweisen.

die Geschäftsführung eingreifen, indem es konkrete Einzelbeschlüsse zu Fragen der Geschäftsführung faßt. Die konkrete Machtfülle des Verwaltungsrates ist, anders als beim Aufsichtsrat, nicht gesetzlich beschränkt.

### b. Mitbestimmung in der deutschen SE

Die Frage, ob die Verankerung der Unternehmensmitbestimmung im Verwaltungsrat einer monistisch aufgebauten Gesellschaft verfassungskonform ist, beschränkt sich nicht auf die behandelte Konstellation der Überlagerung inländischer Mitbestimmungsnormen, sondern stellt sich gleichermaßen bezüglich der Mitbestimmung nach dem SEBG<sup>500</sup> in einer monistisch strukturierten SE mit Sitz in Deutschland<sup>501</sup>. Auch dort ist die Arbeitnehmervertretung im Verwaltungsrat angesiedelt, dem eine weit größere Machtfülle zukommt als dem Aufsichtsrat in der dualistischen SE<sup>502</sup>. Inhaltlich ist das Verfassungsproblem aber insofern verschieden, als der monistisch strukturierten SE die Bestellung von geschäftsführenden Direktoren zwingend ist und daher die Geschäftsführung gesetzlich dem unmittelbaren Zugriff der Arbeitnehmervertreter entzogen ist (§ 40 SEEG)<sup>503</sup>.

### c. Verfassungsmäßigkeit

Die Verfassungsmäßigkeit der Überlagerung deutscher Mitbestimmungsnormen auf eine monistisch geprägte Auslandsgesellschaft entscheidet sich auf Art. 14 GG bezogen ausschließlich auf der Rechtfertigungsebene. Die Eingriffsqualität der Mitbestimmung steht außer Frage. Maßgeblich ist hierbei, ob der spezifische Machtzuwachs der Arbeitnehmervertreter im monistischen Modell zu einer anderen verfassungsrechtlichen Bewertung führt, als sie für das dualistische Modell von der ganz h.M. getroffen wird. M.E. ist dies im Hinblick auf das Eigentumsrecht ohne weiteres zu verneinen. Denn zwar werden die Arbeitnehmer durch die Präsenz im Verwaltungsrat in viel stärkerem Maße in die Gesamtleitung des Unternehmens einbezogen, eine substantielle Beeinträchtigung des Eigentumsrechtes kann aber von den Anteilseignern durch entsprechende Satzungs Vorgaben ohne weiteres verhindert werden. Die oben dargelegte Grenze der europarechtlich zulässigen Überlagerung deutscher Mitbestimmungsnormen führt dazu, daß – soweit dies nach dem Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates zulässig ist – in der Satzung durchaus eine unterschiedliche Kompetenzzuweisung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder vorgenommen werden kann. So kann etwa dem Verwaltungsratsvorsitzenden für den Blockadefall ein Doppelstimmrecht zuerkannt werden oder – wiederum unter dem

500 Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz) v. 22.12.2004, BGBl. I S. 3686 f.; hierzu *Grobys*, NZA 2004, 779; *Niklas*, NZA 2004, 1200.

501 Diesbezüglich kritisch BDA et al., Gemeinsame Stellungnahme, S. 7.

502 Die Wahl der Unternehmensverfassung erfolgt in der SE Satzung (Art. 38 b SE-VO). Der Verwaltungsrat einer SE leitet die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung (§ 22 Abs. 1 SEEG). Vgl. zum SEEG v. 22.12.2004, BGBl. 2004, S. 3675 ff. die Stellungnahmen *Nagel*, NZG 2004, 833; *Ihring/Wagner*, BB 2004, 1749; *Teichmann*, BB 2004, 53.

503 Die geschäftsführenden Direktoren sind dem Verwaltungsrat weisungsunterworfen. Sie können jederzeit abberufen werden. Zu den Gestaltungsmöglichkeiten einer monistischen SE vgl. *Teichmann*, BB 2004, 53 (54 ff.).

Vorbehalt der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit – einem Teil der Verwaltungsratsmitglieder das Stimmrecht ganz entzogen werden. Die Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen beschränkt sich ausschließlich auf die Präsenzsicherung. Das gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot des Aktiengesetzes<sup>504</sup> wird nicht auf die Auslandsgesellschaft übertragen.

Eine weitere verfassungsrechtliche Frage betrifft den Umstand, daß die Arbeitnehmervertreter als Mitglieder des Verwaltungsrates grundsätzlich über den Abschluß von Haustarifverträgen oder den Wechsel des Unternehmens von OT-Mitgliedschaft zur Vollmitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband mitentscheiden könnten. Hierin könnte ein Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit gesehen werden, da ein solches Mitentscheidungsrecht der Arbeitnehmervertreter die Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberseite und damit eine Grundvoraussetzung des verfassungsrechtlich garantierten Tarifsystems bedroht<sup>505</sup>. Richtigerweise stellt aber auch die Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen auf ausländische monistisch strukturierte Gesellschaften in der oben dargestellten Form keinen Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit dar. Da das gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot nicht zwingend gilt, bleibt den Anteilseignern ein so weiter Gestaltungsfreiraum hinsichtlich der konkreten Mitentscheidungsbefugnisse, daß der Verfassungskonflikt mit Art. 9 GG ohne weiteres durch eine inhaltliche Beschränkung der Stimmrechtsausübung gelöst werden kann.

---

504 Vgl. zum Diskriminierungsverbot bei der Ausschußbesetzung MüKoAktG/*Semler* § 107 Rn. 303 ff.; BGHZ 122, 342 ff.

505 Zur Unerläßlichkeit der Gegnerunabhängigkeit vgl. *Rieble*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9 (26).

## § 5 Mitbestimmungsmodernisierung durch Internationalisierung

### A. Einbeziehung der Auslandsarbeitnehmer *de lege lata*

Angesichts der internationalen Verflechtung der deutschen Wirtschaft ist es heute eine Selbstverständlichkeit, daß der weit überwiegende Teil der Unternehmen von mitbestimmungsrelevanter Größe Arbeitnehmer auch im Ausland beschäftigt. Diese Auslandsaktivität kann in sehr unterschiedlicher Form an das deutsche Stammhaus angebunden sein. Besteht im Ausland eine feste Niederlassung, so kann diese als eigenständiges Tochterunternehmen mit oder ohne Beherrschungsvertrag oder als abhängige Zweigniederlassung des deutschen Unternehmens geführt werden. Ferner können auch nur einzelne Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen im Ausland tätig sein, ohne zugleich in eine ausländische Betriebsorganisation eingegliedert zu sein.

In all diesen Fällen stellt sich die Frage, inwieweit die deutschen Mitbestimmungsgesetze anwendbar sind, ob die Beschäftigten also bei der Ermittlung der maßgebenden Arbeitnehmerzahlen mitgerechnet werden und mit aktivem und passivem Wahlrecht an der Mitbestimmung in der deutschen Konzernspitze partizipieren dürfen. Eine ausdrückliche Antwort auf diese Fragen findet sich in den Mitbestimmungsgesetzen nicht.

### I. „Ausstrahlende Tätigkeit“ innerdeutscher Betriebe

Weitgehend unstrittig ist die Behandlung von Arbeitnehmern, die einem inländischen Betrieb angehören, ihre konkrete Tätigkeit jedoch vorübergehend (z.B. im Rahmen von Montagearbeiten) im Ausland verrichten. Nach einhelliger Auffassung wird diese Frage des persönlichen Geltungsbereiches nach den Ausstrahlungsgrundsätzen behandelt, die auch für die Anwendbarkeitsgrenze des BetrVG herangezogen werden<sup>506</sup>. Maßgeblich ist demnach, ob der Arbeitnehmer trotz seiner Tätigkeit im Ausland organisatorisch in den inländischen Betrieb eingegliedert bleibt<sup>507</sup>. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte auch im Ausland in Bezug auf Zeit, Ort, Dauer und Art seiner Tätigkeit den Weisungen der inländischen Betriebsleitung untersteht<sup>508</sup>. Der Zeitraum der Auslandsbeschäftigung muß in entsprechender Anwendung des § 4 Abs. 4 SGB IV im voraus festgelegt sein, sei es durch Vertrag, sei es implizit durch die Eigenart der Tätigkeit selbst<sup>509</sup>. Die Dauer der Beschäftigung im Ausland ist ein

506 BAG v. 20.2.2001 – 1 ABR 30/00 – NZA 2001, 1033; *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 19; MünchArbR/*Hoyningen-Huene* § 298 Rn. 35 ff.; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingner/Linsenmaier*, BetrVG, § 1 Rn. 22 ff. m.w.N.

507 BAG v. 20.2.2001 – 1 ABR 30/00 – NZA 2001, 1033; LG Frankfurt, DB 1982, 1312; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 3 Rn. 20; zum BetrVG vgl. *Däubler/Kittner/Trünner*, BetrVG, § 5 Rn. 12 ff. m.w.N.

508 *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 3 Rn. 25; *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 19.

509 *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 3 Rn. 25; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 3 Rn. 20.

Indiz, kein Ausschlußgrund<sup>510</sup>. Einzig *Säcker* will die entsandten Arbeitnehmer nur befristet dem inländischen Betriebsstatut unterstellen<sup>511</sup>. Die zeitliche Grenze sei aus dem Sinnzusammenhang des MitbestG im Hinblick auf die Länge der Amtszeit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat abzuleiten. Bloß vorübergehend sei ein Auslandsaufenthalt demnach nur dann, wenn er bei Beginn der Amtsperiode des neuen Aufsichtsrates nicht mehr länger währt als die Hälfte der Amtsperiode. Für eine konkrete zeitliche Befristung gibt es aber nach richtiger allgemeiner Auffassung keinen rechtlichen oder sachlichen Grund<sup>512</sup>. Entscheidend ist vielmehr, ob trotz andauernder Auslandstätigkeit eine hinreichende Inlandsbeziehung zum Inlandsbetrieb fortbesteht.

Problematisch ist weiterhin die Behandlung von Arbeitnehmern, die zwar nach der obigen Definition in einen inländischen Betrieb eingegliedert sind, diesem aber nie selbst angehörten, wenn etwa das Arbeitsverhältnis nur für die Auslandstätigkeit selbst geschlossen wurde. *Richardi* möchte auch in diesen Fällen die Arbeitnehmer einbezogen wissen. Entscheidend sei alleine, ob das Weisungsverhältnis zu einem inländischen Betrieb besteht und die für den Arbeitnehmer maßgeblichen Entscheidungen dort getroffen werden<sup>513</sup>. Besser ist es jedoch in solchen Fällen im Einklang mit der Rechtsprechung, eine Berücksichtigung bei der Unternehmensmitbestimmung abzulehnen<sup>514</sup>. Die Ausstrahlungstheorie erwirkt nur eine Fortgeltung bestehender Betriebseingliederung. War der Arbeitnehmer nie im inländischen Betrieb tätig, kommt eine Ausstrahlung daher auch nicht in Betracht<sup>515</sup>.

## II. Arbeitnehmer ausländischer Standorte in Rechtsprechung und Literatur

### 1. Befürworter

Unterfallen Auslandsarbeitnehmer nicht den Ausstrahlungsgrundsätzen, hält nur eine Mindermeinung in der Literatur eine Einbeziehung unter Zugrundelegung der geltenden Mitbestimmungsgesetze für möglich<sup>516</sup>. Auffallend ist dabei, daß die befürwortende Stellungnahmen in der Breite älteren Datums sind und in zeitlicher Nähe zum Erlaß des MitbestG 1976 veröffentlicht wurden.

Hauptargument der Befürworter ist die teleologische Notwendigkeit einer Einbeziehung. Vom Ziel der deutschen Regelung her gesehen, Arbeitnehmerinteressen

510 BAG v. 20.2.2001 – 1 ABR 30/00 – NZA 2001, 1033.

511 *Säcker*, Wahlordnungen, Rn. 54.

512 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 3 Rn. 20.

513 *Richardi*, IPRax 1983, 217 (219).

514 BAG v. 21.10.1980 – 6 AZR 640/79 – IPRax 1983, 232; LG Frankfurt a. Main v. 1.4.1982 – 2/6 Akt E 1/81 – IPRax 1983, 234.

515 BAG v. 21.10.1980 – 6 AZR 640/79 – IPRax 1983, 232; LG Frankfurt a. Main v. 1.4.1982 – 2/6 Akt E 1/81 – IPRax 1983, 234.

516 So im Ergebnis mit zum Teil unterschiedlichen Begründungen: *Birk*, FS Schnorr v. Carolsfeld, 61 ff. ders., AWD 1975, 589 (594); *ders.*, BerDGesV Heft 18, 260 (357); *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444 (451 ff.); *Grasmann*, IntGesR, S. 327; *Lux*, BB 1977, 905 f.; *ders.*, MitbestG, S. 67 f.; *Prager*, S. 48 f.; 51 f.; *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, 261 (264); *Schubert*, S. 94 ff.; *Steindorff*, ZHR 141 (1977), 457 (460 f.); mit Einschränkungen auch *Richardi*, IPRax 1983, 217 (220).

in die Leitungsentscheidungen eines Unternehmens einzubringen, sei es unbeachtlich, ob die Unternehmensentscheidungen inländische oder ausländische Arbeitnehmer betreffen<sup>517</sup>. Mehr noch: Im Hinblick auf divergierende Interessen zwischen im Inland und im Ausland beschäftigten Arbeitnehmern sei es sogar erforderlich, die im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer gleichermaßen bei der Mitbestimmung im deutschen Aufsichtsrat zu berücksichtigen.

Andere Autoren führen europarechtliche Gesichtspunkte an, die für eine Einbeziehung bei geltender Rechtslage sprächen. So argumentiert *Steindorff*, daß eine aufs Inland beschränkte Anwendung der Mitbestimmung mit dem in Art. 12 EGV (ex Art. 7 EGV) festgeschriebenen Grundsatz der Inländergleichbehandlung sowie Art. 39 EGV<sup>518</sup> nicht vereinbar sei. Vielmehr geböten diese Vertragsnormen eine Gleichbehandlung der im Ausland tätigen Arbeitnehmer im Rahmen der deutschen Unternehmensmitbestimmung. Auch *Meilicke* sieht in der Beschränkung auf Inlandsarbeitnehmer einen Verstoß gegen Europarecht. Diese habe eine vergleichbare Wirkung wie eine goldene Aktie und sei daher mit der Freiheit des Kapitalverkehrs gem. Art. 56 Abs.1 EVG unvereinbar<sup>519</sup>.

Schließlich befürworten einzelne Autoren eine differenzierte Anwendung der Mitbestimmungsnormen auf Auslandssachverhalte. So plädiert *Lutter* etwa für eine Anwendung der Mitbestimmung in unselbstständigen Niederlassungen deutscher Konzerne. Nur in selbstständigen ausländischen Tochtergesellschaften sei eine Anwendung der Mitbestimmungsgesetze nicht möglich<sup>520</sup>.

*Lux*<sup>521</sup> schließlich will die im Ausland tätigen Arbeitnehmer nur bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahl berücksichtigen, lehnt eine darüber hinausgehende Einbeziehung im Sinne einer aktiven Teilhabe aber ab. Er stützt dies auf den Gesetzeswortlaut und auf den Gesetzeszweck. Schließlich könne die Frage, ob ein deutsches Unternehmen durch Größe und Struktur so anonymisiert und in seiner inneren Organisation bereits so stark differenziert ist, daß eine institutionalisierte Organmitbestimmung notwendig erscheint, nicht davon abhängen, an welchem Ort die Arbeitnehmer tätig sind<sup>522</sup>.

517 *Birk*, FS Schnorr v. Carolsfeld, 61 ff.; *ders.*, AWD 1975, 589 (594); *ders.*, BerDGesV Heft 18, 357.

518 *Steindorff*, ZHR 141 (1977), 457 (460).

519 *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (805), allerdings ohne aus der so konstatierten Europarechtswidrigkeit den Schluß zu ziehen, daß im Wege einer europarechtskonformen Auslegung eine Einbeziehung zu ermöglichen sei.

520 *Lutter*, ZGR 1977, 195 (207); ähnlich *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444 (446 ff.); *Duden*, ZHR 141 (1977), 145 (184 ff.).

521 *Lux*, BB 1977, 905 f.; *ders.*, MitbestG, S. 67 f.

522 Auch *Prager* befürwortet das Mitzählen, wenn die im Ausland tätigen Arbeitnehmer nicht schon nach seinem Konzept der Sozialordnungsäquivalenz bei der Mitbestimmung voll berücksichtigt werden, vgl. zum Äquivalenzgedanken *Prager*, S. 46 f.

## 2. Stellungnahme

Richtig ist es, im Einklang mit der Rechtsprechung<sup>523</sup> und der ganz herrschenden Auffassung in der Literatur<sup>524</sup> eine Einbeziehung der Arbeitnehmer ausländischer Standorte bei der Mitbestimmung in deutschen Unternehmen *de lege lata* abzulehnen. Arbeitnehmer ausländischer Standorte sind weder bei der Ermittlung der Schwellwerte mitzurechnen, noch steht ihnen ein passives oder aktives Wahlrecht zu<sup>525</sup>. Dies ist unabhängig davon, ob der Standort als selbstständige Tochtergesellschaft oder als Zweigniederlassung an die mitbestimmungspflichtige deutsche Obergesellschaft angebunden ist<sup>526</sup>.

### [1] Wille des Gesetzgebers

An vorderster Stelle kann gegen eine Einbeziehung ausländischer Arbeitnehmer geltend gemacht werden, daß diese nicht dem Willen des Bundesgesetzgebers entspricht. Die Stellungnahme des Bundestagsausschusses für Arbeits- und Sozialordnung zum MitbestG 1976 ist insofern unmißverständlich: „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 und insgesamt gegebenenfalls zusammen mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, und daß die im Gesetzentwurf festgelegten Beteiligungsrechte nur den Arbeitnehmern der in der Bundesrepublik belegenen Betriebe dieser Unternehmen zustehen. Im Ausland belegene Tochtergesellschaften und deren Betriebe im Inland von unter das Gesetz fallenden Unternehmen zählen bei der Errechnung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl nicht mit“<sup>527</sup>.

- 
- 523 Beschluß des LG Düsseldorf v. 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451 f.; LG Stuttgart, RIW 1993, 848; LG Frankfurt am Main, DB 1982, 1312.
- 524 *Bayer*, ZGR 1977, 173 (177 f.); *Bellstedt*, BB 1977, 1326 (1328); *Duden*, ZHR 141 (1977), 145 (184); *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (616); *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 3 Rn. 19 und § 5 Rn. 18; *MüKoBGB/Kindler*, IntGesR, Rn. 453 f.; *GKAktG/Oetker*, § 1 Rn. 17 und § 5 Rn. 33; *Raiser*, MitbestG, § 5 Rn. 26.
- 525 Dieses Ergebnis ist nach meinem Dafürhalten begründbar, ohne auf grundsätzliche Einwände – Verstoß gegen das Territorialitätsprinzip oder Souveränitätsverletzung – abstellen zu müssen. Diese rechtlichen Bedenken sollen daher erst im weiteren Verlauf der Untersuchung analysiert werden, wenn die Einbeziehung von Auslandsarbeitnehmern *de lege ferenda* thematisiert wird.
- 526 *Bayer*, ZGR 1977, 173 (177); *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 1 Rn. 39 ff.; *MüKoBGB/Kindler*, IntGesR, Rn. 455; *Meilicke/Meilicke*, MitbestG, § 3 Rn. 8; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 535.
- 527 BT-Drucks. 7/4845, S. 4; zum Teil wird bestritten, das Normverständnis eines Bundestagsausschusses könne mit dem Gesetzgeberwillen gleichgesetzt werden, vgl. *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (619); *Steindorf*, ZHR 141 (1977), 457 (461); *Schubert*, S. 97; Diese Einschätzung verkennt jedoch, daß in der parlamentarischen Praxis die sachorientierte Meinungsbildung in den Ausschüssen erfolgt, deren Mitglieder in der Regel über eine fundierte Kenntnis der Rechtsmaterie verfügen. Die Stellungnahme des Ausschusses wird dem Bundestag vor der Beschlußfassung zugeleitet. Das einmütige Meinungsbild dieses Fachausschlusses zu einer komplexen Sachfrage darf daher durchaus dem Gesetzgeberwillen gleichgestellt werden.

Diese klare Formulierung zum Geltungsbereich des MitbestG veranlaßte namhafte Kommentatoren, ihre Meinung zum Geltungsbereich der Mitbestimmung des BetrVG 1952 zu revidieren<sup>528</sup>.

## [2] Weitere Auslegungskriterien

Zwar ist der Einwand grundsätzlich richtig, daß die Bewertung des Gesetzgebers als historisches Auslegungskriterium nicht unumstößlich ist<sup>529</sup>. Die Berücksichtigung weiterer Auslegungskriterien kann unter Umständen eine andere Beurteilung rechtfertigen. Für den Geltungsbereich der Mitbestimmung führt jedoch auch die Analyse der Gesetzssystematik und des Gesetzestelos zu keinem anderen Ergebnis.

Die Inlandsbeschränkung wurde nicht ausdrücklich in das MitbestG aufgenommen, sie erschließt sich aber zwingend aus dem Regelungszusammenhang. Die Begrifflichkeiten des Gesetzes lassen sich nur in die innerdeutsche Rechtsordnung einbetten. Insgesamt nimmt die Mitbestimmungsordnung so starken Bezug aufs Inland, daß eine Übertragung auf ausländische Verhältnisse schon aus Rechtssicherheitsgründen ausgeschlossen ist<sup>530</sup>. Im einzelnen:

Der Arbeitnehmerbegriff des MitbestG bemißt sich gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG nach § 5 Abs. 1 BetrVG, für welchen nach einhelliger Auffassung darauf abgestellt wird, ob der einzelne Arbeitnehmer auf Grund seiner tatsächlichen Tätigkeit und Stellung im Betrieb als ein abhängig Beschäftigter anzusehen ist. Eine entsprechende Abgrenzung ist im Ausland schwierig und ungenau<sup>531</sup>.

Auch die in der ursprünglichen Fassung des MitbestG für das Wahlverfahren vorgenommene Einteilung der Arbeitnehmer in Arbeiter und Angestellte spricht dafür, daß der Gesetzgeber Regelungen nur für inländische Arbeitnehmer treffen wollte, denn diese Unterteilung basierte auf der entsprechenden Trennung in der deutschen Sozialversicherung<sup>532</sup>.

Schließlich ist die Wählbarkeitsvoraussetzung, öffentliche Ämter bekleiden zu können (§§ 7 Abs. 3, 10 Abs. 3 MitbestG, § 8 Abs. 1 S. 3 BetrVG, §§ 45 Abs.1, 92 a StGB) ein unverkennbarer Hinweis auf die Selbstbeschränkung des Gesetzes. Eine einheitliche Beurteilung dieser Voraussetzung ist unabdingbar und nur unter Zugrundelegung einer Rechtsordnung (der deutschen) möglich. Ausländische strafrechtliche Verurteilungen können mangels Vergleichbarkeit nicht ohne weiteres herangezogen werden.

Die territoriale Begrenzung des MitbestG zeigt sich ferner in den Wahlvorschriften. In die Durchführung der Wahlen sind Institutionen der Betriebsverfassung, ins-

528 So *Dietz/Richardi*, noch befürwortend in 5. Aufl., BetrVG, Vorbem. § 76 BetrVG 1952 Rn. 30, verworfen in *Dietz/Richardi*, 6. Aufl., BetrVG, Vorbem. § 76 BetrVG 1952 Rn. 29, 30; sowie *Fitting/Auffarth/Kaiser*, noch befürwortend in 12. Aufl. (1977), BetrVG, § 76 BetrVG 1952, Rn. 19, verworfen in 13. Aufl. (1980), BetrVG, § 76 BetrVG 1952, Rn. 19.

529 So *Schubert*, S. 97.

530 *MüKoBGB/Kindler*, IntGesR, Rn. 454; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 527.

531 *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 528.

532 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 3 Rn. 17.

besondere der Betriebsrat (21 Abs. 2 Nr. 2, 22 Abs. 2 Nr. 2 u. 3 MitbestG; § 5 Abs. 4 2. WahlO; §§ 4 Abs. 4, 5 Abs. 4, 6 Abs. 4 3. WahlO), eingebunden, die in Auslandsunternehmen und -betrieben selten existieren<sup>533</sup>. Das MitbestG und die Wahlordnungen begründen ferner auch Rechte für Gewerkschaften (§§ 7 Abs. 2, 16 Abs. 2, 22 Nr. 4 MitbestG)<sup>534</sup>. Die Gleichsetzung von ausländischen mit inländischen Gewerkschaften ist nicht ohne weiteres möglich<sup>535</sup>.

Auch der teleologischen Würdigung der Mitbestimmung kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Zwar ist dem Postulat *Birks* grundsätzlich zuzustimmen, daß das Ziel der Unternehmensmitbestimmung, nämlich Fragen auf Unternehmensebene in die Entscheidungen einzubeziehen, die die Arbeitnehmer besonders berühren, nur durch eine Einbeziehung aller Arbeitnehmer angemessen zu erfüllen ist<sup>536</sup>. Gleichwohl kann aus diesem Befund nicht geschlossen werden, daß der historische Gesetzgeber auch tatsächlich eine umfassende Regelung schaffen wollte. Wie die Stellungnahme des Bundestagsausschusses zeigt, war dem Bundesgesetzgeber nur daran gelegen, den inländischen Arbeitnehmern eine Teilhabe an der Unternehmensleitung zuzuerkennen. Ob diese Form nationalstaatlichen Selbstbezugs heute noch zeitgemäß ist oder ob nicht vielmehr das globaleres Verständnis der Unternehmens- und Wirtschaftswelt auch in der Unternehmensmitbestimmung Platz greifen sollte, mag dahinstehen. Entscheidend ist, daß sich die geltende Mitbestimmungsordnung auch in der ihr vom Gesetzgeber verliehenen Zielsetzung auf die Inlandsarbeitnehmer beschränkt.

### [3] Europarechtliche Zulässigkeit der Inlandsbeschränkung

Fraglich ist, ob diese Selbstbeschränkung europarechtlich zulässig ist.

#### [a] Art. 39 EGV

Der von *Steindorff* ins Feld geführte Art. 39 EGV ist sachlich nicht betroffen<sup>537</sup>. Eine Implikation auf Wanderarbeiter fehlt den Mitbestimmungsgesetzen völlig<sup>538</sup>.

#### [b] Art. 12 EGV

Denkbar ist es jedoch, daß die Beschränkung auf Arbeitnehmer mit inländischem Arbeitsort eine Diskriminierung nach Art. 12 EGV darstellt. Eine offene Diskriminie-

533 *Bayer*, ZGR 1977, 173 (177).

534 *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 529.

535 Nach ganz h.M. sind Gewerkschaften i.S.d. § 7 Abs. 4 MitbestG tariffähige Koalitionen gem. Art. 9 Abs. 3 GG. Als solche gelten Koalitionen, die neben den allgemeinen Kriterien einer frei und unabhängig gebildeten Koalition die weiteren Voraussetzungen der Tariffähigkeit erfüllen vgl. BverfG v. 18.9.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 (107); BverfG v. 6.5.1964 – 1 BvR 79/62 – BVerfGE 18, 18 (28). Insbesondere zwei dieser Kriterien sind für Auslandsgewerkschaften schwierig zu erfüllen: Die Anerkennung des geltenden deutschen Tarif-, Schlichtungs- und Arbeitskampfrechts und das Erfordernis der Mächtigkeit, welches sich nach der gegenwärtigen Auslegung nur auf das Inland bezieht.

536 *Birk*, RIW 1975, 589 (596).

537 *Steindorff*, ZHR 141 (1977), 457 (461).

538 *Schubert*, S. 99.

nung scheidet aus, da die Mitbestimmungsgesetze staatsbürgerschaftlich neutral sind und in Deutschland tätigen Arbeitnehmern aus EU Mitgliedstaaten die identischen Rechte wie Arbeitnehmern deutscher Nationalität gewähren. Art. 12 erfaßt neben der offenen Diskriminierung aus Gründen der Staatsbürgerschaft aber auch die versteckte Diskriminierung, die vorliegt, wenn eine Regelung durch die Anwendung anderer Differenzierungskriterien tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führt, wie wenn sie ausdrücklich am Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpfen würde<sup>539</sup>. Hierbei kommt es darauf an, ob das Unterscheidungsmerkmal eine protektionistische bzw. inländerbevorzugende Wirkung entfaltet<sup>540</sup>. Ein typisches Beispiel für eine versteckte Diskriminierungswirkung ist das Wohnsitzerfordernis einer Rechtsnorm. Da im Ausland lebende Personen überwiegend Ausländer sind, wirkt sich eine solche Regelung hauptsächlich zum Nachteil dieser Personengruppe aus<sup>541</sup>. Die Anknüpfung der Mitbestimmungsgesetze an den Beschäftigungsort ist mit der Anknüpfung an den Wohnsitz insofern vergleichbar, als auch diese überwiegend nur Inländer erfaßt. Eine unterschiedliche Behandlung wird jedoch nur dann von Art. 12 EGV verboten, sofern sie willkürlich, d.h. nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist<sup>542</sup>. Anders als das Wohnsitzerfordernis ist die Tätigkeitsanknüpfung für arbeitsrechtliche Schutznormen aber ein taugliches und zulässiges Kriterium zur Abgrenzung von Normgeltungsbereichen, weil objektive Gründe für eine differenzierte Behandlung nach dem Arbeitsort sprechen. Wie bereits dargelegt, ist die konkrete Verwirklichung der Mitbestimmung auf spezifische betriebliche Strukturen angewiesen, die im Ausland unter Umständen nicht gegeben sind. Eine zwingende und gerichtsfeste Durchsetzung dieser Strukturen ist dem Bundesgesetzgeber im Ausland verwehrt<sup>543</sup>. Die Differenzierung der Mitbestimmungsgesetze nach dem Beschäftigungsort ist daher sachlich gerechtfertigt.

### [c] Art. 56 Abs. 1 EGV

Schließlich ist auch der Einwand nicht durchschlagend, die Beschränkung des aktiven und passiven Wahlrechts auf Inlandsarbeitnehmer sei ein Verstoß gegen die Freiheit des Kapitalverkehrs gem. Art. 56 Abs.1 EGV<sup>544</sup>. Zwar haben die Mitbestimmungsgesetze tatsächlich zur Folge, daß der Aufsichtsrat eines Unternehmens, das dem MitbestG untersteht, zumindest hälftig stets von deutscher Seite her besetzt wird. Die konkreten Auswirkungen der paritätischen Aufsichtsratsbesetzung auf die Kapitalverkehrsfreiheit sind jedoch mit denen der sog. Goldenen Aktien nicht

539 EuGH v. 12.02.1974 (Sotgiu) – Rs. 152/73 – Slg. 1974, 153 Rn. 11; EuGH v. 23.1.1997 (Pastoors) – Rs. C-29/95 – Slg. 1997, I-285 Rn. 16 m.w.N.; Streinz, EGV, Art. 12 Rn. 49.

540 Schwarze/Holoubek, EUV, Art. 12 Rn. 42; Streinz, EGV, Art. 12 Rn. 50.

541 EuGH v. 10.03.1993 (KOM/Luxemburg) – Rs. C 111/91 – Slg.1993, I-817 Rn. 10; EuGH v. 23.1.1997 (Pastoors) – Rs. C-29/95 – Slg. 1997, I-285 Rn. 16.

542 EuGH v. 10.02.1994 (Mund & Fester) – Rs. C 398/92 – Slg. 1994, I-467 Rn. 17; EuGH v. 23.1.1997 (Pastoors) – Rs. C-29/95 – Slg. 1997, I-285 Rn. 19.

543 Vgl. hierzu im folgenden Abschnitt unter § 5 B II und III.

544 Meilicke, GmbHHR 2003, 793 (805).

vergleichbar<sup>545</sup>. Während etwa die Sonderaktie der Französischen Republik am Energieversorgungsunternehmen Société nationale Elf-Aquitaine – Gegenstand des goldene Aktien II Urteils des EuGH<sup>546</sup> – unter anderem ein Vetorecht des französischen Staates im Falle der Überschreitung bestimmter Beteiligungsschwellenwerte durch natürliche oder juristische Personen vorsah, werden durch die Arbeitnehmerbeteiligung keine Hindernisse errichtet, die den freien Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beschränken oder behindern. Auch inhaltlich werden Kapitalinvestitionen nicht faktisch entwertet und der Entscheidungshoheit deutscher Interessenvertreter überantwortet. Diverse Vorschriften des MitbestG tragen dafür Sorge, daß den Anteilseignern gegenüber der Arbeitnehmerbank ein Entscheidungsübergewicht in der Unternehmensführung verbleibt<sup>547</sup>. Zwar ist der negative Einfluß der Unternehmensmitbestimmung auf die Investitionsbereitschaft ausländischer Kapitalgeber weitgehend unstrittig. Negative Standortbedingungen sind jedoch keine rechtlichen Beschränkungen des Kapitalverkehrs, sondern (ungewollte oder in Kauf genommene) Begrenzungen des tatsächlichen Kapitalflusses.

#### [4] Zahlenmäßige Berücksichtigung

Eine lediglich zahlenmäßige Berücksichtigung der Auslandsarbeitnehmer läßt sich mit den aufgeführten Hindernissen der extraterritorialen Anwendung des MitbestG nicht ausschließen. Mangels Beteiligung dieser Arbeitnehmergruppe an den Aufsichtsratswahlen scheiden Konflikte der Rechtsordnungen aus. Das bloße Mitzählen der ausländischen Arbeitnehmerschaft ist gleichwohl abzulehnen, nicht aus rechtlichen, sondern aus systematischen Gründen. Die Berücksichtigung von Arbeitnehmern bei den Schwellenwerten ist untrennbar mit deren aktivem und passivem Wahlrecht verbunden<sup>548</sup>. Ein Mitzählen ohne Stimmrecht würde dem Sinn und Zweck der unternehmensrechtlichen Mitbestimmung zuwiderlaufen, indem soziale Kontrolle über Personen herbeigeführt würde, die mangels Stimmrechts auf die Kontrollinstanz keinen Einfluß haben<sup>549</sup>.

### 3. Freiwillige Einbeziehung

Eine freiwillige Beteiligung von Auslandsarbeitnehmern bzw. ausländischen Gewerkschaftsvertretern ist unstrittig möglich, wenn diese Personen von einer deutschen Gewerkschaft gem. § 16 Abs. 2 MitbestG vorgeschlagen und dann über die Gewerkschaftsliste in den Aufsichtsrat eines deutschen Unternehmens gewählt werden<sup>550</sup>. Zum Teil wird im Schrifttum aber auch eine weitergehende Einbeziehung von Auslandsarbeitnehmern auf freiwilliger Basis *de lege lata* für zulässig

545 Vgl. EuGH v. 4.6.2002 (Goldene Aktie I) – Rs. C-503/99 – NJW 2002, 2303; EuGH v. 4.6.2002 (Goldene Aktie II) – Rs. C- 483/99 – NJW 2002, 2305; EuGH v. 4.6.2002 (Goldene Aktie III) - Rs. C-367/98 – NJW 2002, 2306; Anmerkung zu allen drei Entscheidungen *Ruge*, EuZW 2002, 421 f.

546 EuGH v. 4.6.2002 (Goldene Aktie II) – Rs. C- 483/99 – NJW 2002, 2305.

547 BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532 ua. – BVerfGE 50, 290 (351).

548 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 453.

549 *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (621); *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 526; *Säcker*, Wahlordnungen, Rn. 60.

550 Bekanntes Beispiel ist der Aufsichtsrat von Daimler Chrysler, in den über die Gewerkschaftsliste ein amerikanischer Gewerkschaftsvertreter gewählt wurde; hierzu *Gentz*, NZA 2000, 3 (5).

gehalten<sup>551</sup>. So sei es möglich, Arbeitnehmer ausländischer Tochtergesellschaften aktiv und passiv an den Wahlen zu beteiligen, sofern die Rechtsvorschriften des Sitzstaates der Tochtergesellschaft dies nicht verböten<sup>552</sup>.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die freiwillige Beteiligung von Auslandsarbeitnehmern bei der Aufsichtsratswahl ist unter Zugrundelegung der gegenwärtigen Rechtslage nicht möglich<sup>553</sup>. Der zwingende Charakter der Mitbestimmungsnormen schließt es aus, daß die Bestimmung des Wahlkörpers der Arbeitnehmer für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder zur Disposition des Arbeitgebers oder der Wahlvorstände gestellt wird<sup>554</sup>.

## **B. Einbeziehung der Auslandsarbeitnehmer de lege ferenda**

Das Ergebnis, daß an der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach geltendem Recht nur inländische Beschäftigte teilnehmen können, führt zu der Frage, ob und wie diese Rechtslage durch eine Reform der Mitbestimmungsgesetze geändert werden könnte.

### **I. Reformbedarf**

#### **1. Deutscher Arbeitsplatzexport**

Anfang der 80er Jahre war die Mitbestimmungswelt noch in Ordnung, die Kluft zwischen repräsentierter Belegschaft und „Restbelegschaft“ noch klein. Praktisch alle deutschen Unternehmen von mitbestimmungsrelevanter Größe beschäftigten zum weit überwiegenden Teil Arbeitnehmer im Inland. Seit 1980 hat sich jedoch das Verhältnis zwischen Inlands- und Auslandsmitarbeitern im Zuge der fortschreitenden Globalisierung faktisch umgekehrt. Waren etwa bei Kugelfischer 1980 von damals 30.000 Arbeitnehmern noch 83% im Inland beschäftigt, umfaßte der Inlandsanteil 2003 nur noch 42% (von nun 17.000 Beschäftigten)<sup>555</sup>. Auch bei Continental (1980 71% Inland, 2003 40% Inland) und Siemens (1996: 377.000 Beschäftigte weltweit 200.000 Inland; Ende 2004: 430.000 weltweit 164.000 Inland = 38%) ist die Inlandsarbeitnehmerschaft im Unternehmen mittlerweile in der Minderheit. Die Liste der Beispiele ließe sich noch beliebig weiterführen, denn ein ähnliches Bild ergibt sich bei nahezu allen großen deutschen Unternehmen. Die Ursache dieser Entwicklung bedarf im Grunde keiner Erwähnung: Die schlechten Standortbedingungen in Deutschland lassen den Unternehmen oft keine andere Wahl, als, um ihre Konkurrenzfähigkeit auf dem Weltmarkt zu erhalten, mäßig qualifizierte Arbeitsplätze und zunehmend auch höher qualifizierte Arbeitsplätze in Niedriglohnländer zu verlegen. Arbeitsplätze sind zum Exportschlager der deutschen Industrie geworden. Dieser Verlagerungsprozeß ist bei weitem noch nicht abgeschlossen, sondern schreitet mit ungeminderter Geschwindigkeit voran.

---

551 *Raiser*, MitbestG, § 5 Rn. 29.

552 *Raiser*, MitbestG, § 5 Rn. 29.

553 ablehnend auch *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 5 Rn. 18; *Lutter*, FS Zweigert, 251 (267).

554 *GKAktG/Oetker*, MitbestG, § 3 Rn. 24.

555 *Hawranek/Hornig/Jung*, Der Spiegel 2004, Nr. 44, S. 94 (103).

Außer durch Arbeitsplatzverlagerung bzw. verstärkte Auslandsinvestition wird das Verhältnis zwischen Inlands- und Auslandsbeschäftigten in einigen Fällen auch durch transnationale Fusionen über Nacht verschoben. Beispiele hierfür sind die Fusionen von Daimler/Chrysler, BMW/Rover oder Siemens/Fujitsu.

## 2. Folgen für die Unternehmensmitbestimmung

Was aber bedeutet die wachsende Diskrepanz zwischen repräsentierter und nicht repräsentierter Belegschaft für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene? Ist es gleichgültig, ob 70%, 30% oder gar nur 10% der Unternehmensbelegschaft in die Wahl der Arbeitnehmervertreter einbezogen werden?

Drei Aspekte bedürften hier der näheren Betrachtung: Das Legitimationsdefizit der Arbeitnehmervertreter, die Konfliktlage des Vorstandes und schließlich, grundlegender, die Auswirkung der konstatierten Entwicklung auf die Legitimation der institutionalisierten Unternehmensmitbestimmung an sich.

### a. Das Legitimationsdefizit der Arbeitnehmerbank

Die von der deutschen Belegschaft gewählten Arbeitnehmervertreter sehen sich trotz der grundsätzlich allgemeinen Ausrichtung ihres Aufsichtsratsmandats im wesentlichen nur als Interessenvertreter der inländischen Arbeitnehmerschaft. Dies ist eine Tatsache<sup>556</sup>, deren Bewertung zwiespältig ausfällt: Unter dem Aspekt einer guten *Corporate Governance* zu Recht vielfach kritisiert<sup>557</sup>, erweist sich dieses Verhalten unter dem Blickwinkel der begrenzten Mandatierung als das einzig richtige. Für die Vertretung der „Restbelegschaft“ fehlt den deutschen Arbeitnehmervertretern das Mandat. Sofern sich die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer auf die Interessenvertretung ihrer deutschen Rumpfbelegschaft beschränken, ist die auf inländische Arbeitnehmer begrenzte Unternehmensvertretung kein Legitimations-, sondern ein Gerechtigkeitsproblem. Wenn sich die deutschen Arbeitnehmervertreter allerdings zum Sprachrohr aller Arbeitnehmer des Unternehmens aufschwingen wollten, gerät die Unternehmensmitbestimmung zur „legitimationslosen Fremdbestimmung“<sup>558</sup>.

556 Anders Autoren, die in der Unternehmensmitbestimmung gerade kein Konfliktmodell sehen, in dem die Arbeitnehmer ihre Interessen gegenüber den Anteilseignern vertreten sollen. Denn die Arbeitnehmervertreter seien ebenso wie die Vertreter der Anteilseigner der Förderung des Unternehmenswohles verpflichtet, das vornehmlich in der Erwirtschaftung von Gewinnen bestünde. Denkbare Konflikte zwischen Unternehmenswohl und Arbeitnehmerinteressen seien nicht im Wege des Interessenausgleichs sondern immer zugunsten des Unternehmenswohles aufzulösen; *Schubert*, S. 89; *Lutter*, FS Zweigert, 251 (255); *ders.*, Europäisches Unternehmensrecht, S. 256; Diese Auffassung verkennt jedoch, daß das Unternehmenswohl nicht monokausal, sondern interessenpluralistisch verstanden wird und daher gerade in der Einbringung der Arbeitnehmerinteressen in den Bestimmungsprozeß des Unternehmenswohles die Zielsetzung der Unternehmensmitbestimmung liegt.

557 *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235 (240 f.); *Windbichler*, AG 2004, 190 (193); v. *Werder*, AG 2004, 166 (170 ff.).

558 *Rieble*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9 (12).

## b. Die Konfliktlage des Vorstandes

Eine andere Bewertung ergibt ein Perspektivwechsel. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft ist in seinem Handeln dem Unternehmensinteresse verpflichtet, das nach allgemeiner Meinung in Deutschland pluralistisch verstanden wird<sup>559</sup>. Neben dem Ziel, zum Vorteil der Anteilseigner eine größtmögliche Kapitalrendite zu erwirtschaften, fließen in das Unternehmensinteresse unter anderem auch die Interessen der Arbeitnehmer ein. Das Unternehmensinteresse ist also der Ausfluß eines Abwägungsprozesses durch den Vorstand und den Aufsichtsrat, bei dem sämtliche Interessengruppen angemessene Berücksichtigung finden müssen.

In einem global agierenden Unternehmen muß die Unternehmensleitung nach dem interessenpluralistischen Ansatz die Interessen aller Unternehmensangehörigen gleichermaßen und gleichgewichtet berücksichtigen. Eine Abstufung der Arbeitnehmerbelange nach Länderzugehörigkeit ist nicht zu rechtfertigen. Werden aber die Interessen der deutschen Belegschaft durch eine exklusive Vertretung im Aufsichtsrat bevorzugt berücksichtigt, so wird der Vorstand gezwungen, seinem objektiven Abwägungsergebnis zuwiderzuhandeln. Notwendigerweise geht dies zu Lasten der anderen betroffenen Interessengruppen, d.h. der Anteilseigner oder der übrigen weltweit beim Unternehmen tätigen Arbeitnehmer. Dies wird plastisch, wenn die Unternehmensleitung daran gehindert wird, Arbeitsprozesse aus unrentablen Standorten in Deutschland abziehen. Die so konservierten finanziellen Unwuchten schaden nicht nur dem Konzernergebnis und gefährden damit auch Arbeitsplätze ausländischer Arbeitnehmer, sondern haben den Charakter von Quersubventionen ausländischer Arbeitnehmer zugunsten der deutschen Belegschaft<sup>560</sup>.

## c. Legitimation der Unternehmensmitbestimmung

Das Außerachtlassen von Arbeitnehmern mit ausländischem Beschäftigungsort bei der Besetzung des Aufsichtsrates deutscher Obergesellschaften nötigt bei wachsender Kluft zwischen repräsentierter deutscher Arbeitnehmerschaft und nicht repräsentierter „Restbelegschaft“ zu einer noch grundlegenden Frage: Ist der mit der zwingenden Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat einhergehende Grundrechtseingriff in die Eigentumsfreiheit der Anteilseigner noch verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn nur ein Bruchteil der Gesamtbelegschaft erfaßt wird?

Wird die Unternehmensmitbestimmung als Verwirklichung des staatsverfassungsrechtlichen Demokratieprinzips im Wirtschaftsleben verstanden<sup>561</sup>, so entfällt deren Berechtigung konsequenterweise dann, wenn das beteiligte „Volk“ nur noch eine Minderheit repräsentiert, weil sonst unter dem Banner der Volksherrschaft das

---

559 Im angelsächsischen Rechtskreis folgt der Begriff des Unternehmensinteresses dem Shareholder Value Ansatz.

560 *Rieble*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), S. 9 (13).

561 *Zuleeg*, RdA 1978, 223 (226 ff.); *Schmitz*, in: von Alemann (Hrsg.), Partizipation-Demokratisierung-Mitbestimmung, 1975, S. 137 ff.; mit grundlegender Kritik dagegen *Rieble*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9 (15 f.).

1867/71 in Deutschland abgeschaffte Klassenwahlssystem wiederbelebt wird<sup>562</sup>. Aber auch dann, wenn man richtigerweise allein im Teilhabe- oder Partizipationsgedanken eine mögliche Legitimation der Unternehmensmitbestimmung erblickt<sup>563</sup>, bleibt der Umstand, daß die partizipierende Belegschaft in die Minderheit gerät, nicht ohne Folgen.

Denn wenn es das Ziel der Unternehmensmitbestimmung ist, die mit der Unterordnung der Arbeitnehmer unter fremde Leitungs- und Organisationsbefugnis in großen Unternehmen einhergehende Fremdbestimmung durch die institutionelle Beteiligung abzumildern<sup>564</sup>, so muß dieses Ziel auf jeder Bezugsebene auch einheitlich verwirklicht werden. Dieses Gleichbehandlungspostulat ist nicht ebenenübergreifend, sondern bezugspunktbezogen. Die Partizipation kann also auf betrieblicher Ebene innerhalb eines global agierenden Unternehmens durchaus unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob ein Betrieb in Frankreich, Deutschland oder Malaysia belegen ist. Wird aber die Partizipation auf einer höheren Unternehmensebene verankert, wo notwendigerweise auch Entscheidungen getroffen werden, die nicht partizipierende Arbeitnehmer betreffen, so bewirkt die Sonderstellung einer Interessengruppe zugleich die Schlechterstellung anderer Interessengruppen. Einer solchen zielgerichteten Bevorzugung einer Interessengruppe muß die verfassungsrechtliche Legitimation verwehrt werden, wodurch der mit der Unternehmensmitbestimmung verbundene Eingriff in das grundrechtlich geschützte Eigentum der Anteilseigner unzulässig wird.

Aber auch dann, wenn man einseitige Lobbyarbeit auf Unternehmensebene im Hinblick auf die Unternehmenswirklichkeit für eine grundsätzlich zulässige Tatsache hält, entfällt die Legitimation einer institutionalisierten Sonderteilhabe, wenn nicht sichergestellt wird, daß die bezweckte Partizipation der begünstigten Gruppe ausschließlich auf die Wahrung ihrer Gruppeninteressen beschränkt bleibt. Die Unternehmensmitbestimmung in ihrer gegenwärtigen Gestalt sieht eine derartige Abgrenzung nicht vor. Erreicht werden könnte diese etwa dadurch, daß die Unternehmensmitbestimmung vom Aufsichtsrat gelöst und auf ein spezielles Gremium übertragen wird, welches nur dann ein zwingendes Mitspracherecht hat, wenn die Interessen der inländischen Arbeitnehmer konkret betroffen sind<sup>565</sup>. Alternativ könnte unter Beibehaltung der Verankerung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat die innere Ordnung des Aufsichtsrates dergestalt modifiziert werden, daß den Arbeitnehmervertretern nur dann ein Stimmrecht zusteht, bzw. diese nur dann an den Sitzungen des Aufsichtsrats beteiligt werden, wenn eine anstehende Entscheidung die von ihnen vertretene Interessengruppe der inländischen Arbeitnehmer unmittelbar berührt<sup>566</sup>.

---

562 Zur Einführung des allgemeinen, gleichen und direkten Wahlrechts im Norddeutschen Bund und im Reich vgl. *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. III, S. 646 ff.; 861 ff.

563 *Rieble*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9 (17).

564 Zum Grundgedanken der Mitbestimmung: Mitbestimmungsbericht, BT-Drucks. VI/334, S. 56 f.

565 So etwa das Konsultationsratsmodell des Berliner Netzwerks Corporate Governance, AG 2004, 200.

566 Vgl. *Rieble*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9 (27 f.), der vorschlägt, die Abgrenzung der funktionalen Zuständigkeit der Arbeitnehmervertreter durch einen abschließenden Katalog von Mitbestimmungsangelegenheiten vorzunehmen.

Schließlich könnte dem Legitimationsverlust der Unternehmensmitbestimmung auch dadurch begegnet werden, daß die ausländische Belegschaft an den Wahlen zum Aufsichtsrat der deutschen Konzernmutter beteiligt wird<sup>567</sup>. Eine solche Mitbestimmungsreform wird im Grundsatz von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden gutgeheißen<sup>568</sup>. Auch in der Literatur wächst die Zustimmung für eine Öffnung der Unternehmensmitbestimmung<sup>569</sup>. Ob und inwieweit diese möglich ist, soll im folgenden untersucht werden.

## II. Rechtliche Einwände

### 1. Grundlegende Einwände in der Literatur

Wie bereits erwähnt wurde, werden in der Diskussion um den Anwendungsbereich der geltenden Mitbestimmungsgesetze auch Argumente gegen eine Einbeziehung ausländischer Arbeitnehmer vorgebracht, die grundsätzlicher Natur sind. Diese Argumente wurden bei der Analyse der geltenden Rechtslage beiseite gelassen, da die Inlandsbeschränkung der Mitbestimmung durch andere Argumente hinreichend begründet werden kann. Für die Entwicklung eines Reformkonzeptes ist es jedoch unabdingbar, diese Einwände auf ihre Tragfähigkeit hin zu untersuchen. Denn nur wenn es gelingt, sie zu entkräften bzw. bei der konkreten Ausgestaltung angemessen zu berücksichtigen, ist es möglich, die Unternehmensmitbestimmung durch Änderung der Rechtslage auch auf Auslandsmitarbeiter auszudehnen.

Als erstes grundsätzliches Gegenargument wird vorgebracht, daß eine gerichtliche Überwachung der Wahlen zum Aufsichtsrat im Ausland fehle. Diese sei aber unabdingbar, um eine den demokratischen Grundvorstellungen entsprechende Legitimation der Arbeitnehmervertreter sicherzustellen<sup>570</sup>. Dem Mangel könne von deutscher Seite her auch nicht abgeholfen werden, denn selbst wenn sich ein deutsches Arbeitsgericht gem. § 2 a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG diesbezüglich zuständig erklären sollte, wäre ihm eine effektive Kontrolle der Wahlen im Ausland faktisch wohl nicht möglich.

Als weiteres grundsätzliches Hindernis für eine Auslandserstreckung der Mitbestimmungsnormen wird angeführt, daß diese einen Verstoß gegen das Territorialitätsprinzip darstelle<sup>571</sup>. Zwar werde nicht verkannt, daß die Mitbestimmung in den Unternehmensorganen wegen ihres gesellschaftsrechtlichen Bezugs nicht

567 Da sich deutsche Unternehmen im Normalfall mit Tochtergesellschaften im Ausland engagieren, stellt sich die Frage der Beteiligung der ausländischen Arbeitnehmerschaft vor allem bei der Konzernzurechnung der in einem ausländischen Unternehmen tätigen Arbeitnehmer.

568 Vgl. für die Arbeitgeber BDA/BDI, Mitbestimmung modernisieren, S. 42 f.; für die Gewerkschaften Hans-Böckler-Stiftung, Zur aktuellen Kritik, S. 16 allerdings beschränkt auf das passive (!) Wahlrecht; weitergehend *Schmoltdt*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 141 (149).

569 *Rieble*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9 (30); *Eidenmüller/Rehberg*, Ausländische Kapitalgesellschaften, S. 224.

570 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 454; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, 475; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 3 Rn. 17.

571 *Bayer*, ZGR 1977, 173 (177); *Bellstedt*, BB 1977, 1326 (1327 ff.); *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG § 3 Rn. 15.; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 3 Rn. 24.; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 1 Rn. 39 ff.; LG Düsseldorf v. 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451.

zwangsläufig vom Territorialitätsprinzip bestimmt sei. So sei etwa die Rechtsstellung eines Aktionärs oder Gesellschafters in der Unternehmensverfassung in aller Regel nicht davon abhängig, ob er im Inland lebe oder im Ausland<sup>572</sup>. Die institutionelle Verfestigung des Wahlverfahrens auf betrieblicher Ebene schließe jedoch eine Durchführung von Aufsichtsratswahlen im Ausland aus<sup>573</sup>. Insbesondere der Umstand, daß mit der Ausdehnung der Mitbestimmung auf Auslandsarbeitnehmer für die ausländischen Tochtergesellschaften auch Pflichten verbunden wären, nämlich diejenigen zur Durchführung des Wahlverfahrens in den Betrieben, lege es nahe, auch die Mitbestimmung dem Territorialitätsprinzip zu unterwerfen, das für die betriebliche Mitbestimmung ein anerkannter Rechtsgrundsatz sei<sup>574</sup>.

In die gleiche Kerbe, wenn auch mit anderer Wortwahl, schlugen Autoren, die in der Erstreckung des deutschen Mitbestimmungsrechts auf im Ausland belegene Unternehmensteile aufgrund des sozialordnungsrechtlichen Charakters der Unternehmensmitbestimmung einen Eingriff in die Souveränität eines fremden Landes sehen<sup>575</sup>. Im Ausland tätige Arbeitnehmer unterständen den zwingenden sozialordnungsrechtlichen Vorschriften des Auslandsstaates. Eine Anwendung der deutschen Mitbestimmungsnormen dürfe diese nicht konterkarieren<sup>576</sup>. Abweichende Vereinbarungen über den Geltungsbereich von Betriebs- und Unternehmensverfassung bedürften daher bilateraler völkerrechtlicher Verträge<sup>577</sup>, wie sie beispielsweise für deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke<sup>578</sup> bestünden.

## 2. Gegenposition in der Literatur

Ein Teil der Literatur wendet sich gegen die Relevanz des Territorialitätsprinzips für die Unternehmensmitbestimmung<sup>579</sup>. Dieses Prinzip entstamme dem öffentlichen Recht, die Unternehmensmitbestimmung sei hingegen dem Privatrecht zugehörig, weil sie formell nur das Verhältnis zwischen Anteilseignern und Arbeitnehmern im Unternehmen, nicht jedoch das Verhältnis des Unternehmens zur Allgemeinheit regelt<sup>580</sup>. Es sei daher schon im Grundsatz verfehlt, die Unternehmensmitbestimmung diesem Prinzip zu unterwerfen. Maßgeblich seien vielmehr allein die allgemeinen Regeln des Kollisionsrechts, in dem das Territorialitätsprinzip „überhaupt nichts zu suchen“ hat<sup>581</sup>. Selbst wenn man das Mitbestimmungsrecht zum öffentlichen Recht zähle, könne dies Schubert zufolge eine Ausländerstreckung

572 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 3 Rn. 15.

573 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 3 Rn. 15; *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 3 Rn. 24.

574 LG Frankfurt v. 1.4.1982 – 2/6 Akt E 1/81 – DB 1982, 1312; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 3 Rn. 16; LG Düsseldorf v. 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451 f., *Koppensteiner*, Internationale Unternehmen, S. 133 und 135.

575 *Lutter*, ZGR 1977, 195 (206); *Vischer*, FS Mann, 639 (650); *Säcker*, Wahlordnungen, Rn. 52.

576 *Säcker*, Wahlordnungen, Rn. 52.

577 Der Vertrag über deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke v. 13.5.1957, BGBl. 1957 II S. 262 sieht vor, daß zwei bis drei gewählte Arbeitnehmervertreter an den Aufsichtsratssitzungen teilnehmen können. Dort haben sie allerdings nur Beratungs- und kein Stimmrecht.

578 *Säcker*, Wahlordnungen, Rn. 52.

579 *Bernstein/Koch*, ZHR 143 (1979), 522 (528); *Schubert*, S. 77 ff.

580 v. *Zitzewitz*, S. 146.

581 *Zweigert*, IPR und ÖR, 124 (130 ff.).

nicht ausschließen, da die territoriale Begrenzung des öffentlichen Rechts in der Praxis bereits vielfach durchbrochen sei<sup>582</sup>. So sei etwa das deutsche StGB auch auf bestimmte Auslandstaaten deutscher Staatsangehöriger (ex § 3 StGB, nun § 7 Abs. 2 S. 1 StGB), die deutsche Wehrpflicht auf sich im Ausland aufhaltende Inländer und das Steuerrecht auf im Ausland erzielte Einkünfte deutscher Staatsangehöriger anwendbar<sup>583</sup>.

In jedem Falle sei es weitgehend unstrittig, daß die Mitbestimmung im Aufsichtsrat als eine Frage der Unternehmensverfassung kollisionsrechtlich nach dem für das Unternehmen geltenden Recht zu beurteilen sei<sup>584</sup>. Dem Bundesgesetzgeber stünde es demnach frei, kraft seiner Normsetzungsbefugnis die Unternehmensmitbestimmung in deutschen Unternehmen umfassend zu regeln und hierbei auch im Ausland tätige Arbeitnehmer einzubeziehen<sup>585</sup>.

### 3. Eigene Stellungnahme

#### a. Das Territorialitätsprinzip-Begriff

Die Auseinandersetzung um die Relevanz des Territorialitätsprinzips für die Unternehmensmitbestimmung krankt m.E. an einer unzureichenden Differenzierung zwischen der Bedeutung des Prinzips im IPR und im öffentlichen Recht. Meist lassen die Autoren einen einfachen Hinweis auf die Territorialität genügen, ohne dabei klarzustellen, welchem Recht (öffentlichem oder privatem Recht) die Unternehmensmitbestimmung zuzuordnen sei. Dies ist insofern fehlerhaft, als die rechtlichen Voraussetzungen für die Ausdehnung der deutschen Rechtsordnung auf Auslandssachverhalte in beiden Fällen sehr unterschiedlich sind.

#### [1] Das Territorialitätsprinzip im öffentlichen Recht

Im Kern beinhaltet der Begriff der „Territorialität“ von öffentlichem oder politischem Recht drei unterschiedliche Komponenten:

Mit dem Territorialitätsprinzip wird zum einen der völkerrechtlich unumstrittene Grundsatz umschrieben, daß die Vornahme von Hoheitsakten auf dem Gebiet eines anderen Staates untersagt ist, sofern der andere Staat sie nicht gestattet<sup>586</sup>.

582 Schubert, S. 77.

583 Schubert, S. 77.

584 Schubert, S. 88.

585 Schubert will dies jedoch unter den Vorbehalt stellen, daß sich weder die ausländische Rechtsordnung noch die ausländischen Arbeitnehmer explizit gegen eine Ausländerstreckung aussprechen oder daß die politische Lage im Belegenheitsstaat die Durchführung ordnungsgemäßer Wahlen verunmöglicht, Schubert, S. 113; mit der Einschränkung, daß sich der ordre public des betroffenen Drittstaates gegebenenfalls gegen die deutsche Regelung durchsetzt, gesteht Schubert aber unfreiwillig ein, daß der transnationalen Regelung der Unternehmensmitbestimmung durchaus souveränitätsverletzende Implikationen innewohnen.

586 BverfG v. 22.3.1980 – 2 BvR 475/78 – BVerfGE 63, 343 (361 f. und 373); BGH v. 20.5.1969 – III ZB 3/67 – NJW 1969, 1428 (1429 ff.); v. Münch/Kunig/Rojahn, GG Band II, Art. 25 Rn. 22.

Des weiteren wird mit der Territorialität staatlicher Normen das Prinzip erfaßt, daß nationale Gesetze nur inländische Staatsorgane berechtigen und verpflichten können<sup>587</sup>. Dieser Grundsatz gilt gleichermaßen für das öffentliche wie für das private Recht und zwar auch dann, wenn ausländische Normen in einem Prozeß vor einem inländischen Gericht zur Anwendung kommen. Denn in dem Verweis des nationalen Kollisionsrechts auf das ausländische Kollisions- und Sachrecht liegt der erforderliche Anwendungsbefehl der eigenen Rechtsordnung, der die fremde Rechtsordnung für den Richter erst verbindlich macht<sup>588</sup>.

Schließlich wird mit Territorialität auch der räumliche Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Normen in dem Sinne umschrieben, daß deren Geltungswille an der Staatsgrenze endet. Gesetzlich ist dieser Territorialitätsbezug in Deutschland zum Beispiel im Sozialleistungsrecht verankert: § 30 Abs. 1 SGB I bestimmt, daß das Sozialgesetzbuch nur auf Personen Anwendung findet, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben<sup>589</sup>. Der Territorialitätsgrundsatz ist als Prinzip des Völkerrechts über Art. 25 S. 1 GG Bestandteil des Bundesrechts und geht gemäß Art. 25 S. 2 GG im Rang den Gesetzen vor.

Entscheidend für die Frage der Ausdehnbarkeit der Unternehmensmitbestimmung auf Ausländische Arbeitnehmer kann – sofern das Mitbestimmungsrecht zum öffentlichen Recht gezählt wird – nur die dritte Komponente des Territorialitätsprinzips sein, also die Inlandsbeschränkung öffentlich-rechtlicher Normen.

Hierbei ist festzustellen, daß die von *Schubert* vorgebrachten Beispiele nicht geeignet sind, eine generelle Durchbrechung des Territorialitätsprinzips zu konstatieren<sup>590</sup>. Denn allen drei Beispielen ist gemein, daß sie nur deutsche Staatsbürger erfassen, die Regelungskompetenz daher nicht aus der Territorialhoheit, sondern aus der Personalhoheit des deutschen Staates über seine Staatsbürger abgeleitet wird. Die Anknüpfung der Wehrpflicht an die Staatsbürgerschaft und die Strafhoheit über die eigenen Staatsbürger sind völkerrechtlich seit jeher als Kernelemente der Personalhoheit anerkannt. Eine Durchbrechung des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips kann darin nicht gesehen werden<sup>591</sup>. Zwar gibt es Normen des deutschen öffentlichen Rechts, die auf Tatbestandsseite auch Auslands-

---

587 *Vogel*, S. 2.; v. *Zitzewitz*, S. 142 f.

588 *Bleckmann*, S. 5; *Kropholler*, IPR, S. 210.

589 Vgl. zum Territorialitätsprinzip im deutschen Sozialversicherungsrecht: *Eser*, Das Arbeitsverhältnis, S. 151 f.

590 Das Territorialitätsprinzip wird in ständiger Rechtsprechung von sämtlichen deutschen Bundesgerichten beachtet: vgl. etwa zum Abgabenrecht BAG v. 25.6.1002 – 9 AZR 322/01 – NZA 2003, 275 (282); zum Schwerbehindertengesetz mit Einschränkungen BAG v. 30.4.1987 – 2 AZR 192/86 – NJW 1987, 2766 (2767); zu Enteignungen BGH 4.6.2002 – XI ZR 301/01 – NJW 2002, 2389; ferner zum atomrechtlichen Genehmigungsverfahren: BVerwG v. 17.12.1986 (Kernkraftwerk Emsland) – ZC 29/85 – NJW 1987, 1154 ff.

591 Eine echte (zulässige) Durchbrechung des Territorialitätsprinzips stellt allerdings der neu gefaßte Geltungsbereich des StGB, insbesondere § 6 StGB dar. Vgl. zur Vereinbarkeit von § 6 Nr. 1 StGB mit dem Völkerrechtsprinzip der Personal- und Territorialhoheit im Hinblick auf die Völkermordkonvention, BVerfG 12.12.2000 – 2 BvR 1290/99 – NJW 2001, 1848 (1853).

sachverhalte erfassen<sup>592</sup>. Alleine darin liegt jedoch noch kein Eingriff in die Hoheit des fremden Staates. Eine Souveränitätsverletzung ist erst dann gegeben, wenn der deutsche Staat beabsichtigt, mittels öffentlich-rechtlicher Normen auch auf Rechtsfolgenseite konkrete Rechtswirkungen im Ausland zu erzeugen<sup>593</sup>.

Festzuhalten bleibt: Zählt die Unternehmensmitbestimmung zum öffentlichen Recht, so gilt der Territorialitätsgrundsatz uneingeschränkt, d.h. die Regelungsbefugnis des Bundesgesetzgebers ist hinsichtlich der Rechtswirkungen ausschließlich auf Inlands-sachverhalte beschränkt.

## [2] Das „Territorialitätsprinzip“ im Privatrecht – Genuine Link Doktrin

Ordnet man die Unternehmensmitbestimmung dem Privatrecht zu, so gilt vorerst der Grundsatz, daß es jeder Rechtsordnung frei steht, das eigene Kollisions- und Sachrecht mit den jeweiligen Anknüpfungspunkten den eigenen Vorstellungen gemäß zu regeln und damit auch Auslandssachverhalte dem eigenen Recht zu unterstellen. Die entscheidende Grenze für die Zulässigkeit der extraterritorialen Rechtserstreckung bildet im internationalen Privatrecht das Prinzip des Rechtsmißbrauchs<sup>594</sup>. Weist der Sachverhalt keine vernünftige Beziehung mehr zu der sich für zuständig erklärenden Rechtsordnung auf, so ist die Regelungserstreckung rechtsmißbräuchlich und damit ein Eingriff in die Souveränität des an sich regelungszuständigen Staates<sup>595</sup>. Dieser Ansatz firmiert allgemein unter dem Namen der *Genuine Link* Doktrin<sup>596</sup>. Gerade in der Diskussion um den internationalen Geltungsbereich der Mitbestimmung wird das *Genuine Link* Erfordernis – fälschlicherweise – auch unter dem Begriff „Territorialitätsprinzip“<sup>597</sup> diskutiert. Falsch ist dies deshalb, weil sich unter dem Blickwinkel der notwendigen Inlandsbeziehung das „Territorialitätsprinzip“ nicht als Prinzip im eigentlichen Sinne darstellt, sondern nur als Sammelbegriff für Sachverhalte angesehen werden kann, die in ihrer Inlandsbezogenheit so beschaffen sind, daß jede Anknüpfung, die nicht ausschließlich oder zumindest kumulativ am Territorium ansetzt, rechtsmißbräuchlich wäre und damit unzulässig ist. Der Ursprung dieser begrifflichen Ungenauigkeit bzw. Widersprüchlichkeit ist in der parallel geführten Diskussion um den räumlichen Geltungsbereich der betrieblichen Mitbestimmung zu sehen: Das BetrVG untersteht nach einhelliger Auffassung dem Territorialitätsprinzip<sup>598</sup>. Diese begriffliche Ein-

592 Beispielhaft könnte hier Art. 16 a GG angeführt werden, der das Recht auf Asyl von dem Tatbestand der politischen Verfolgung im Herkunftsstaat abhängig macht.

593 Für das MitbestG: LG Düsseldorf v. 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451 f.; *Lutter*, ZGR 1977, 195 (207).

594 *M. Reuter*, S. 74.

595 Zum Souveränitätsbegriff im Völkerrecht vgl. *Ziegenhain*, Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses, S. 23 ff.

596 So die Formulierung im „Nottebohm“ Urteil des IGH betreffend die Staatsangehörigkeit Nottebohms, IGH, ICJ Rep. 1955, S. 20 f.

597 *M. Reuter*, S. 74; *Bellstedt*, BB 1977, 1326 (1327).

598 So in ständiger Rechtsprechung das BAG: BAG v. 20.2.2001 – 1 ABR 30/00 – NZA 2001, 1033; BAG v. 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119 (1121); BAG v. 7.12.1989 – 2 AZR 228/89 – NZA 1990, 658 (659); dem folgt auch die h.M. in der Literatur *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, BetrVG, § 1 Rn. 13; *Däubler/Kittner/Trünner*, BetrVG, § 1 Rn. 23 m.w.N.;

ordnung stammt noch aus der Weimarer Zeit, als die Betriebsverfassung von Rechtsprechung und h.L. dem öffentlichen Recht zugeordnet wurde<sup>599</sup>. Heute hat sich zwar in der rechtlichen Einordnung die privatrechtliche Auffassung durchgesetzt<sup>600</sup>, gleichwohl blieb von diesem Meinungswechsel das „Territorialitätsprinzip“ unberührt<sup>601</sup>.

### b. Unternehmensmitbestimmung als Teil des Privatrechts

Richtigerweise ist das Recht der Unternehmensmitbestimmung ebenso wie das Recht der Betriebsverfassung dem Privatrecht zuzuordnen. Zwar spricht die sozialpolitische Konzeption der Unternehmensmitbestimmung dafür, diese als Bestandteil der Sozialordnung anzusehen. Für die rechtssystematische Einordnung ist jedoch nicht der sozialpolitische Duktus einer Rechtsnorm, d.h. nicht deren Zielsetzung, sondern deren Rechtswirkung ausschlaggebend. Der soziale Charakter einer Norm genügt nicht, um sie als öffentliches Recht zu qualifizieren, denn auch das moderne Privatrecht berücksichtigt soziale Belange, allerdings nicht durch hoheitlichen Eingriff, sondern indem es der Privatautonomie zum Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei Grenzen zieht<sup>602</sup>. Die Mitbestimmungsnormen regeln ausschließlich das Verhältnis zwischen Arbeitnehmerschaft und Anteilseignern, nicht aber das Verhältnis des Unternehmens zum Staat bzw. zur Allgemeinheit. Das Recht der Unternehmensmitbestimmung ist daher privates und nicht öffentliches Recht.

Folglich ist weiter zu prüfen, ob und inwieweit ein hinreichender Inlandsbezug der einzelnen Regelungskomponenten der Unternehmensmitbestimmung bejaht werden kann, wenn diese auf Auslandsarbeitnehmer ausgedehnt werden sollen.

### III. Normkomplexe

Auch wenn sich das Recht der Unternehmensmitbestimmung aus deutscher Sicht als eine für sich stehende Rechtsmaterie darbietet, die einheitlich einer kollisionsrechtlichen Anknüpfung (Gesellschaftsstatut oder Verwaltungssitz) unterliegt, ist es hilfreich, um den erforderlichen Inlandsbezug überprüfen zu können, das MitbestG entsprechend dem jeweiligen Regelungsobjekt nach Normenkomplexen aufzuschlüsseln. Hierbei zeigt sich, daß die Mitbestimmungsnormen unter Einschluß den Wahlordnungen drei unterschiedliche Regelungsbereiche erfassen:

---

*Richardi*, IPRax 1983, 217 (218); *Picot/Land*, DB 1998, 1601 (1605); *Schaub*, FS Söllner, 997 (1011); kritisch *MünchArbR/v. Hoyningen-Huene*, § 290 Rn. 28; ferner *Fischer*, RdA 2002, 160 (162 ff.).

599 *Richardi*, BetrVG, Einl., Rn. 125.

600 Für die h.M. anstelle vieler *Däubler/Kittner/Trünner*, BetrVG, Rn. 28; *Richardi*, BetrVG, Einl. Rn. 128 ff. mit zahlreichen Verweisen; a.A. wohl *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, Einl. Rn. 11: das BetrVG ist „Teil der territorialen Sozialordnung“.

601 Dies kritisierend *Däubler/Kittner/Trünner*, BetrVG, § 1 Rn. 28; *Schlüpers-Oehmen*, S. 27 ff.; *MünchArbR/v. Hoyningen-Huene*, § 298 Rn. 28.

602 Beispielhaft können hier das Mietrecht, das Kaufrecht oder auch das sog. Anti-Diskriminierungsgesetz aufgeführt werden.

Normen, die die Besetzung des Aufsichtsrates zum Gegenstand haben, Normen, die die Durchführung der Wahlen regeln sowie Normen mit individualarbeitsvertraglichem Bezug.

### 1. Die Besetzung des Aufsichtsrats

Kernelement der Unternehmensmitbestimmung ist die Besetzung des Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern. Der deutsche Gesetzgeber unterliegt hierbei grundsätzlich keinerlei Schranken, die Größe und Besetzung „seiner Aufsichtsräte“ materiellrechtlich so zu organisieren, wie es seinen sozialpolitischen Vorstellungen entspricht. Implikationen mit einer ausländischen Rechtsordnung sind ausgeschlossen, soweit die Mitbestimmungsnormen die Unternehmensverfassung einer deutschen Kapitalgesellschaft regeln<sup>603</sup>. Im einzelnen:

#### a. Schwellenwerte

Neben der Rechtsformgebundenheit bilden die Schwellenwerte die wichtigste Anwendbarkeitsgrenze der geltenden Mitbestimmungsgesetze. Dem Bundesgesetzgeber steht es frei, die Voraussetzungen der Arbeitnehmermitbestimmung auch von Bedingungen abhängig zu machen, die außerhalb des Bundesgebietes verwirklicht werden. Er kann daher bei der Ermittlung der Schwellenwerte auch im Ausland tätige Arbeitnehmer berücksichtigen. Dies macht freilich nur insoweit Sinn, als diese Arbeitnehmergruppe tatsächlich in die Aufsichtsratswahlen einbezogen wird<sup>604</sup>.

#### b. Aktives und passives Wahlrecht

Auch die Zuerkennung des aktiven Wahlrechts und der Wählbarkeit an Auslandsarbeitnehmer durch den Bundesgesetzgeber ist m.E. entgegen einer verbreiteten Auffassung<sup>605</sup> rechtlich möglich. Der Einwand des LG Düsseldorf, daß bereits mit der Wahlberechtigung „mittelbar in die Souveränität des ausländischen Gesetzgebers eingegriffen“ werde<sup>606</sup>, ist unpräzise. Wahlrecht und Wählbarkeit beziehen sich ausschließlich auf die Besetzung des Aufsichtsrates und haben als abstrakte und damit isoliert nicht durchsetzbare Rechtspositionen keine Implikationen auf Arbeitsverträge oder betriebsinterne Abläufe. Erst mit den Wahldurchführungsvorschriften, mittels derer sich die abstrakten Rechtspositionen zu Handlungs- bzw. Duldungspflichten der ausländischen Betriebsleitung konkretisieren, wird möglicherweise rechtsmißbräuchlich eine Rechtsmaterie geregelt, die wegen fehlenden Inlandsbezugs alleine der Souveränität des ausländischen Gesetzgebers unterliegt. Diese Unterscheidung ist für die Ausdehnung der Unternehmensmitbestimmung insofern wichtig, als eine Verzahnung zwischen ausländischen Mitbestimmungs-

603 LG Düsseldorf v. 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451.

604 Die von *Lux* vertretene Schwellenwertberücksichtigung ohne Wahlrecht widerspricht, wie bereits gesehen, der in den Mitbestimmungsgesetzen liegenden Systematik, die eine Abhängigkeit der Größe und anteiligen Besetzung der Aufsichtsräte von der Größe des „Wahlvolks“; vgl. für die geltende Rechtslage: *Lux*, BB 1977, 905 f.; *Lux*, MitbestG, S. 67 f.; vgl. die Ausführungen unter § 5 A II 2.

605 LG Düsseldorf v. 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451 f.; *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 20 f., *Bellstedt*, BB 1977, 1326 (1328).

606 LG Düsseldorf v. 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451 f.

vorgaben und deutschem zwingendem Mitbestimmungsrecht nur möglich ist, wenn die deutsche Mitbestimmungsordnung zumindest fakultativ die Berücksichtigung ausländischer Arbeitnehmer bei den Schwellwerten und der Wahl gestattet.

## 2. Durchführung der Wahlen

Die Mitbestimmungsgesetze regeln zusammen mit den Wahlverordnungen das Verfahren, nach dem die Arbeitnehmervertreter gewählt werden. Diese Regeln greifen zwangsläufig in die Betriebsorganisation ein, indem die Betriebsleitung zur Duldung und Förderung der Wahlvorbereitung bzw. Wahldurchführung gezwungen wird<sup>607</sup>. Fraglich ist daher, ob bereits darin, daß die Wahldurchführungsvorschriften auf die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat der deutschen Konzernobergesellschaft gerichtet sind, ein hinreichender Inlandsbezug gesehen werden kann<sup>608</sup>. So besehen würde sich die Regelungskompetenz hinsichtlich der Wahlordnung als Annex der Regelungskompetenz zur Unternehmensverfassung darstellen, d.h. der unstrittige Inlandsbezug der Unternehmensverfassung würde auf die aus deutscher Sicht notwendigen Begleitnormen abfärben.

Nach meiner Auffassung ist dieser Ansatz nicht völkerrechtskonform. Dem völkerrechtlichen Erfordernis einer sachgerechten Anknüpfung wird die Konstruktion einer Annexkompetenz im Falle der Unternehmensmitbestimmung nicht gerecht. Dies folgt aus folgender Überlegung: Eine kollisionsrechtliche Anknüpfung kann anerkanntermaßen nicht allein dadurch begründet werden, daß ein Sachverhalt eine beliebige Beziehung zum Inland aufweist, sondern unterliegt dem Grundsatz der Sachnähe. Läßt man bei der Einordnung der Wahldurchführungsvorschriften gedanklich deren Ziel, die Besetzung des Aufsichtsrates, außen vor und bewertet die Sachnähe alleine nach dem Regelungsobjekt (betriebsinterne Regelungsabläufe), so ist einzig die Anknüpfung nach der Belegenheit des Betriebs (*lex loci laboris*) sachgerecht. Das Ziel der Wahldurchführungsvorschriften kann diese Bewertung nicht verändern. Denn das Ziel entspringt nicht einer notwendigen Verknüpfung mit der Unternehmensverfassung, sondern basiert einzig auf der Wertentscheidung des Bundesgesetzgebers, Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten großer Kapitalgesellschaften zu beteiligen. Mit anderen Worten: Die Unternehmensmitbestimmung ist kein notwendiges Regelungselement der Unternehmensverfassung, sondern nur eine mögliche Schattierung derselben, deren Grund in sozialpolitischen Erwägungen des Regelungsgebers liegt. Die Achtung vor der Souveränität der anderen Staaten verlangt aber, daß eigene Wertvorstellungen für die kollisionsrechtliche Anknüpfung jedenfalls dann außer Betracht bleiben müssen, wenn, wie für betriebliche Belange in der Betriebsbelegenheit, ein international anerkanntes Anknüpfungsmoment besteht<sup>609</sup>.

---

607 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, vor § 9 Rn. 12 mit weiteren Verweisen; *Raiser*, BB 1977, 1461 (1468).

608 So für die Mitbestimmungsnormen allgemein *M. Reuter*, S. 74 f.

609 Eine ähnliche, wenn auch nicht unmittelbar vergleichbare Frage hatte der BGH zum Tatortprinzip des Deliktsrechts zu entscheiden: Hierbei wies er ebenfalls aus Souveränitätserwägungen eine Sonderanknüpfung zurück, die Schadensfälle entgegen dem international anerkannten Tatortprinzip dem deutschen Deliktsrecht unterstellte, sofern Schädiger und Geschädigter deutscher Nationalität

### 3. Individualarbeitsrechtliche Normen

Die Mitbestimmung ist ferner darauf angewiesen, von individualarbeitsrechtlichen Normen flankiert zu werden. Konkret müssen die Arbeitnehmer für die Stimmabgabe und im Falle ihrer Wahl auch für die Mandatsausübung von der arbeitsvertraglichen Pflicht zur Arbeitsleistung entbunden und vor Benachteiligungen wegen ihrer Beteiligung an den Wahlen oder ihrer Mandatsausübung geschützt werden. Auch hier fehlt aus den oben aufgeführten Erwägungen ein sachnäherer Anknüpfungspunkt als die international anerkannte Anknüpfung an das Arbeitsvertragsstatut.

### 4. Zwischenergebnis

Für die kollisionsrechtliche Einordnung der Unternehmensmitbestimmung bedeutet dies, daß die These der einheitlichen Anknüpfung nicht aufrecht erhalten werden kann. Vielmehr knüpfen die unternehmensverfassungsrechtlichen Normen der Unternehmensmitbestimmung an das Gesellschaftsstatut, die individualarbeitsrechtlichen Normen der Unternehmensmitbestimmung an das Arbeitsvertragsstatut und die betrieblichen Normen der Unternehmensmitbestimmung an die Belegenheit des Betriebs an. Die Inlandsbeschränkung der Unternehmensmitbestimmung ist daher nicht die Folge des sog. „Territorialitätsprinzips“, sondern das Ergebnis einer kumulativen Anknüpfung an Gesellschaftsstatut, Arbeitsvertragsstatut und Betriebsbelegenheit.

Für die Regelungsbefugnis des Bundesgesetzgebers hinsichtlich der Auslandsarbeitnehmer gilt daher: Deutsche Normen sind hinsichtlich abstrakter Rechtspositionen – insbesondere betreffend das passive und aktive Wahlrecht – im Ausland grundsätzlich wirksam. Die Konkretisierung dieser Rechte in Gestalt des Wahlverfahrens und in Gestalt des die Rechtsausübung notwendigerweise begleitenden individualarbeitsrechtlichen Schutzes der Arbeitnehmer entzieht sich hingegen für das Ausland der gesetzgeberischen Regelungsmacht<sup>610</sup>.

## IV. Entwicklung eines Reformkonzepts

### 1. Öffnungsklausel

Für eine anzustrebende Internationalisierung der deutschen Mitbestimmung folgt aus dieser Erkenntnis eine klare Begrenzungslinie: Jeder Reformansatz, der mittels

---

waren. Dabei betonte der BGH, daß sich die Rechtsanwendung nicht nur um sachgerechte Anknüpfungskriterien, sondern auch um internationalen Entscheidungseinklang zu bemühen habe, vgl. BGH v. 8.3.1983 – VI ZR 116/81 – NJW 1983, 1972 (1973).

610 Diese rechtliche Bewertung läßt sich auch nicht durch den Verweis erschüttern, daß auf Anteilseignerseite Wahlakte mit Auslandsbezug möglich sind. Richtig ist zwar, daß ausländische Aktionäre inländischer Aktiengesellschaften mitunter über virtuelle Hauptversammlungen an „inländischen“ Wahlakten teilnehmen. Der Auslandsbezug ist hierbei jedoch nur tatsächlicher Natur und nicht mit einem Eingriff in die Rechte einer ausländischen juristischen Person verbunden. Wollte man hingegen in einer ausländischen Tochtergesellschaft die Wahl der Arbeitnehmervertreter der deutschen Konzernspitze durchführen, so bedarf es einer Vielzahl von Wahldurchführungsvorschriften, die in die unternehmerische Freiheit der ausländischen juristischen Person unmittelbar eingreifen (Listenaufstellung, Information der Mitarbeiter, Bereitstellung von Wahlcomputern etc.).

obligatorischer deutscher Normen eine Erweiterung der Mitbestimmung auf Arbeitnehmer mit ausländischem Beschäftigungsort erzwingen möchte, ist zum Scheitern verurteilt. Dies betrifft zunächst die unmittelbare Geltung deutscher Mitbestimmungsnormen. Aber auch das Ausweichen auf eine zwingende Verhandlungslösung nach dem Vorbild der Mitbestimmungsregelung in der SE kann nicht gelingen. Denn ebensowenig wie der Bundesgesetzgeber einen ausländischen Betrieb zwingen kann, Aufsichtsratswahlen durchzuführen, kann er ausländische Tochtergesellschaften an den Verhandlungstisch zwingen, um dort für ihre Betriebe verbindliche Wahlvorschriften zu vereinbaren. Die kollisionsrechtliche Zuständigkeit zur Regelung der betrieblichen und individualarbeitsrechtlichen Mitbestimmungskomponenten setzt sich auf der rechtsgeschäftlichen Ebene fort<sup>611</sup>. Versagt der gesetzliche Zwang, so bleibt alleine die Möglichkeit, auf freiwilligem Wege eine Internationalisierung der Arbeitnehmervertretung zu erreichen. Rechtstechnisch ist dieser Lösungsweg auf zwei sich ergänzende Regelungen angewiesen. Von deutscher Seite her muß den Mitbestimmungsgesetzen eine Öffnungsklausel beigefügt werden, die eine Berücksichtigung von Auslandsmitarbeitern unter bestimmten Voraussetzungen bei der Aufsichtsratsbesetzung ermöglicht. Ferner bedarf es einer Regelung über die Wahldurchführung und die notwendigen individualarbeitsrechtlichen Schutzrechte, welche auch in den ausländischen Betrieben rechtsverbindlich ist (im folgenden „Durchführungsregelung“).

Wie diese deutsche Öffnungsklausel im einzelnen aussehen sollte und welche Anforderungen an die ergänzende Durchführungsregelung gestellt werden müssen, ist Gegenstand der folgenden Überlegungen.

## **2. Rechtsgrundlage der Mitbestimmungsbeteiligung von Auslandsarbeitnehmern**

Beschränkt sich der deutsche Gesetzgeber darauf, mittels einer Öffnungsklausel die Einbeziehung im Grundsatz zu ermöglichen, so stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur der Durchführungsregelung.

### **a. Zwingende gesetzliche Regelung unter Anerkennungsvorbehalt**

Hier bedarf es zunächst einer Präzisierung des soeben Dargelegten: Nicht jede zwingende deutsche Regelung für das Ausland ist unmöglich, sondern nur eine rein deutsche zwingende Regelung. Es ist durchaus denkbar, daß die Durchführungsregelung inhaltlich auf deutschem Recht beruht, wenn ihr durch einen entsprechenden ausländischen Rechtsakt auch im Ausland rechtliche Verbindlichkeit verliehen wird. So könnte die mangelnde kollisionsrechtliche Zuständigkeit dadurch umgangen werden, daß die Vorgaben der Mitbestimmungsgesetze im Grundsatz auch für Auslandsfälle zwingend Anwendung finden, die Geltung der Normen jedoch unter den Vorbehalt der Anerkennung des betroffenen ausländischen Staates gestellt wird. Die Freiwilligkeit der Einbeziehung ausländischer Arbeitnehmer wird dann nicht den Unternehmen, sondern den betroffenen Staaten anvertraut.

---

611 Eine gesetzlich zwingende länderübergreifende Mitbestimmung ist nur durch transnationale Rechtssetzung (völkerrechtlicher Vertrag oder EU-Richtlinie/Verordnung) zu erreichen.

Die Öffnungsklausel im MitbestG könnte demnach so aussehen:

Arbeitnehmer einer nach § 1 MitbestG mitbestimmungspflichtigen Gesellschaft, deren gewöhnlicher Arbeitsort außerhalb des Geltungsbereiches des Grundgesetzes liegt, werden an den Wahlen zum Aufsichtsrat nach den Bestimmungen dieses Gesetzes gleichberechtigt beteiligt, wenn der ausländische Staat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitnehmer tätig sind, die Anwendung dieses Gesetzes nach seinen Bestimmungen ermöglicht und die Gewähr dafür bietet, daß den von der Gesetzesanwendung Betroffenen nach seinen Bestimmungen der Klageweg vor seiner Gerichtsbarkeit offensteht, um die Einhaltung der Vorgaben dieses Gesetzes im Einzelfall überprüfen zu lassen.

Ein unbestreitbarer Vorteil dieser Öffnungsklausel bestünde darin, daß ein einheitliches länderübergreifendes Wahlverfahren durchgeführt wird und sich Fragen hinsichtlich der inhaltlichen Kompatibilität der Durchführungsregelung nicht stellen.

Dennoch stößt dieser Lösungsweg auf erhebliche rechtliche Bedenken, nicht von deutscher Seite, sondern von der ausländischen. Denn unterliegt der betroffene ausländische Staat – wie etwa alle EU Mitgliedstaaten – in seiner Rechtssetzung dem Gebot der Gleichbehandlung, so hindert ihn dies, eine Norm zu erlassen, in deren Folge nur Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften deutscher Konzerne eine organisatorische Pflicht trifft. Ein sachlicher Differenzierungsgrund für diese Ungleichbehandlung ist aus der Sicht des ausländischen Regelungsgebers nicht gegeben.

## **b. Rechtsgeschäftlicher Lösungsweg**

### **[1] Freiwillige Auslandserstreckung**

Klar ist damit, daß eine rein auf Gesetz basierende Auslandserstreckung insgesamt ausscheidet. Falsch wäre es jedoch, alleine deshalb die Idee der Internationalisierung der Arbeitnehmerbank zu verwerfen; denn Motor der Internationalisierung muß nicht gesetzlicher Zwang sein. Im Gegenteil: Wer das Heil allein im staatlichen Regelungszwang sieht, unterschätzt den Modernisierungsdrang der Arbeitgeberseite erheblich. Ein international agierendes Unternehmen wird bei bestehendem Mitbestimmungszwang in Deutschland dankbar sein, wenn es anstelle einer einseitig national orientierten deutschen Vertretung für eine seiner internationalen Beschäftigungsstruktur entsprechende Mitarbeitervertretung im Aufsichtsrat optieren kann. Demgemäß ist von der Arbeitgeberseite her – wenn die rechtlichen Bedingungen stimmen – nicht nur Akzeptanz, sondern vielmehr echte Initiative bei der Umsetzung zu erwarten. Zudem hat die auf Freiwilligkeit basierende Lösung den Vorzug, daß so Wahlverfahren entwickelt werden, die auf die Gegebenheiten in den betroffenen Ländern und Unternehmensteilen bestmöglich abgestimmt sind.

### **[2] Länderbezogene oder weltumspannende Aufsichtsratswahl**

Eine für das inhaltliche und rechtstechnische Konzept der Öffnungsklausel ganz entscheidende Frage ist, ob die Erstreckung der Aufsichtsratswahl auf das Ausland

sämtliche konzernangehörigen Arbeitnehmer erfassen soll, oder ob nur bestimmte Länder von der Neuregelung erfaßt werden sollen.

### **[a] Beispiel: Siemens**

Um der folgenden Analyse die gebotene Praxisnähe zu geben, soll diese anhand eines Beispielsfalles erfolgen: Siemens beschäftigt heute weltweit ca. 417.000 Mitarbeiter und ist in über 80 Ländern mit Standorten vertreten. Die größten Standorte sind mit den Arbeitnehmerzahlen in Klammern: Deutschland (170.000), USA (70.000), China (30.000), Großbritannien (20.300), Österreich (11.700), Frankreich (11.000), Italien (9.750 Arbeitnehmer), Mexiko (8.200) und Brasilien (7.200). Zu den sehr kleinen Standorten zählt etwa Vietnam (250).

### **[b] Die globale Aufsichtsratswahl**

Die Argumente, die für eine globale Neuausrichtung der Aufsichtsratswahl sprechen, wurden bereits genannt. Nur wenn tatsächlich alle Arbeitnehmer des Siemenskonzerns an den Wahlen teilnehmen können, werden die Legitimationsprobleme der Unternehmensmitbestimmung und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vollständig gelöst. Dennoch ist m.E. eine globale Aufsichtsratswahl nicht nur wegen des erheblichen Aufwands für das betroffene Unternehmen ein fragliches Ziel. Denn hierzu bedürfte es einer Durchführungsregelung, die nach dem Recht sämtlicher Staaten, in denen der Siemens Konzern Arbeitnehmer beschäftigt, gültig und rechtsverbindlich ist. Dieses Hindernis ist wegen der Unterschiedlichkeit der einzelnen Rechtsordnungen kaum zu bewältigen. Wichtig ist hierbei auch, daß die Durchführungsregelung wegen ihres individualarbeitsrechtlichen Gehaltes rechtssystematisch zum Arbeitsrecht gezählt werden muß, was bedeutet, das Gerichtsstandsklauseln und von nationalen zwingenden Vorgaben abweichende Vereinbarungen unzulässig sind.

Zum anderen spricht auch eine praktische Erwägung gegen die globale Aufsichtsratswahl. Denn bei einem Wahlsystem, das keine Länderquoten kennt, besteht die Gefahr, daß sich nur Arbeitnehmervertreter desjenigen Landes durchsetzen, welches die überwiegende Anzahl an Arbeitnehmern im Unternehmen stellt. So könnte das Ergebnis eines langen und mühsamen Prozesses am Ende doch wieder ein rein von deutscher Seite her besetzter Aufsichtsrat sein. Zu favorisieren ist daher eine Lösung mit Länderquoten. Innerhalb dieses Wahlsystems ist aber eine Beteiligung von Arbeitnehmern aus Ländern, denen nach der Quotelung kein Aufsichtsratsitz zusteht, ohne Sinn.

### **[c] Aufsichtsratswahl nach Ländersitzen**

Mein Vorschlag ist daher eine Öffnungsklausel, die sich auf diejenigen Länder beschränkt, denen nach ihrem prozentualen Gewicht an der Gesamtarbeitnehmerschaft ein Ländersitz zusteht. Der Vorteil dieser Regelung besteht darin, daß sie nur mit einem vergleichsweise kleinen gesetzgeberischen Eingriff verwirklicht werden kann und bereits bei zahlreichen Unternehmen zu einem deutlich ausgewogeneren Aufsichtsrat führt. Vor allem Unternehmen mit Beschäftigungsschwerpunkten in

wenigen Ländern könnten von dieser Neuerung profitieren. Solche Beschäftigungsgefüge sind keine Seltenheit, sondern als Folge transnationaler Fusionen vorwiegend nationalgeprägter Gesellschaften durchaus verbreitet. Gerade in naher Zukunft steht zu erwarten, daß im europäischen Wirtschaftsraum vermehrt Unternehmen dieser Prägung entstehen werden, wenn die privatisierten Unternehmen des Post- und Telekommunikationswesens grenzüberschreitend fusionieren.

Im Siemenskonzern würden dann die zehn Arbeitnehmersitze im Aufsichtsrat entsprechend der Arbeitnehmerstärke folgendermaßen aufgeschlüsselt werden: Deutschland sechs Sitze (170.000 aus 290.300 mitbestimmungsberechtigten Arbeitnehmern = 0,586), USA zwei Sitze (0,241), China ein Sitz (0,103) und Großbritannien ein Sitz (0,068). Österreich, Frankreich und alle weiteren kleineren Standorte haben kein Sitzrecht<sup>612</sup>.

### **[3] Vereinbarung oder einseitige Verpflichtungserklärung**

Die Wahlen erfolgen gesondert in den einzelnen Ländern für die jeweiligen Ländersitze. Rechtsgrundlage ist für jedes Land eine separate Durchführungsregelung, die sowohl die rechtlichen Anforderungen des betroffenen Staates als auch die inhaltlichen Mindestanforderungen des deutschen Rechts erfüllen muß. Rechtstechnisch kann die Durchführungsverordnung ein Vertrag oder, wenn dies nach dem ausländischen Recht genügt, um Bindungswirkung zu erzeugen, auch nur eine einseitige Verpflichtungserklärung sein, die von der deutschen Konzernleitung sowie von sämtlichen konzernangehörigen Gesellschaften, die Arbeitnehmer in dem betroffenen Staat beschäftigen, abgegeben wird. Die Verpflichtungserklärung muß sich in jedem Falle an alle im betroffenen Staat beschäftigten Arbeitnehmer richten, da nur so eine Einbeziehung der individualarbeitsrechtlichen Normen in den Arbeitsvertrag erfolgen kann.

Mit Abschluß eines wirksamen Mitbestimmungsvertrages bzw. mit der Abgabe der Verpflichtungserklärung verändert sich für dessen/deren Geltungszeitraum die Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank des Aufsichtsrates kraft Gesetz; D.h. die vom Vertrag/der Verpflichtungserklärung erfaßten Beschäftigten werden bei den Schwellenwerten mitgezählt und führen Wahlen für die ihnen zustehenden Sitze im Aufsichtsrat durch.

### **3. Inhaltliche Mindestanforderungen an den Durchführungsvertrag/die Durchführungserklärung**

Die Öffnungsklausel des MitbestG muß an den Durchführungsvertrag bzw. an die Durchführungserklärung gewisse Mindestanforderungen stellen. Ob eine Durch-

---

612 Die Ermittlung der Sitzverteilung erfolgt in einem dreistufigen Verfahren: In einem ersten Schritt werden diejenigen Länder ermittelt, denen nach ihrem prozentualen Anteil an der Gesamtarbeitnehmerschaft ein Sitz im Aufsichtsrat zustehen kann. Anschließend wird die Arbeitnehmerzahl dieser Länder jeweils zur Gesamtheit der mitbestimmungsberechtigten Arbeitnehmerschaft ins Verhältnis gesetzt und mit der Gesamtzahl der Aufsichtsratssitze multipliziert. Die Sitzverteilung erfolgt dann zuerst nach den Zehnteln und anschließend für die verbleibenden Sitze nach den Hundertsteln.

führungsregelung diesen gesetzlich verankerten Erfordernissen gerecht wird, wird im Streitfall vor der deutschen Gerichtsbarkeit entschieden. So wird sichergestellt, daß sämtliche Aufsichtsratswahlen diejenigen Bedingungen erfüllen, die aus deutscher Sicht für eine demokratische Legitimation unentbehrlich sind. Bei der gesetzlichen Festlegung dieser Anforderungen sollte aber, um den Unternehmen die Wahrnehmung der Internationalisierungsoption nicht unnötig zu erschweren, der Grundsatz des absolut Notwendigen herrschen.

#### **a. Individualarbeitsrechtliche Mindestnormen**

Unverzichtbar ist vorerst der individualarbeitsrechtliche Schutz der Mandatsträger vor Benachteiligung. Fehlt dieser, so wären die ausländischen Arbeitnehmervertreter durch die Arbeitgeberseite erpreßbar und könnten die ihnen zukommenden Aufgaben im Aufsichtsrat nicht nach bestem Wissen und Gewissen erfüllen. Sämtliche Arbeitnehmer sind für den Zeitraum der Stimmabgabe von der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht freizustellen. Gleiches gilt für die Freistellung der Mandatsträger, soweit es ihr Amt erfordert.

#### **b. Mindestanforderung an die Wahldurchführung**

Die Wahldurchführung muß demokratischen Grundsätzen entsprechen. Eine Scheinwahl, wie sie etwa in den ehemaligen Ostblockländern üblich war, kann nicht akzeptiert werden. Die Wahldurchführungsregelung sollte allen Arbeitnehmern das gleiche passive Wahlrecht zugestehen. Die Wahl selbst muß frei, allgemein, gleich und geheim sein. Ob die Arbeitnehmervertreter unmittelbar oder über Delegierte gewählt werden, kann offen bleiben.

#### **c. Gerichtliche Kontrolle und Mindestlaufzeit**

Schließlich ist es notwendig, daß die Durchführung der Wahl auf gerichtlichem Wege überprüft werden kann. Hierbei kann m.E. auf den staatlichen Klageweg unter Umständen verzichtet werden, wenn zugleich durch eine Schiedsgerichtsklausel sichergestellt wird, daß ein unabhängiges Gremium die Wahl auf ihre Konformität mit den Durchführungsregelungen hin kontrollieren kann. Weiter sollte, um die Unabhängigkeit der ausländischen Arbeitnehmervertreter und die erforderliche Kontinuität im Aufsichtsrat nicht zu gefährden, eine Mindestlaufzeit für die Durchführungsregelung verlangt werden.

#### **d. Kulturelle oder soziale Äquivalenz**

Überlegenswert ist weiter, die Einbeziehung ausländischer Standorte von den jeweiligen rechtlichen, gesellschaftlichen oder sozialen Bedingungen im betroffenen Land abhängig zu machen. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Stellungnahme von *Prager*. Zwar beziehen sich seine Ausführungen auf eine Einbeziehung *de lege lata*. Seine Vorbehalte/Vorurteile können jedoch ohne weiteres auch auf die vorgeschlagene Reform übertragen werden.

*Prager* befürwortet die Einbeziehung von Auslandsarbeitnehmern, sofern eine Äquivalenz zwischen der betroffenen ausländischen und der deutschen Rechts-

ordnung besteht<sup>613</sup>. Hierzu argumentiert er, daß den deutschen Mitbestimmungsnormen neben rechtlichen auch kulturelle Vorstellungen zugrunde lägen, die Mitbestimmung also „nicht nur gesellschaftsrechtlich, sondern gleichzeitig sozialverhältnismäßig zu qualifizieren“ sei<sup>614</sup>. Das passende Schreckbild liefert er gleich mit: eine konsequente Anwendung der gesellschaftskollisionsrechtlichen Anknüpfung führe dazu, daß unter Umständen auch analphabetische Arbeitnehmer einer südamerikanischen Bananenplantage an den Aufsichtsratswahlen zu beteiligen seien. Es sei nicht nur in der Durchführung, sondern auch vom Resultat her äußerst problematisch, ausländischen Arbeitnehmern, denen vielleicht die Bereitschaft und die notwendige soziale Einstellung zur Mitverantwortung fehlen, Mitbestimmungsrechte in deutschen Unternehmen einzuräumen<sup>615</sup>. Sein Lösungsansatz sieht daher eine Einbeziehung im Ausland tätiger Arbeitnehmer unter der Voraussetzung der Äquivalenz der Sozialordnungen vor, die gegeben sei, wenn die ausländische Rechtsordnung eine mit der deutschen vergleichbare Mitbestimmung kennt oder wenn Äquivalenz durch Staatsvertrag festgestellt wird<sup>616</sup>. *Pragers* Konzept ist nach meiner Ansicht sachlich falsch und rechtstechnisch fragwürdig.

Sachlich ist eine Unterscheidung nach der Sozialordnungsäquivalenz vom Ergebnis her nicht gerechtfertigt. Arbeitnehmerinteressen können nicht danach gewichtet werden, ob sie arme oder reiche, belehene oder ungebildete Arbeitnehmer betreffen. Richtig ist zwar, daß im Gefolge einer ungefilterten Öffnung der Arbeitnehmerbank auch Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat gewählt werden können, die ausschließlich die rücksichtslose Durchsetzung bestimmter Partikularinteressen verfolgen. Nach meinem Vorschlag der länderbezogenen Öffnung der Unternehmensmitbestimmung wird diese Gefahr aber insofern gebannt, als die Einbeziehung von Auslandsarbeitnehmern jeweils von der Initiative der Unternehmensleitung abhängt. So kann etwa Siemens, wenn es in der Präsenz eines chinesischen Arbeitnehmervertreterers im Aufsichtsrat ein Sicherheitsrisiko für die Geschäftsgeheimnisse des Konzerns sieht, die Beteiligung der chinesischen Arbeitnehmer durch Nichteinleiten des Internationalisierungsverfahrens verhindern.

Rechtstechnisch ist das *Pragers* Konzept fragwürdig, da es, vom Vorhandensein staatsvertraglicher Abkommen abgesehen, mit der „Äquivalenz der Sozialordnungen“ ein sehr unscharfes Abgrenzungsmerkmal wählt, das rechtsstaatlichen Forderungen nicht genügen dürfte<sup>617</sup>.

#### 4. Folgen für die Aufsichtsratswahl der deutschen Belegschaft

Ein großer Vorzug des Konzeptes der partiellen Öffnung besteht darin, daß die innerdeutsche Unternehmensmitbestimmung strukturell unverändert bleibt und damit eine Totalblockade von Seiten der Gewerkschaften zumindest weniger wahrscheinlich wird. Die deutschen Aufsichtsratssitze werden wie bisher nach den

---

613 *Prager*, S. 51.

614 *Prager*, S. 51.

615 *Prager*, S. 49.

616 *Prager*, S. 52.

617 *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 530.

Normen des MitbestG besetzt. Nur die Anzahl der Sitze mindert sich natürlich entsprechend dem Gewicht der deutschen Arbeitnehmer im Unternehmen. Fraglich ist allerdings, ob sich bei der verminderten Sitzanzahl das Sondervorschlagsrecht der Gewerkschaften wie bisher aufrechterhalten läßt. Denn im obigen Beispiel wären dann von den sechs verbleibenden (deutschen) Sitzen im Aufsichtsrat der Siemens AG weiterhin drei Sitze den Gewerkschaften vorbehalten. Damit ergäbe sich ein Verhältnis zwischen Gewerkschaftssitzen und Sitzen der unternehmensangehörigen Arbeitnehmer, welches mit dem Partizipationsgedanken nicht zu vereinbaren ist (3:3 statt bisher 3:7). Gelöst werden könnte dieser Konflikt entweder, indem das Vorschlagsrecht der Gewerkschaften im Zuge der Internationalisierung der Arbeitnehmerbank ersatzlos gestrichen wird, oder indem die Anzahl der Gewerkschaftssitze für den Fall der Internationalisierung um die Anzahl der Sitze der Auslandsvertreter reduziert wird<sup>618</sup>.

## 5. Zustimmungspflicht der inländischen Arbeitnehmerschaft

Als letzte Frage ist schließlich noch die Rolle der inländischen Arbeitnehmerschaft bei dem Internationalisierungsprozeß zu überdenken. Klar ist, daß die Initiative notwendigerweise bei der Unternehmensleitung liegt. Denkbar ist es aber, die inländische Arbeitnehmerschaft in die Internationalisierungsentscheidung einzubeziehen, indem ein Zustimmungsvorbehalt der deutschen Arbeitnehmervertretung in der Öffnungsklausel verankert wird.

*Zinger*<sup>619</sup> vertritt hierzu die Ansicht, daß eine optionale Öffnung nur mit Zustimmung der inländischen Arbeitnehmerschaft zulässig sei. Das MitbestG räume jedem inländischen Arbeitnehmer ein individuelles Partizipationsrecht an der Unternehmensleitung ein. Die Öffnung wäre geeignet, dieses Recht zu beschneiden. So mindere sich der relative Einfluß des Wahlkörpers und die Chance, selbst gewählt zu werden, bei einer Öffnung von beispielsweise 1:3000 auf 1:6000<sup>620</sup>.

M.E. geht diese Einschätzung fehl. Eine Zustimmung der inländischen Arbeitnehmer ist entbehrlich. Zum einen ist es unrichtig, daß das MitbestG tatsächlich ein individuelles Partizipationsrecht gewährt. Zwar legt der Wortlaut des § 1 MitbestG („haben die Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht“) eine solche Interpretation nahe. Diese Formulierung ist jedoch mißverständlich und wird nur in der Zusammenschau mit dem Nachsatz „nach Maßgabe dieses Gesetzes“ richtig verständlich. Das MitbestG verändert die Unternehmensverfassung und verwirklicht die Mitbestimmung durch eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrats. Mit der Figur des subjektiven Rechts ist diese Mitbestimmung nicht treffend erfaßt<sup>621</sup>. Ein individuelles Recht der Arbeitnehmer besteht vielmehr nur im aktiven und passiven Wahlrecht. Das aktive Wahlrecht beschränkt sich auf die Stimmabgabe, das passive Wahlrecht auf das

---

618 Die Legitimation dieses Vorrechtes wird im Schrifttum im Hinblick auf das Partizipationsziel der Mitbestimmung zu Recht zunehmend in Frage gestellt, vgl. *Rieble*, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9 (28); BDA/BDI, Mitbestimmung modernisieren, S. 35; *Säcker*, AG 2004, 180 (183).

619 *Zinger*, S. 231.

620 *Zinger*, S. 231; im Hinblick auf das geltende MitbestG *Lutter*, FS Zweigert, 251 (268).

621 Ganz h.M. *Raiser*, MitbestG, § 1 Rn. 46.

Recht gewählt zu werden. Diese individuellen Rechte durch den Gedanken eines verhältnismäßigen Einflusses anzureichern, diesen also unmittelbaren Partizipationscharakter zu verleihen, würde der Grundarithmetik der Unternehmensmitbestimmung zuwiderlaufen. Konsequenterweise weitergedacht, müßten sonst auch Neueinstellungen dem Zustimmungsvorbehalt der Arbeitnehmerschaft unterliegen.

Aber selbst wenn man davon ausginge, daß das MitbestG in der gegenwärtigen Fassung dem einzelnen Arbeitnehmer ein subjektives Partizipationsrecht gewähren würde, ist die Schlußfolgerung eines Einverständnisvorbehalts nicht richtig. Sofern in das MitbestG selbst *de lege ferenda* eine Option integriert wird, die mitbestimmungsberechtigte Arbeitnehmerschaft auf das Ausland zu erweitern (wenn auch unter zusätzlichen Voraussetzungen), käme Inlands- und Auslandsmitarbeitern das identische Partizipationsrecht zu, so daß in der Rechtsausübung der einen Gruppe nicht eine Rechtsbeschneidung der anderen Gruppe gesehen werden kann. Eine freiwillige Einbeziehung im Ausland tätiger Arbeitnehmer auf der Basis eines geänderten MitbestG bedarf daher nicht der Zustimmung der inländischen Arbeitnehmerschaft.

Eine andere Frage ist freilich, ob eine Zustimmung als zusätzliches Erfordernis im geänderten MitbestG vom Gesetzgeber verankert werden sollte. M.E. wäre ein solcher Vorbehalt aber kontraproduktiv. Er würde die Internationalisierung der Arbeitnehmerbank erheblich behindern und den Eindruck erwecken, die deutschen Arbeitnehmervertreter müßten einen Teil ihres Kuchens ans Ausland abgeben. Mitbestimmung ist aber nicht Verteilung von Pfründen, sondern die in der Unternehmensverfassung verwirklichte Teilhabe der Arbeitnehmerschaft im Unternehmen. Der Gedanke eines Vetorechts der bereits im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmerschaft gegen die Neuaufnahme ausländischer Arbeitnehmervertreter ist mit dem Grundgedanken der Mitbestimmung nicht vereinbar.



## Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

### 1. Sonderstellung der deutschen Unternehmensmitbestimmung

Die deutsche Unternehmensmitbestimmung nimmt im europäischen und internationalen Vergleich eine Sonderstellung ein. In Großbritannien und in den USA ist die Beteiligung der Arbeitnehmer im *Board* einer Kapitalgesellschaft auf der Grundlage einer freiwilligen Vereinbarung (*collective agreement*) möglich, in der Praxis aber äußerst selten anzutreffen. Eine solche freiwillige Vereinbarung ist zudem nicht rechtlich verbindlich in dem Sinne, daß sie von einer Vertragspartei einklagbar wäre, sondern hat den Charakter eines Gentlemen's agreement.

### 2. Kollisionsrechtliche und sachrechtliche Restriktionen

- a. Die Anwendung der Sitztheorie ist in Zuzugsfällen von Gesellschaften europäischer Nationalität nach Deutschland europarechtswidrig. Deutschland ist als Zuzugsstaat verpflichtet, die Rechts- und Parteifähigkeit einer EU-Auslandsgesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates umfassend zu respektieren. Auch für den Zuzug von US-amerikanischen Gesellschaften nach Deutschland ist das Gründungsrecht auf Grund des deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrages verbindlich.
- b. Durch die europaweite Verbindlichkeit der Gründungstheorie in Zuzugsfällen wird die Sitztheorie in Wegzugsfällen kollisionsrechtlich neutralisiert. Selbst wenn das deutsche Kollisionsrecht in Wegzugsfällen weiterhin die Sitztheorie zugrunde legt, ist ein Rückverweis des neuen Sitzstaates auf deutsches Gründungsrecht zwingend. Der Rückverweis wird vom deutschen Kollisionsrecht gem. Art. 4 Abs. 1 EGBGB angenommen. Das Problem der Wegzugsbeschränkung ist daher ausschließlich auf sachrechtlicher Ebene angesiedelt.
- c. Nationale Restriktionen hinsichtlich der Verlegung des Verwaltungssitzes verstoßen gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV. Deutsche Gesellschaften können ungehindert ihren Verwaltungssitz ins europäische Ausland verlegen.

### 3. Vermeidungsstrategien

- a. Das deutsche Recht der Unternehmensmitbestimmung ist strukturell nicht darauf ausgerichtet, in jedem inländischen Unternehmen die Mitbestimmung zu erzwingen. Die verschiedenartigen Gesetze zur Sicherung der Mitbestimmung ändern nichts daran, daß der Unternehmensmitbestimmung ein in sich stimmiges und abschließendes Sicherungskonzept fehlt.

- b. Auslandsgesellschaften werden von der deutschen Unternehmensmitbestimmung nicht erfaßt. Diese Rechtslage kann bei der Gestaltung der Unternehmensstruktur ausgenutzt werden, um die Konzernspitze oder auch das gesamte Unternehmen aus der Mitbestimmungspflicht zu lösen.
- c. Ein deutsches Unternehmen kann die von der Mitbestimmungspflicht erfaßte Arbeitnehmerzahl schrittweise abbauen, indem es inländische Neuinvestitionen in ausländischen Rechtsformen tätigt. Eine qualitative, nicht quantitative Mitbestimmungsminderung bietet das Modell, die Konzernspitze in einer Holdinggesellschaft ausländischen Rechts anzusiedeln. Die Mitbestimmung endet dann bei der inländischen Tochtergesellschaft, die der ausländischen Konzernmutter am nächsten steht.
- d. Die Mitbestimmungsflucht durch Rechtsformwechsel ist unter Wahrung der rechtlichen Identität der Gesellschaft nach geltendem Recht nicht möglich. Der transnationale Rechtsformwechsel wird vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit nicht erfaßt.
- e. Ferner ist eine Umgehung der Unternehmensmitbestimmung mittels einer ausländischen juristischen Person & Co. KG erreichbar. Der Verwaltungssitz beider Gesellschaften kann einheitlich im Inland liegen.

#### **4. Sicherung der Unternehmensmitbestimmung de lege lata**

- a. Kollisionsrechtlich ist eine Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen auf ausländische Gesellschaften begründbar. Zwar scheidet der ordre public als Rechtsgrundlage aus, die Mitbestimmungsgesetze können aber als Eingriffsnormen qualifiziert werden, welche über eine Sonderanknüpfung auf ausländische Gesellschaften mit Inlandssitz Anwendung finden.
- b. Die Ersteckung der deutschen Mitbestimmungsnormen auf mitgliedstaatliche Gesellschaften stellt zwar einen Eingriff in deren Niederlassungsfreiheit dar. Dieser Eingriff kann aber durch das mit der Unternehmensmitbestimmung verfolgte Ziel der Arbeitnehmerpartizipation grundsätzlich europarechtlich gerechtfertigt werden. Eine Überlagerung der Mitbestimmungsnormen ist zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet und erforderlich. An der Erforderlichkeit mangelt es dann, wenn auch das Recht des Gründungsstaates eine zwingende Mitbestimmung auf Unternehmensebene vorsieht und die deutschen Arbeitnehmer vom Anwendungsbereich dieser Regelung erfaßt werden.
- c. Die Überlagerung muß sich allerdings auf diejenigen Mitbestimmungsnormen beschränken, welche die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat regeln und die Arbeitnehmervertreter individualarbeitsrechtlich schützen. Alle übrigen Rechtsbeziehungen – die Gesellschaftsstruktur sowie die Rechte und Pflichten der Gesellschaftsorgane – bestimmen sich ausschließlich nach dem ausländischen Gesellschaftsrecht. Monistisch aufgebaute

Gesellschaften können daher nicht gezwungen werden, eine dualistische Leitungsstruktur anzunehmen.

- d. Sachrechtlich ist eine analoge Anwendung der deutschen Mitbestimmungsnormen *de lege lata* nur auf dualistisch aufgebaute Gesellschaften möglich. Die Arbeitnehmerbeteiligung im Verwaltungsrat einer monistisch strukturierten Gesellschaft ist gegenüber der Beteiligung im Aufsichtsrat ein aliud.
- e. *De lege lata* scheidet das Überlagerungskonzept an der sachlichen Unzuständigkeit der deutschen Gerichte. § 98 Abs. 1 AktG kann nicht dahingehend ausgelegt werden, daß der tatsächliche Verwaltungssitz Zuständigkeitsbegründend wirkt.

## **5. Überlagerung der Unternehmensmitbestimmung de lege ferenda**

- a. *De lege ferenda* ist eine Überlagerung der deutschen Mitbestimmungsnormen auf monistisch strukturierte Gesellschaften möglich. Auch hier muß sich die Normenerstreckung allerdings auf diejenigen Normen beschränken, welche die Präsenz der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bewirken und den Arbeitnehmervertretern individualarbeitsrechtlichen Schutz bieten. Die Behebung des innerdeutschen Zuständigkeitsmangels für das Statusverfahren ist möglich.
- b. Ein nicht vom Bundesgesetzgeber behebbares Hindernis der Mitbestimmungsüberlagerung liegt im Bereich der internationalen Zuständigkeit nach der EuGVVO. Für Klagen, welche die Gültigkeit von Organbeschlüssen einer ausländischen Gesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland zum Gegenstand haben, ist die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit nicht eröffnet. Das Statusverfahren betreffend besteht eine Zuständigkeitskonkurrenz zwischen Deutschland als Verwaltungssitzstaat, dem Gründungsstaat und, sofern sich die Hauptniederlassung nicht in einem dieser beiden Staaten befindet, einem dritten Staat.
- c. Zwar ist eine Statusentscheidung eines deutschen Landgerichts auch im innereuropäischen Ausland in ihrer inter omnes Wirkung anzuerkennen, wenn etwa Klagen von Gesellschaftern gegen Organbeschlüsse wegen fehlerhafter Besetzung des mitbestimmten Gesellschaftsorgans angestrengt werden. Die Anerkennung kann aber dann versagt werden, wenn der Statusentscheidung bereits inhaltlich entgegenstehende Gerichtsentscheidungen des Anerkennungsstaates vorausgegangen sind. Zudem muß sich ein deutsches Gericht für unzuständig erklären, falls bei ihm ein Statusverfahren anhängig gemacht wird, obwohl bereits im EU-Ausland ein Verfahren wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig ist.
- d. Dies hat zur Folge, daß sich eine ausländische Gesellschaft mit Inlandssitz dem Statusverfahren vor der deutschen Gerichtsbarkeit entziehen kann, indem sie vor einem Gericht ihres Gründungsstaates rechtzeitig Klage auf Feststellung der Nichtgeltung der deutschen Mitbestimmung erhebt. Den

Wettlauf der Parteien um das gewünschte Forum wird hierbei regelmäßig die Unternehmensseite gewinnen, der in Gestalt der Handlungs- und Entscheidungsmacht über das die Mitbestimmungspflichtigkeit auslösende Moment ein nicht aufzuwiegender Vorteil zukommt.

- e. Ein Mitbestimmungssicherungsgesetz des Bundesgesetzgebers ist daher nur dann sinnvoll, wenn parallel auf europäischer Ebene der Katalog des Art. 22 EuGVVO um eine ausschließliche Zuständigkeit für das Statusverfahren ergänzt wird.

## **6. Einbeziehung der Auslandsarbeitnehmer de lege lata**

- a. Die Auslandsarbeitnehmer einer mitbestimmungspflichtigen deutschen Gesellschaft werden nach geltendem Recht weder bei der Ermittlung der Schwellenwerte mitgezählt, noch steht ihnen ein passives oder aktives Wahlrecht zu.
- b. Diese Beschränkung der Unternehmensmitbestimmung auf Inlandsarbeitnehmer ist zwar europarechtskonform, stellt die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Unternehmensmitbestimmung in ihrer gegenwärtigen Ausformung aber insgesamt in Frage, da sie zu einer institutionalisierten Sonderstellung führt, ohne daß die bezweckte Partizipation der begünstigten Gruppe ausschließlich auf die Wahrung ihrer Gruppeninteressen begrenzt bleibt.

## **7. Internationalisierung der Arbeitnehmervertretung de lege ferenda**

- a. Die Unternehmensmitbestimmung ist als Teil der Privatrechtsordnung nicht dem Territorialitätsprinzip des öffentlichen Rechts unterworfen.
- b. Die Unternehmensmitbestimmung unterliegt nicht einer einheitlichen kollisionsrechtlichen Anknüpfung. Vielmehr knüpfen die unternehmensverfassungsrechtlichen Normen der Unternehmensmitbestimmung an das Gesellschaftsstatut, die individualarbeitsrechtlichen Normen der Unternehmensmitbestimmung an das Arbeitsvertragsstatut und die betrieblichen Normen der Unternehmensmitbestimmung an die Belegenheit des Betriebs an. Die Inlandsbeschränkung der Unternehmensmitbestimmung folgt daher nicht aus dem Territorialitätsprinzip, sondern ist das Ergebnis einer zwingenden kumulativen Anknüpfung.
- c. Deutsche Mitbestimmungsnormen können hinsichtlich abstrakter Rechtspositionen – insbesondere betreffend das passive und aktive Wahlrecht – auch auf Auslandssachverhalte Anwendung finden. Die Konkretisierung dieser Rechte in Gestalt des Wahlverfahrens und in Gestalt des die Rechtsausübung notwendigerweise begleitenden individualarbeitsrechtlichen Schutzes der Arbeitnehmer entzieht sich für das Ausland der Regelungsmacht des Bundesgesetzgebers.
- d. Die mangelnde kollisionsrechtliche Zuständigkeit kann nicht umgangen werden, indem die Vorgaben der Mitbestimmungsgesetze im Grundsatz auch

auf Auslandsfälle zwingend Anwendung finden, die Geltung der Normen jedoch unter den Vorbehalt der Anerkennung des betroffenen ausländischen Staates gestellt wird. Der betroffene ausländische Staat verstößt gegen das Gleichbehandlungsgebot des EGV, wenn er die Erstreckung der deutschen Mitbestimmungsnormen auf in seinem Hoheitsgebiet angesiedelte Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften deutscher Konzerne beschränkt.

- e. Eine Öffnung der Unternehmensmitbestimmung für Auslandsarbeitnehmer ist als Optionsmodell möglich und wünschenswert. Rechtstechnisch ist dieser Lösungsweg auf zwei sich ergänzende Regelungen angewiesen. Von deutscher Seite muß den Mitbestimmungsgesetzen eine Öffnungsklausel beigefügt werden, die eine Berücksichtigung von Auslandsmitarbeitern unter bestimmten Voraussetzungen bei der Aufsichtsratsbesetzung zuläßt. Ferner bedarf es einer auf rechtsgeschäftlichem Wege herbeigeführten Regelung, in welcher die Wahldurchführung im Ausland und die notwendigen individualarbeitsrechtlichen Schutzrechte festgelegt werden („Durchführungsregelung“).
- f. Die Öffnungsklausel des MitbestG sollte länderbezogen ausgestaltet sein, also eine Einbeziehung derjenigen Länder ermöglichen, denen nach ihrem prozentualen Gewicht an der Gesamtarbeitnehmerschaft wenigstens ein Sitz im Aufsichtsrat zusteht. Sie sollte ferner an die Durchführungsregelung bestimmte Mindestanforderungen stellen, deren Erfüllung im Streitfall von der deutschen Gerichtsbarkeit überprüft werden kann.
- g. Die Durchführungsregelung kann ein Vertrag oder, wenn dies nach dem ausländischen Recht des betroffenen Staates genügt, um Bindungswirkung zu erzeugen, auch eine einseitige Verpflichtungserklärung sein, die von der deutschen Konzernleitung sowie von sämtlichen konzernangehörigen Gesellschaften, die Arbeitnehmer in dem betroffenen Staat beschäftigen, abgegeben wird. Adressaten der Erklärung sind die betroffenen Arbeitnehmer.
- h. Im Zuge der Internationalisierung der Arbeitnehmervertretung sollte das Vorschlagsrecht der Gewerkschaften entweder ersatzlos gestrichen werden oder ein Anrechnungsmodell eingefügt werden, nach dem sich die Anzahl der Gewerkschaftssitze für den Fall der Internationalisierung um die Anzahl der Sitze der Auslandsvertreter reduziert.

## Abkürzungsverzeichnis

a.A. ....	anderer Auffassung	BetrVG .....	Betriebsverfassungsgesetz
a.a.O. ....	am angegebenen Ort	BFH.....	Bundesfinanzhof
Abs. ....	Absatz	BGB .....	Bürgerliches Gesetzbuch
AcP .....	Archiv für civilistische Praxis	BGBI .....	Bundesgesetzblatt
a.F. ....	alte Fassung	BGH .....	Bundesgerichtshof
AFG.....	Arbeitsförderungsgesetz	BGHSt .....	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
AG .....	Aktiengesellschaft	BGHZ .....	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
AGB .....	Allgemeine Geschäftsbedingungen	BJIR. ....	British Journal of Industrial Relations
AktG.....	Aktiengesetz	BRD .....	Bundesrepublik Deutschland
Allg. M. ....	Allgemeine Meinung	BSG .....	Bundessozialgericht
AP.....	Arbeitsrechtliche Praxis	BTDrucks .....	Drucksachen des Deutschen Bundestages
ArbGG .....	Arbeitsgerichtsgesetz	BVerfG.....	Bundesverfassungsgericht
Art. ....	Artikel	BVerfGE .....	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Artt. ....	Artikel (Pl.)	BVerwG .....	Bundesverwaltungsgericht
Aufl. ....	Auflage	bzw.....	beziehungsweise
AuR.....	Arbeit und Recht	ca. ....	circa
B. ....	Bekanntmachung	CEO .....	Chief Executive Officer
BABl .....	Bundesarbeitsblatt	DB .....	Der Betrieb
BAG .....	Bundesarbeitsgericht	ders. ....	derselbe
BAGE.....	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts	DGB .....	Deutscher Gewerkschaftsbund
BayObIGZ.....	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen	d.h.....	das heißt
BB.....	Der Betriebs-Berater	DIHK .....	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Bd.....	Band	Diss. ....	Dissertation
BDA.....	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände	DJT .....	Deutscher Juristentag
BdB .....	Bund deutscher Banken	DM.....	Deutsche Mark
BDI .....	Bundesverband der deutschen Industrie	DNotZ .....	Deutsche Notar-Zeitung
Beil. ....	Beilage	DrittelbG.....	Drittelbeteiligungsgesetz
BerDGesVR.....	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht		

Dt. ....	Deutsch	GdV .....	Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e.V.
EGBGB .....	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch	gem. ....	gemäß
EGV .....	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft	GG .....	Grundgesetz
Einl. ....	Einleitung	ggf. ....	gegebenenfalls
endg. ....	endgültig	GmbH. ....	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
ErfK .....	Erfurter Kommentar	GmbHG. ....	GmbH Gesetz
et al. ....	et alii	GmbHR. ....	GmbH Rundschau
etc. ....	et cetera	GK. ....	Großkommentar
EU .....	Europäische Union	GS. ....	Großer Senat
EuGH .....	Europäischer Gerichtshof	GVG. ....	Gerichtsverfassungsgesetz
EuGVÜ .....	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen	HGB. ....	Handelsgesetzbuch
EuGVVO .....	Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung	h.L. ....	herrschende Lehre
EuZR. ....	Europäisches Zivilverfahrensrecht	h.M. ....	herrschende Meinung
EuZW .....	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	Hrsg. ....	Herausgeber
e.V. ....	eingetragener Verein	ICJ .....	International Court of Justice
EVÜ .....	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht	IGH .....	Internationaler Gerichtshof
EwIR .....	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht	IPRax. ....	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
EWS. ....	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht	IPRG. ....	Internationales Privatrechtsgesetz (Schweiz)
EzA .....	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht	IP. ....	Internationales Privatrecht
f. ....	folgende Seite	IntGesR. ....	Internationales Gesellschaftsrecht
ff. ....	folgende Seiten	i.S.v. ....	im Sinne von
FG .....	Finanzgericht	i.V.m. ....	in Verbindung mit
FGG .....	Gesetz ü.d. Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit	JW .....	Juristische Wochenschrift
Fn. ....	Fußnote	JZ .....	Juristenzeitung
FS .....	Festschrift	K. ....	Kammer
GbR .....	Gesellschaft bürgerlichen Rechts	KG. ....	Kommanditgesellschaft
		KOM .....	Kommission
		Komm. ....	Kommentar
		krit. ....	kritisch
		KStG. ....	Körperschaftssteuergesetz
		LAG .....	Landesarbeitsgericht

LAGE .....	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte	RabelsZ. ....	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
LG .....	Landgericht	RdA.....	Recht der Arbeit
LS .....	Leitsatz	Rep. ....	Report
Ltd. ....	Limited	RG .....	Reichsgericht
m. ....	mit	RIW .....	Recht der internationalen Wirtschaft
MDR .....	Monatsschrift für Deutsches Recht	Rn. ....	Randnummer
m.E. ....	meines Erachtens	Rs. ....	Rechtssache
Mio.....	Million/en	Rspr. ....	Rechtsprechung
MitbestG .....	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer	S. ....	Seite; Satz
MitbestbeiG .....	Mitbestimmungsbeibehaltungsgesetz	SE.....	Societas Europaea
Mrd. ....	Milliarde/n	SEBG.....	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE
MüKo. ....	Münchener Kommentar	SEC.....	Securities and Exchange Commission
m.w.N.....	mit weiteren Nachweisen	SEEG.....	SE-Einführungsgesetz
Nachw. ....	Nachweis/en	SGB .....	Sozialgesetzbuch
n.F. ....	neue Fassung	StGB .....	Strafgesetzbuch
NJW .....	Neue Juristische Wochenschrift	TVG .....	Tarifvertragsgesetz
NJW-RR .....	NJW-Rechtsprechungs-Report	u.a.....	unter anderem
Nr. ....	Nummer	UmwG .....	Umwandlungsgesetz
n.v. ....	nicht vorhanden	Urt. ....	Urteil
NVwZ .....	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht	USA. ....	United States of America
NVwZ-RR .....	NVwZ-Rechtsprechungs-Report	v. ....	vom
NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	vgl. ....	vergleiche
NZA-RR.....	NZA-Rechtsprechungs-Report	VO .....	Verordnung
NZG .....	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht	Vorb. ....	Vorbemerkung
NZS.....	Neue Zeitschrift für Sozialrecht	vs .....	versus
OHG .....	Offene Handelsgesellschaft	VwGO.....	Verwaltungsgerichtsordnung
OLG.....	Oberlandesgericht	WM .....	Wertpapiermitteilungen
ÖR .....	Öffentliches Recht	ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
oT .....	ohne Tarifbindung	z.B. ....	zum Beispiel
		ZfA .....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
		ZGR .....	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

- ZHR ..... Zeitschrift für das  
gesamte Handelsrecht  
und Wirtschaftsrecht
- ZIP ..... Zeitschrift für  
Wirtschaftsrecht
- ZPO ..... Zivilprozeßordnung
- ZRP ..... Zeitschrift für Rechts-  
politik
- ZVgIRWiss. .... Zeitschrift für ver-  
gleichende Rechts-  
wissenschaft



## Literaturverzeichnis

- Altmeppen, Holger*: Schutz vor „europäischen“ Aktiengesellschaften, NJW 2004, 97
- Altmeyer, Werner*: Der britische Weg, Die Mitbestimmung 2003, Heft 1 u. 2, S. 64
- Atenstaedt, Bernd*: Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Board Britischer Kapitalgesellschaften, 1987
- Badura, Peter*: Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, 1985
- Badura, Peter/ Rittner, Fritz/ Rütters, Bernd*: Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz – Gemeinschaftsgutachten, 1977
- Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert*: BGB Band 3, 1. Auflage 2003 (zitiert: Bamberger/Roth/Verfasser)
- Baums, Theodor/ Ulmer, Peter*: Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, Heidelberg Beiheft der ZHR (72) 2004
- Bayer, Walter*: Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003, 2357
- Ders.*: Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, BB 2004, 1
- Bayer, Wilhelm*: Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 1977, 173
- BDA*: Stellungnahme zum DrittelbG, www.bda.de – letzter Abruf Februar 2005
- BDA/BDI*: Mitbestimmung modernisieren – Bericht der Kommission Mitbestimmung, 2004 (zitiert: Mitbestimmung modernisieren)
- BDA/BDI/DIHK/GDV/BdB/Dt. Aktieninstitut*: Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft, www.bda.de – letzter Abruf September 2005
- Behrens, Peter*: Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWGV), ZGR 1994, S. 1
- Ders.*: Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrecht auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art, IPRax 2004, 20
- Ders.*: Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlußanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, 193
- Ders.*: Die GmbH im internationalen und europäischen Recht, 2. Auflage 1997 (zitiert: Die GmbH)
- Beitzke, Günther*: Normenkollisionen im Arbeitsrecht, DB, Sonderdruck Heft 8, v. 26.2.1958, S. 224

- Ders.*: Einige Bemerkungen zur Rechtsstellung ausländischer Gesellschaften in deutschen Staatsverträgen, FS für Martin Luther; Glossner, Ottoarndt; Reimers, Walter (Hrsg.), 1976, S. 1
- Bellstedt, Christoph*: Der territoriale Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, BB 1977, 1326
- Berié, Hermann/ Hofmann, Claus*: Arbeitsbedingungen in der EG, BABl. 2/1992, 5
- Berliner Netzwerk Corporate Governance*: 12 Thesen zur Modernisierung der Mitbestimmung, AG 2004, 200
- Bernstein, Herbert/ Koch, Harald*: Internationaler Konzern und deutsche Mitbestimmung, ZHR 143 (1979), 522
- Binge, Christoph/ Thölke, Ulrich*: „Everything goes!“? – Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach „Inspire Art“, DNotZ 2004, 21
- Binz, Mark/ Mayer, Gerd*: Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co KG im Aufwind? Konsequenzen aus dem Überseering Urteil des EuGH, GmbHR 2003, 249
- Birk, Rolf*: Mitbestimmung und Kollisionsrecht, AWD/RIW 1975, 589
- Ders.*: Auslandsbeziehungen und Betriebsverfassungsgesetz, in: Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 61
- Ders.*: Multinationale Korporationen im Internationalen Arbeitsrecht, Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 18 (1978), 260
- Ders.*: Das Internationale Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland, RabelsZ 46 (1982), 384
- Blanquet, Françoise*: Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea „SE“) – Ein Gemeinschaftsinstrument für die grenzübergreifende Zusammenarbeit im Dienste der Unternehmen, ZGR 2002, 20
- Bleckmann, Albert*: Die völkerrechtlichen Grundlagen des internationalen Kollisionsrechts, 1991
- Boldt, Gerhard*: Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, 1. Auflage, 1952
- Bork, Reinhard*: Doppelsitz und Zuständigkeit im aktienrechtlichen Anfechtungsprozeß, ZIP 1995, 609
- Bungert, Hartwig*: Entwicklungen im internationalen Gesellschaftsrecht Deutschlands, AG 1995, 489
- Ders.*: Sitzanknüpfung für Rechtsfähigkeit von Gesellschaften gilt auch nicht mehr im Verhältnis zu den USA, DB 2003, 1043
- Ders.*: Zur Rechtsfähigkeit US-amerikanischer Kapitalgesellschaften ohne geschäftlichen Schwerpunkt in den USA – zugleich Anmerkung zu OLG Düsseldorf Urt. v. 15.12.94 WM 1995, 808, WM 1995, 2125
- Committee on Corporate Governance*: Final Report (Hampel Report), 1998

- Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance: Report* (Cadbury Report), 1992
- Dammann, Jens*: Amerikanische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland, *RabelsZ* 2004, 607
- Däubler, Wolfgang*: Mitbestimmung und Betriebsverfassung im Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 39 (1975) 444
- Ders.*: Grundrecht auf Mitbestimmung, 1973
- Däubler, Wolfgang/ Kittner, Michael/ Klebe, Thomas*: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 8. Auflage, 2002 (zitiert: *Däubler/Kittner/Verfasser*)
- Davies, Paul*: Struktur der Unternehmensführung in Großbritannien und Deutschland: Konvergenz oder fortbestehende Divergenz?, *ZGR* 2 (2001), 268
- Di Marco, Guiseppa*: Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie, *ZIP* 1999, 3
- Dietrich, Thomas/ Hanau, Peter/ Schaub, Günter*: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2005 (zitiert: *ErfKomArb/Verfasser*)
- Dorr, Robert/ Stukenborg, Gabriela*: „Going to the chapel“: Grenzüberschreitende Ehen im Gesellschaftsrecht – Die ersten transnationalen Verschmelzungen nach dem UmwG (1994), *DB* 2003, 647
- Dösch, Ewald*: Inländische Umwandlungsvorgänge mit Auslandsberührung, *BB* 1998, 1029
- Dreher, Meinrad*: Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?, *JZ* 1999, 105
- Drobnig, Ulrich*: Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen – eine Interessenanalyse, in: *Festschrift für Karl H. Neumayer*, 1985, S. 159
- Duden, Konrad*: Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen, *ZHR* 141 (1977), 145
- Dunn, Stephen/ Wright, Martyn*: Maintaining the Status Quo? An Analysis of the Contents of British Collective Agreements, 1979 – 1990, *British Journal of Industrial Relations* 32 (1994), 32
- Ebenroth, Carsten/ Wilken, Oliver*: Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht Teil 1, *JZ* 1991, 1014
- Ebenroth, Carsten/ Auer, Thomas*: Anmerkung, *JZ* 1993, 374
- Dies.*: Grenzüberschreitende Verlagerung von unternehmerischen Leitungsfunktionen im Zivil- und Steuerrecht, *RIW-Beil.* 1/1992, S. 7
- Dies.*: Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG – ein Beitrag zur Zulässigkeit grenzüberschreitender Typenvermischung, *DNotZ* 1990, 139
- Ebenroth, Carsten/ Einsele, Dorothee*: Gründungstheorie und Sitztheorie in der Praxis – zwei vergleichbare Theorien?, *ZvglRWiss* 87 (1988) 217

- Ebenroth, Carsten/ Eyles, Uwe*: Die Beteiligung ausländischer Gesellschaften an einer inländischen Kommanditgesellschaft, DB-Beilage Nr. 2/1988
- Dies.*: Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit; Teil I und Teil II, DB 1989, 363 und 413
- Ebenroth, Carsten/ Neiß, Ellen*: Voraussetzungen der steuerlichen Abschirmwirkung für Finanzierungsgesellschaften in den Niederlanden, BB 1990, 145
- Ebenroth, Carsten/ Sura, Achim*: Das Problem der Anerkennung im internationalen Gesellschaftsrecht, RabelZ 43, (1979), 315
- Dies.*: Transnationale Unternehmen und die deutsche Mitbestimmung, ZHR 144 (1980), 610
- Ebenroth/ Willburger*: Kurzkommentar zu OLG v. 15.12.1994, EWIR 1995, 583
- Ebke, Werner*: Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros Urteil des EuGH, JZ 1999, 656
- Ders.*: Unternehmensrecht und Binnenmarkt – E pluribus unum?, RabelZ 62 (1998) 196
- Ders.*: Überseering: Die wahre Liberalität ist Anerkennung, JZ 2003, 927
- Ders.*: Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG“ und das europäische Gemeinschaftsrecht, ZGR 1987, 245
- Eichendorfer, Eberhard*: Binnenmarkt und sozial Dumping, in: Scheuing, Schwarz, Wollenschläger (Hrsg.): Europäisches Unternehmensrecht Baden-Baden 2001, S. 43
- Eidenmüller, Horst* (Hrsg.): Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Auflage, 2004 (zitiert: Eidenmüller/*Verfasser*)
- Ders.*: Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, 24
- Ders.*: Wettbewerb der Gesellschaftsrecht in Europa; zugleich Besprechung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs v. 5.11.2002 in der Rechtssache C-208/00 (Überseering BV gegen Nordic Construction Company Baumanagement GmbH), ZIP 2002, 2233
- Emde, Raimond*: Kurzkommentar zu BGH Urteil v. 1.7.2002, EWIR 2002, 917
- Eser, Gisbert*: Das Arbeitsverhältnis im Multinationalen Unternehmen, 2. Auflage 2003 (zitiert: Das Arbeitsverhältnis)
- Everling, Ulrich*: Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot- Tragweite und Grenzen, In Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Wolfgang Schön (Hrsg.), 1997, S. 607
- Fetsch, Johannes*: Eingriffsnormen und EG-Vertrag, 2002

- Fischer, Ulrich*: Der internationale Betrieb – Prüf- oder Stolperstein für das Territorialitätsprinzip, RdA 2002, 160
- Fitting, Karl/ Engels, Gerd/ Schmidt, Ingrid/ Trebinger, Yvonne/ Linsenmaier, Wolfgang*: Betriebsverfassungsgesetz, 22. Auflage, 2004 (zitiert: Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier)
- Fitting, Karl/ Wlotzke, Otfried/ Wißmann, Hellmut*: Mitbestimmungsgesetz mit Wahlordnungen, 2. Auflage, 1978
- Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992
- Forsthoff, Ulrich*: Rechts- und Parteifähigkeit ausländischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland? Die Sitztheorie vor dem EuGH, DB 2000, 1109
- Ders.*: EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht – Traditionelle deutsche Sitztheorie verstößt gegen Niederlassungsfreiheit, DB 2002, 2471
- Franzen, Martin*: Niederlassungsfreiheit, internationales Gesellschaftsrecht und Unternehmensmitbestimmung, RdA 2004, 257
- Freitag, Robert*: Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, EuZW 1999, 267
- Frowein, Georg Abraham*: Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, 2001
- Geimer, Reinhold*: Internationales Zivilprozeßrecht, 4. Auflage, 2001 (zitiert: IntZPR)
- Geimer, Reinhold/ Schütze, Rolf*: Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar, 2. Auflage, 2004 (zitiert: EuZR)
- Gentz, Manfred*: Das Arbeitsrecht im internationalen Konzern, NZA 2000, 3
- Geßler, Ernst*: Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und Satzungsbestimmungen, ZGR 1980, 427
- Geyrhalter, Volker/ Gänßler, Peggy*: Perspektiven nach Überseering – wie geht's weiter?, NZG 2003, 409
- Girndt, Cornelia*: Planspiele zur Abschaffung der Unternehmensmitbestimmung, Mitbestimmung 2004, 50
- Göhner, Reinhard*: Reduktion der Mitbestimmung? Pro, ZRP 2004, 279
- Goldman, Alvin*: United States, in: Blanpain, Roger (Hrsg.): International Encyclopaedia of Labour Law and Industrial Relations, 1996
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard*: Das Recht der Europäischen Union – Kommentar, Stand 24. Ergänzungslieferung, 2004
- Grasmann, Günther*: Internationale Probleme der Mitbestimmung, ZGR 1973, 317
- Ders.*: System des internationalen Gesellschaftsrechts, 1970 (zitiert: IntGesR)

- Grobys, Marcel*: Das geplante Umsetzungsgesetz zur Beteiligung von Arbeitnehmern in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2004, 779
- Großfeld, Bernhard*: Zur Entwicklung der Anerkennungstheorien im internationalen Gesellschaftsrecht, FS für Westermann, 1974, 199
- Ders.*: Zum Internationalen Privatrecht des Gleichordnungskonzerns, IPRax 1983, 60
- Ders.*: Vom deutschen zum europäischen Gesellschaftsrecht, AG 1987, 261
- Großfeld, Bernhard/ Erlinghagen, Susanne*: Internationales Unternehmensrecht und die deutsche Unternehmensmitbestimmung, JZ 1993, 217
- Großfeld, Bernhard/ Jamauchi, Koresula*: Internationales Gesellschaftsrecht in Japan, AG 1985, 229
- Grothe, Helmut*: Die ausländische Kapitalgesellschaft und Co KG, 1989
- Group of German Experts on Corporate Law*: Stellungnahme der Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht, ZIP 2003, 863
- Gruber, Johannes/ Weller, Marc-Philippe*: Societas Europaea: Mitbestimmung ohne Aufsichtsrat, NZG 2003, 297
- Haas, Ulrich*: Die Betätigungsfreiheit ausländischer Kapitalgesellschaften im Inland, DB 1997, 1501
- Hachenburg, Max* (Hrsg.): GmbH Großkommentar, Band I: Allgemeine Einleitung, §§1-34, 8. Auflage, 1992 (zitiert: Hachenburg/Verfasser)
- Halbhuber, Harald*: Limited Company oder GmbH? Europäischer Rahmen und deutscher Widerstand, 2001
- von Halen, Curt Christian*: Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering Urteil des EuGH, WM 2003, 571
- Hammen, Horst*: Zweigniederlassungsfreiheit europäischer Gesellschaften und Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene, WM 1999, 2487
- Hanau, Peter/ Ulmer, Peter*: Mitbestimmungsgesetz, 1. Auflage, 1981
- Hans Böckler Stiftung*: Zur aktuellen Kritik der Mitbestimmung im Aufsichtsrat, Februar 2004, [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) letzter Abruf Februar 2005 (zitiert: Zur aktuellen Kritik)
- Hassel, Anke/ Kluge, Norbert*: Die quantitative Entwicklung der Mitbestimmung in Deutschland, Gewerkschaftliche Monatshefte 1999, 167
- Hawranek, Dietmar/ Hornig, Frank/ Jung, Alexander*: Bye-bye „made in Germany“, Der Spiegel 2004, Nr. 44, S. 94
- Heini, Anton*: Zum neuesten Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts über das Personalstatut ausländischer juristischer Personen, IPRax 1992, 405
- Heinrich, Michael*: Die ausländische juristische Person & CO. KG, 1996

- Heinze, Meinhard*: Arbeitsrechtliche Fragen bei der Übertragung und Umwandlung von Unternehmen, ZfA 1997, 1
- Ders.*: Die europäische Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 66
- Hennsler, Martin*: Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen, ZfA 2000, 241
- Ders.*: Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea, FS Peter Ulmer 2003, S. 193
- Ders.*: Arbeitnehmermitbestimmung im deutschen Gesellschaftsrecht, in: Baums, Theodor/ Ulmer, Peter: Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU – Mitgliedstaaten, Beiheft der ZHR (Heft 72), 2004, S. 133 (zitiert: Arbeitnehmermitbestimmung)
- Hennsler, Martin/ Braun, Axel* (Hrsg.): Arbeitsrecht in Europa, 1. Auflage, 2003
- Heser, Claudia*: WorksCouncils in Großbritannien, 2003
- Hexel, Dietmar*: Reduktion der Mitbestimmung? Contra, ZRP 2004, 279
- Hobbs, Richard*: Great Britain, in: Blainpain, Roger (Hrsg.): The Actors of Collective Bargaining – A World Report, 2004; S. 147
- Hoffmann, Dietrich/ Lehmann, Jürgen/ Weinmann, Heinz*: Mitbestimmungsgesetz, 1978
- Höfling, Barbara*: Die Centros-Entscheidung des EuGH – auf dem Weg zu einer Überlagerungstheorie für Europa, DB 1999, 1206
- Dies.*: Das englische internationale Gesellschaftsrecht, 2002
- Hommelhoff, Peter/ Hopt, Klaus/ von Werder, Axel*: Handbuch Corporate Governance, 1. Auflage, 2003
- Höpner, Martin*: Unternehmensmitbestimmung und Mitbestimmungskritik, [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) letzter Abruf September 2005
- Hopt, Klaus*: Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat, In FS für Everling Baden-Baden 1995, S. 475
- Ders.*: Harmonisierung im europäischen Gemeinschaftsrecht, ZGR 1992, 265
- Hopt, Klaus/ Wiedemann, Herbert* (Hrsg.): Großkommentar zum Aktiengesetz, Mitbestimmungsgesetz, 4. Auflage 1999, kommentiert von Oetker, Hartmut (zitiert: GKAktG/Verfasser)
- Horn, Norbert*: Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, NJW 2004, 893
- Hromadka, Wolfgang/ Maschmann, Frank*: Arbeitsrecht Band 2, 3. Auflage, 2004
- Huber, Rudolf Ernst*: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band III, 3. Auflage, 1988

- Hüffer, Uwe*: Aktiengesetz, 6. Auflage, 2004
- Hug, Sabine*: Substitution im Internationalen Privatrecht, 1983
- Ihring, Hans-Christoph/ Schlitt, Michael*: Vereinbarungen über eine freiwillige Einführung oder Erweiterung der Mitbestimmung, NZG 1999, 333
- Ihring, Hans-Christoph/ Wagner, Jens*: Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) auf der Zielgeraden, BB 2004, 1749
- Junker, Abbo*: Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren?, IPRax 2000, 65
- Ders.*: Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, ZfA 2005, 1
- Kahn-Freund, Otto*: Labour Law, in: Ginsberg, Law and Opinion in England in the 20th Century, 1959
- Kallmeyer, Harald*: Die Tragweite des Überseering-Urteils des EuGH v. 5.11.2002 zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung, DB 2002, 2521
- Ders.*: Umwandlungsgesetz, 2. Auflage, 2001 (zitiert: Kallmeyer/Verfasser)
- Kalss, Susanne*: Arbeitnehmermitbestimmung in Österreich, in: Baums, Theodor/ Ulmer, Peter: Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, Beiheft der ZHR (Heft 72), 2004, S. 95
- Kegel, Gerhard*: Es ist was faul im Staate Dänemark..., EWS 1999, Heft 8 Editorial, Die Seite 1
- Kegel, Gerhard/ Schurig, Klaus*: Internationales Privatrecht , 8. Auflage, 2000
- Keidel, Theodor/ Kunze, Joachim/ Winkler, Karl*: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 15. Auflage, 2003 (zitiert: Keidel/Kunze/Verfasser)
- Kern, Konrad*: Überseering – Rechtsangleichung und gegenseitige Anerkennung, 2003
- Kieninger, Eva-Maria*: Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit – Besprechung der Entscheidung EuGH EuZW 1999, 216 – Centros Ltd./ Erhvervs – og Selskabsstyrelsen, ZGR 1999, 724
- Kindler, Peter*: Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?, NJW 1999, 1993
- Ders.*: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im italienischen IPR-Gesetz von 1995, RabelsZ 61 (1997), 227
- Ders.*: Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft?, NJW 2003, 1073
- Ders.*: „Inspire Art“ – Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2003, 1086
- Kirchner, Christian*: Grundstruktur eines neuen institutionellen Designs für die Arbeitnehmermitbestimmung auf der Unternehmensebene, AG 2004, 197

- Kisker, Arnd*: Die Struktur der deutschen GmbH im Vergleich zur Struktur der englischen Private Limited Company, Münster 1992
- Kleinert, Jens/ Probst, Peter*: Erneute klare Absage an Wegzugsbeschränkungen durch EuGH und Kommission, NJW 2004, 2425
- Klinkhammer, Heiner/ Welslau, Dieter*: Mitbestimmung in Deutschland und Europa; eine Einführung für Praktiker, 1995
- Knobbe-Keuk, Brigitte*: Niederlassungsfreiheit: Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot, DB 1990, 2573
- Dies.*: Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154 (1990), 325
- Koberski, Wolfgang*: Fusionsrichtlinie und Arbeitnehmerbeteiligung, in: Kothe, Wolfgang u.a., Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift Hellmut Wissmann, 2005, 474
- Kohl, Heribert/ Platzer, Hans-Wolfgang*: Arbeitsbeziehungen in Mittelosteuropa, 2. Auflage, 2004
- Köhler, Helmut*: BGB Allgemeiner Teil, 27. Auflage, 2003
- Kolvenbach, Walter*: Statut für die Europäische Aktiengesellschaft, DB 1988, 1837
- Kolvenbach, Walter/ Hanau, Peter*: Handbook on European Co-Management, 1987
- Kommission Mitbestimmung*: Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven, 1998
- Koppensteiner, Hans-Georg*: Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, 1971 (zitiert: Internationale Unternehmen)
- Kothe, Wolfhard*: Verbraucherschutz im Lichte des europäischen Wirtschaftsrecht, EuZW 1990, 153
- Kronke, Herbert*: Deutsches Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Strukturänderungen, ZGR 1994, 26
- Ders.*: Mehrstufiger, grenzüberschreitender Konzern und mitbestimmter Aufsichtsrat, IPRax 1995, 377
- Kropff, Bruno/ Semler, Johannes* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, 2000 (zitiert: MüKoAktG/Verfasser)
- Kropholler, Jan*: Internationales Privatrecht, 5. Auflage, 2004
- Ders.*: Europäisches Zivilprozeßrecht – Kommentar zu EuGVO und Luganer Übereinkommen, 7. Auflage, 2002 (zitiert: EuZP)
- Kruse, Viola*: Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG – Vereinbarkeit der einschlägigen Regelungen des deutschen Sach- und Kollisionsrechts mit dem EG-Vertrag, 1997
- Leible, Stefan/ Hoffmann, Jochen*: Wie inspiriert ist „Inspire Art“?, EuZW 2003, 677

- Dies.*: Die Grundbuchfähigkeit der Scheinauslandsgesellschaft: (teilweise) Aufgabe der Sitztheorie?, NGZ 2003, 259
- Dies.*: Überseering und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925
- Lenz, Carl Otto/ Borchard, Klaus-Dieter* (Hrsg.): EU- und EG-Vertrag, 3. Auflage, 2003 (zitiert: Lenz/Borchard/Verfasser)
- Lorenz, Egon*: Das objektive Arbeitsstatut nach dem Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, RdA 1989, 220
- Löwisch, Manfred/ Kaiser, Dagmar*: Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage, 2002
- Lüke, Gerhard/ Wax, Peter*: Münchner Kommentar zur ZPO, 2. Auflage, 2000 (zitiert: MüKoZPO/Verfasser)
- Lutter, Marcus*: Überseering und die Folgen, BB 2003, 7
- Ders.*: Mitbestimmungsprobleme im internationalen Konzern, FS Konrad Zweigert (Tübingen 1981), 251
- Ders.*: Zum Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 1977, 195
- Ders.*: Defizite für eine effiziente Aufsichtsrats Tätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten zur Verbesserung, ZHR 159 (1995), 287
- Ders.*: Das europäische Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert, ZGR 2000, 1
- Ders.*: Umwandlungsgesetz Kommentar, 3. Auflage, 2004 (zitiert: Lutter/Verfasser)
- Ders.*: Europäisches Unternehmensrecht, 4. Auflage, 1996 (zitiert: Europäisches Unternehmensrecht)
- Lutter, Marcus/ Krieger, Gerd*: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Auflage, 2002 (zitiert: Aufsichtsrat)
- Lux, Hans-Joachim*: Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage, 1977
- Ders.*: Die Einleitung der Arbeitnehmervertreter-Wahl nach dem Mitbestimmungsgesetz, BB 1977, 905
- Mankowski, Peter*: Kurzkomentar zu BGH v. 29.1.2003, EWIR 2003, 661
- Ders.*: Der gewöhnliche Arbeitsort in im Internationalen Privat- und Prozessrecht, IPRax 1999, 332
- Maul, Silja/ Schmidt, Claudia*: Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?, BB 2003, 2297
- Mävers, Gunther*: Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, 1. Auflage, 2002
- Mecke, Christian Walter*: Zur rechtlichen Verbindlichkeit kollektiver Vereinbarungen in England, 1. Auflage, 1997
- Meilicke, Heinz/ Meilicke, Wienand*: Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, 1. Auflage; 1976

- Dies.*: Nutzungsüberlassung an Gegenständen als offene oder verdeckte Einlage bei Kapitalgesellschaften in Handels-, Bilanz- und Steuerrecht, DB 1977, 927
- Meilicke Wienand*: Zum Vorschlag der Europäischen Kommission für die 14. Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts – Sitzverlegungs-Richtlinie, GmbHR 1998, 1053
- Ders.*: Unvereinbarkeit der Sitztheorie mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, RIW 1992, 578
- Ders.*: Sitztheorie versus Niederlassungsfreiheit – Die Besprechung des Vorlagebeschlusses des BGH vom 30.3.2000 – VII ZR 370/98, GmbHR 2000, 693
- Ders.*: Die Niederlassungsfreiheit nach „Überseering“ Rückblick und Ausblick nach Handelsrecht und Steuerrecht, GmbHR 2003, 793
- Ders.*: Auswirkungen der „Centros“-Entscheidung auf die 14. EU-Sitzverlegungs-Richtlinie, GmbHR 1999, 896
- Ders.*: Sitztheorie und EWG-Vertrag nach Handels- und Steuerrecht, RIW 1990, 449
- Merkt, Hanno*: Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des Wettbewerbs der Gesetzgeber, RabelsZ 59 (1995), 545
- Merkt, Hanno*: Die Pluralisierung des europäischen Gesellschaftsrechts, RIW 2004, 1
- Ders.*: Die Gründungstheorie gewinnt an Einfluß, RIW 2003, 458
- Müffelmann, Herbert*: Entfällt die Mitbestimmung für eine Kommanditgesellschaft bei Einschaltung einer ausländischen Kapitalgesellschaft?, BB 1977, 628
- Müller-Bonanni, Thomas*: Unternehmensmitbestimmung nach Überseering und Inspire Art, GmbHR 2003, 1235
- von Münch, Ingo/ Kunig, Philip* (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 5. Auflage, 2001 (zitiert: Von Münch/Kunig/Verfasser)
- Nagel, Bernhard*: Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland – der Regierungsentwurf zum SE-Einführungsgesetz, NZG 2004, 833
- Neubürger, Heinz-Joachim*: Modernisierungsbedarf der Mitbestimmung – Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen des Standortes Deutschland, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 123
- Neumayer, Karl H.*: Betrachtungen zum Internationalen Konzernrecht, ZVglRWiss. 1984, 129
- Niklas, Thomas*: Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE) – Umsetzung in Deutschland, NZA 2004, 1200
- Oetker, Hartmut*: Das Recht der Unternehmensmitbestimmung im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZGR 2000, 19
- Paefgen, Walter*: Umwandlung über die Grenze – ein leichtes Spiel, IPRax 2004, 132

- Ders.*: Auslandsgesellschaften und Durchsetzung deutscher Schutzinteressen nach „Überseering“, DB 2003, 487
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, 2004 (zitiert: Palandt/Verfasser)
- Panthen, Thomas*: Der „Sitz“-Begriff im Internationalen Gesellschaftsrecht, 1988
- Picot, Gerhard/ Land, Volker*: Der internationale Unternehmenskauf, DB 1998, 1601
- Prager, Matthias*: Grenzen der deutschen Mitbestimmung (inklusive Betriebsverfassung) im deutsch schweizerischen Unternehmensrecht, 1979
- Raiser, Thomas*: Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 1977, 1461
- Ders.*: Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz, 4. Auflage, 2002
- Raynaud, Valérie*: Employees' Co-Determination in Luxembourgian Companies , in: Baums, Theodor/ Ulmer, Peter (Hrsg.): Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU – Mitgliedstaaten, Beiheft der ZHR (Heft 72), 2004, S. 63
- Rebhahn, Robert*: Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – ein Sonderweg im Rechtsvergleich, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 41
- Rebmann, Kurt; Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch , 4. Auflage 2001 (außer Band 11, Peter Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, 1999) (zitiert: MüKoBGB/Verfasser)
- Reich, Norbert/ Lewerenz, Karl-Jochen*: Das neue Mitbestimmungsgesetz, AuR 1976, 261
- Reuter, Dieter*: Das Verhältnis der unternehmerischen Mitbestimmung zum Arbeitsrecht, RdA 1988, 280
- Reuter, Michael*: Zur internationalen Reichweite der Mitbestimmung in Unternehmen, 1. Auflage, 1988
- Richardi, Reinhard*: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 9. Auflage, 2004
- Ders.*: Mitbestimmung und Auslandsbeschäftigung, IPRax 1983, 217
- Richardi, Reinhard/ Wlotzke, Otfried*: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2000 (zitiert: MünchArbR/Verfasser)
- Rieble, Volker*: Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 9
- Riesenhuber, Karl*: Die Verschmelzungsrichtlinie: „Basisrechtsakt für ein Europäisches Recht der Strukturmaßnahmen“ – Zum Schutz durch Information im Europäischen Recht, NZG 2004, 15

- Rinne, Burkhard*: Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen im deutschen Kollisions- und Sachenrecht, 1998
- Rittner, Fritz*: Die paritätische Mitbestimmung und das Gesellschaftsrecht, JZ 1975, 457
- Roth, Gunter*: Gründungstheorie: Ist der Damm gebrochen? Eine Besprechung des Urteils des EuGH v. 9.3.1999, Centros, ZIP 1999, 861
- Roth, Wulf-Henning*: Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, IPRax 2003, 117
- Ders.*: ECLR Centros: Viel Lärm um Nichts? Besprechung der Entscheidung EuGH EuZW 1999, 216 Centros Ltd. / Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ZGR 2000, 311
- Ders.*: Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht, RabelZ 55 (1991) 623
- Ruge, Reinhard*: Goldene Aktien und EG-Recht, EuZW 2002, 421
- Säcker, Franz Jürgen*: Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, AG 2004, 180
- Ders.*: Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1. Auflage, 1978
- Sandrock, Otto*: BB Forum: Nach Inspire Art – Was bleibt vom deutschen Sitzrecht übrig?, BB 2003, 2588
- Ders.*: Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie, ZvgIRWiss 102 (2003), 447
- Ders.*: Deutschland als gelobtes Land des Kapitalgesellschaftsrechts, BB 2002, 1601
- Ders.*: Die multinationalen Korporationen im Internationalen Privatrecht, Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 18 (1978), 169
- Ders.*: Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften, RabelZ 42 (1978), 227
- Ders.*: Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie, BB 1999, 1337
- Ders.*: Gehört die Unternehmensmitbestimmung zum deutschen ordre public?, AG 2004, 57
- Ders.*: Sitzrecht contra Savigny? Zum angeblichen Chaos im internationalen Gesellschaftsrecht, BB 2004, 897
- Ders.*: Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen. Ein Beitrag zum internationalen Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Günther Beitzke, Sandrock, Otto (Hrsg.), 1979, 669
- Schanze, Erich/ Jüttner, Andreas*: Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH – Entscheidung „Inspire Art“, AG 2003, 661
- Dies.*: Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften – Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering Entscheidung des EuGH, AG 2003, 30

- Schaub, Günther*: Globalisierung des Arbeitsrechts, in: Festschrift Alfred Söllner, 2000, 997
- Schiessl, Maximilian*: Leitungs- und Kontrollstrukturen im internationalen Wettbewerb, ZHR 167 (2003), 235
- Schiffer, Jan*: Sonderanknüpfung ausländischen „öffentlichen“ Rechts durch Richterrecht in der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, IPRax 1991, 84
- Schlüppers-Oehmen, Reinhold*: Betriebsverfassung und Auslandstätigkeit, 1. Auflage, 1984
- Schmidt, Karsten* (Hrsg.): Münchner Kommentar zum HGB, 1996 (zitiert: MüKoHGB/Verfasser)
- Schmitz, Paul*: Mitbestimmung auf Unternehmensebene, in: von Alemann, Ulrich (Hrsg.), Partizipation-Demokratisierung-Mitbestimmung, 1975, S. 137
- Schmoldt, Hubertus*: Mitbestimmung und Reformbedarf aus gewerkschaftlicher Sicht, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 141
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig*: Arbeitsrecht, 2. Auflage 1954
- Scholz, Rupert*: Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1974
- Schubert, Mathias*: Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung, 1984
- Schulz, Martin*: (Schein-) Auslandsgesellschaften in Europa – Ein Schein-Problem?, NJW 2003, 2705
- Schumann, Manfred*: Die Unternehmensmitbestimmung – ein Standortnachteil für den Standort Bundesrepublik Deutschland?, in: Klebe, Thomas (Hrsg. u.a.): Recht und soziale Arbeitswelt, FS Däubler Wolfgang 1999, 399
- Schümann, Matthias*: Die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit dem europäischen Recht, EuZW 1994, 269
- Schwalbach, Joachim*: Effizienz des Aufsichtsrates, AG 2004, 186
- Schwark, Eberhard*: Globalisierung, Europarecht und Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 173
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg): EU Kommentar, 1. Auflage 2000 (zitiert: Schwarze/Verfasser)
- Seibt, Christoph*: Drittelbeteiligungsgesetz und Fortsetzung der Reform des Mitbestimmungsrechts – Analyse des zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, NZA 2004, 767
- Semler, Johannes/ Stengel, Arndt* (Hrsg.): Umwandlungsgesetz, 2003 (zitiert: Semler/Stengel/Verfasser)

- Siegle, Walter*: Zur Mitbestimmung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG, in: Lutter, Marcus et al., Festschrift für Martin Pelzer, 2001, 539
- Siehr, Kurt*: Internationales Privatrecht, 2001 (zitiert: IPR)
- Spindler, Gerald/ Berner, Olaf*: Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, RIW 2004, 7
- Dies.*: Inspire Art: Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RIW 2003, 949
- Staudinger*: Kommentar zum BGB/Internationales Gesellschaftsrecht, 14. Neubearbeitung 1998
- Ders.*: Kommentar zum BGB/ Art. 3 – 6 EGBGB, Neubearbeitung 2003
- Ders.*: Kommentar zum BGB/ Art. 27 – 37 EGBGB, 13. Bearbeitung 2002
- Ders.*: Kommentar zum BGB/ §§ 134 – 163, Neubearbeitung 2003
- Ders.*: Einzelfragen zur Reichweite des Mitbestimmungsgesetzes, ZHR 141 (1977), 457
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.): Kommentar zum EUV/EGV, 2003 (zitiert: Streinz/Verfasser)
- Teichmann, Christoph*: Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2004, 53
- Thomas, Heinz/ Putzo, Hans*: ZPO Kommentar, 25. Auflage, 2003 (zitiert: Thomas/Putzo/Verfasser)
- Thönnies, Otmar*: Identitätswahrende Sitzverlegung von Gesellschaften in Europa, DB 1993, 1021
- Thüsing, Gregor*: Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit; eine Skizze nach Centros, Überseering und Inspire Art, ZIP 2004, 381
- Ders.*: Europäische Perspektiven der deutschen Unternehmensmitbestimmung, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, ZAAR Schriftenreihe Band 1 (2004), 95
- Timmerman, Levinus/ Spanjaard, Salco-Jan*: Arbeitnehmermitbestimmung in den Niederlanden, in: Baums, Theodor/ Ulmer, Peter (Hrsg.): Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, Beiheft der ZHR (Heft 72), 2004, S. 75
- Timmermanns, Christian W. A.*: Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, RabelsZ 48 (1984), 1
- Ulmer, Michael*: Harmonisierungsschranken des Aktienrechts, 1998
- Ulmer, Peter*: Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, JZ 1999, 662

- Ders.*: Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen – noch zeitgemäß?, ZHR 166 (2002), 271
- Veit, Martin/ Wichert, Joachim*: Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach „Überseering“ und „Inspire Art“, AG 2004, 14
- Vetters, Heinz Oskar*: Rede zur Festveranstaltung „25 Jahre Montan-Mitbestimmung“, zitiert in: Die Mitbestimmung im Unternehmen in der innergewerkschaftlichen Diskussion; Gewerkschaftliche Monatshefte 1976, 426
- Vischer, Frank*: Die Umwandlung der Gesellschaftsrechts zu einem Unternehmensrecht und die Konsequenzen für das internationale Privatrecht, in: Festschrift für Mann, 1977, 639
- Vogel, Klaus*: Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1. Auflage, 1965
- Wagner, Klaus*: Überseering und die Folgen für das Steuerrecht, GmbHR 2003, 684
- Wagner, Rolf*: Zusammenführung verbraucher-schützender Kollisionsnormen aufgrund EG-Richtlinien in einem neuen Art. 29a EGBGB, IPRax 2000, 249
- Wedderburn, Kenneth William*: The Worker and the Law, 2. Auflage, 1971
- von Weizsäcker, Carl Christian*: Mitbestimmung und Shareholder Value, Gewerkschaftliche Monatshefte 1999, 177
- Wengler, Wilhelm*: Der deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmtem ausländischen Recht, JR 1983, 221
- von Werder, Axel*: Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 166
- Wiedemann, Herbert*: Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer, BB 1978, 5
- Ders.*: Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, ZGR 1977, 160
- Willemsen, Heinz/ Hohenstatt, Klaus-Stefan/ Schweibert, Ulrike/ Seibt, Christoph*: Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, Arbeitsrechtliches Handbuch, 2. Auflage, 2003 (zitiert: Willemsen/Hohenstatt/*Verfasser*)
- Windbichler, Christine*: Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen und gegenüber dem Unternehmen – eine Zwischenbilanz, AG 2004, 190
- Windbichler, Christine/ Bachmann, Gregor*: Corporate Governance und Mitbestimmung als „wirtschaftlicher ordre public“, in: Festschrift für Bezzenger, Hrsg. Westermann, Peter 2000
- Wißmann, Hellmut*: Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage 2000

- Ders.*: Der Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung als Dauerpatient,  
in: Klebe, Thomas (Hrsg. u.a.): Recht und soziale Arbeitswelt; FS Däubler  
Wolfgang 1999, 385
- Ziegenhain, Hans-Jörg*: Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des  
Genuine-Link-Erfordernisses, 1992
- Zimmer, Daniel*: Internationales Gesellschaftsrecht, 1996
- Ders.*: Internationales Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit: Das Rätsel vor  
der Lösung?, BB 2000, 1361
- Ders.*: Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche  
Unternehmen, NJW 2003, 3585
- Zinger, Georg Hannes*: Die Internationalisierung der Belegschaften multinationaler  
Unternehmen mit Sitz in Deutschland, 2002
- von Zitzewitz, Hendrik*: Die Vereinbarkeit internationaler Vertragskonzerne mit dem  
Mitbestimmungsgesetz 1976, 1. Auflage, 1979
- Zuleeg, Manfred*: Unternehmerische Mitbestimmung und Demokratie, RdA 1978, 223
- Zweigert, Konrad*: IPR und öffentliches Recht, in: 50 Jahre Institut für inter-  
nationales Recht der Universität Kiel, 1965, S. 124