



Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 22

Clemens Latzel

Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung



ZAAR Verlag München 2010

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2010 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-16-9

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Jahre 2010 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand vom Oktober 2010 und wurde mit dem Förderpreis „Recht – Arbeit – Zukunft“ des Vereins zur Förderung arbeitsrechtlicher Forschung ausgezeichnet.

Mein persönlicher Dank gilt vor allem Herrn Professor Dr. *Volker Rieble*, der länger um das Entstehen dieser Arbeit wußte als ich selbst. Ihm ist nicht nur für seine äußerst rasche Erstbegutachtung, sondern vor allem auch für seine vielfältigen Anregungen zu danken, die schließlich zur Erarbeitung des gesamten Themenkomplexes geführt haben.

Herrn Professor Dr. *Abbo Junker* danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gilt Herrn Dr. *Sebastian Kolbe* für zahlreiche Gespräche, welche stets mit Erkenntnisgewinnen verbunden und damit der Arbeit sehr förderlich waren. Auch den Mitarbeitern des ZAAR gilt mein Dank für ihre umfassende Unterstützung.

Gewidmet sei diese Arbeit meinen Eltern *Hans-Michael* und Dr. *Karla Latzel*.

München, November 2010

Clemens Latzel

Inhaltsverzeichnis	Seite
Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	21
§ 1 Systematik und Systemwidrigkeiten des Mitbestimmungsrechts	29
A. Geltungsbereich der Mitbestimmung	29
I. Enumerationsprinzip	29
II. Übergeordnete Regelungsprinzipien	30
1. Prinzip des gesellschaftsrechtsakzessorischen Aufsichtsrats- dogmas	31
a) Gesellschaftsrechtsakzessorietät des Mitbestimmungsrechts	31
b) Aufsichtsratsdogma	32
c) Mitbestimmungstaugliche Unternehmen	33
d) (Un-)Praktische Konkordanz	34
2. Haftungsprinzip	35
a) Unvereinbarkeit von persönlicher Haftung und Mitbestimmung ...	35
b) Abweichungen	36
aa) Ausfallhaftung	36
bb) Nachschußpflichten	37
cc) Komplementär der KGaA	37
dd) Kapitalgesellschaft & Co. KG mit weiteren Komplementären	38
ee) Stiftung und VVaG	39
3. Prinzipienvergleich	39
B. Belegschaftsgrößenabhängige Mitbestimmungsintensität	42
I. Anknüpfung an der Belegschaftsgröße	42
II. Zunehmende Arbeitnehmerrepräsentierung	43
C. Betroffenenbeteiligung	44
I. Mitbestimmung der Betroffenen	44

II. Abweichungen geringeren Ausmaßes	46
III. Abweichung größeren Ausmaßes	47

§ 2 Gleichbehandlungsgrundsätze

A. Verfassungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	49
I. Gleichbehandlung und Systemgerechtigkeit	49
II. Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit	50
III. Mitbestimmung und Freiheitsgrundrechte	52
1. Eigentumsfreiheit und Mitbestimmung	52
2. Berufsfreiheit und Mitbestimmung	54
3. Folgerungen für den Gleichheitssatz	54
IV. Mitbestimmungsgleichheit	56
B. Unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	57
I. Notwendigkeit eines unionsrechtlichen Gleichbehandlungs- grundsatzes	57
II. Allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts und Unionsgrundrechte	59
1. Herkunft und Bedeutung	59
2. Grundfreiheiten, Grundrechte und Gleichbehandlung	61
3. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot	62
4. Bindung und Reichweite	66
III. Unionsrechtsrelevanz der Unternehmensmitbestimmung	69
1. Durchführungskonstellation	69
2. Grundfreiheitenbezug	70
3. Kein Harmonisierungszwang	73
IV. Herleitungskriterien und Methodik	73
V. Herleitung	75
1. Arbeitnehmerfreizügigkeit	75
a) Mehr als ein Verbot unmittelbarer Diskriminierung	75
aa) Grenzüberschreitender Bezug bei Konzernsachverhalten	75
bb) Grundfreiheit mit Markt	77
cc) Verengtes Verständnis der Grundfreiheiten	78
dd) Verbot mittelbarer Diskriminierung	79
ee) Beschränkungsverbot	80
b) Erfassung kollektivrechtlicher Arbeitsbedingungen	82

aa) Keine „Arbeitnehmervertretung in den Betrieben“	82
bb) „Sonstige Arbeitsbedingungen“	85
cc) Formelle und materielle Arbeitsbedingungen	86
c) Unternehmensmitbestimmung als Arbeitsbedingung	90
aa) Arbeitnehmerrelevanz	90
bb) Freizügigkeitsrelevanz	91
cc) Kein Rechtsexport	93
dd) Legitime Sachverhaltsanknüpfung	94
d) Gewerkschaftsfreizügigkeit?	95
aa) Gewerkschaftsrelevanz der Unternehmensmitbestimmung	95
bb) Gewerkschaften als Arbeitnehmer?	95
[1] Keine Bereichsausnahme	95
[2] Arbeitnehmerakzessorietät des Vorschlagsrechts	95
[3] Persönlicher Anwendungsbereich	96
cc) Mitbestimmung und Gewerkschaftsbeteiligung	99
[1] Keine „Flucht ins Koalitionsrecht“	99
[2] Arbeitnehmer- statt Gewerkschaftsmitbestimmung	100
dd) Gewerkschaften und Kollektivvertragsmitbestimmung	101
2. Niederlassungsfreiheit	103
a) Aufsichtsratsmandat als Niederlassung	103
aa) Niederlassungsrelevanz des Aufsichtsratsmandats	104
[1] Rechtsprechung des EuGH	104
[2] Aufsichtsratsmandat als Erwerbstätigkeit	104
[3] Aufsichtsrat als Teil der Unternehmensleitung	105
bb) Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit	106
cc) Konsumtion durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit	107
b) Europäisches Mitbestimmungsrecht am Beispiel der Verschmelzungsrichtlinie	108
aa) Grundsatz der Sitzanknüpfung im Mitbestimmungsrecht	109
bb) Ausnahme bei Mitbestimmungsverlust	109
cc) Alternativregelung	110
dd) Schlußfolgerungen	111
[1] Kein Grundrecht auf Unternehmensmitbestimmung	111
[2] Mitbestimmungsabschmelzung versus „soziales Rückschrittsverbot“	112
[3] Keine Zwei-Klassen-Mitbestimmung	113

ee) Mitbestimmung europäisch	116
3. Kapitalverkehrsfreiheit	116
4. Unionsbürgerliches Diskriminierungsverbot	118
a) Beschäftigungsortanknüpfung	118
b) Staatsangehörigkeitsdogma und Binnengrenzen	119
5. Gesamtschau	121
a) Erkenntnisse	121
aa) Vorgaben des Primärrechts	121
[1] Unternehmensmitbestimmung als Arbeitsbedingung	121
[2] Diskriminierungsfreie Ausübung des Mitbestimmungsmandats	122
bb) Vorgaben des Sekundärrechts	122
[1] Mitbestimmung als Betroffenenbeteiligung	122
[2] Zählwertgleichheit	124
[3] Anteilsgerechte Repräsentierung	124
[4] Gewerkschaften als „Arbeitnehmervertreter“	126
[5] Kein allgemein zwingendes Mitbestimmungsmodell	127
b) Völkerrechtliche Bestätigung	128
aa) Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer	128
bb) Europäische Sozialcharta	129
c) Der allgemeine Grundsatz des Unionsrechts	130
d) Vereinbarkeit mit Grundsätzen der EU	131
aa) Ausgangspunkte	131
bb) Begrenzte Einzelermächtigung	132
cc) Subsidiarität	132
dd) Verhältnismäßigkeit	133
ee) Keine Überreglementierung	134
VI. Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	135
1. Rechtfertigungsprinzipien im Unionsrecht	135
2. Rechtfertigung von Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung	136
VII. Fazit	136

§ 3 Systemimmanente Ungleichbehandlungen	138
A. Mitbestimmungsfreie Unternehmen	138
I. Mitbestimmungsfreiheit von Einzelunternehmen	138
II. Mitbestimmungsfreiheit von Personengesellschaften	138
1. GbR, OHG, KG	138
2. Keine Arbeitnehmerzurechnung bei der kapitalistischen KGaA	139
3. Keine Arbeitnehmerzurechnung bei der kapitalistischen OHG	142
III. Mitbestimmungsfreiheit von Stiftungen	144
IV. Mitbestimmungsfreiheit von Tendenzunternehmen	144
V. Mitbestimmung bei Gesellschaften ausländischen Rechts	146
VI. Mitbestimmung bei Gesellschaften europäischen Rechts	148
B. Mitbestimmung bei Alt-Gesellschaften	149
I. Rechtslage	149
II. Beschränkte Dynamik im Mitbestimmungsrecht	149
1. Prinzipielle Wandlungsfähigkeit des Mitbestimmungsstatuts	149
2. Sondergesetzliche Mitbestimmungserhaltung	150
a) § 325 UmwG	150
b) § 1 MitbestBeiG	150
c) § 16 Abs. 2 MontanMitbestErgG	150
3. Mitbestimmungserhaltung bei Alt-Gesellschaften	151
III. Rechtfertigung	153
1. Kontinuitätswahrung	153
a) Legitimer Zweck	153
b) Ungeeigneter Regelungsansatz	154
c) Wegfall der Erforderlichkeit	155
2. Wettbewerbsgleichheit	159
IV. Fazit	159
C. Mitbestimmung von Auslandsbelegschaften und Arbeitnehmern ausländischer Tochterunternehmen	160
I. Die Territorialität der deutschen Unternehmensmitbestimmung	160
II. Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Unternehmensmit- bestimmung	164
1. Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer	164

a) Ungleichbehandlung beim Wahlrecht	164
aa) Mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit	164
bb) Benachteiligung aufgrund defizitärer Belegschafts- repräsentierung	165
b) Ungleichbehandlung durch wahlbedingte Unterrepräsentierung ..	166
aa) Folgen fehlenden Passivwahlrechts	166
bb) Folgen fehlenden Aktivwahlrechts	168
2. Ungleichbehandlung durch Gewerkschaftsbeteiligung	169
a) Mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit	169
b) Benachteiligung aufgrund defizitärer Belegschafts- repräsentierung	170
III. Rechtfertigung	170
1. „Territorialitätsprinzip“	171
a) Mitbestimmung als privatrechtliche Veranstaltung	171
b) Praktische Bedenken	172
c) Vollzugsdefizit und Vollzugsblindheit	173
d) Sekundärrechtliche Wegbereitung	174
e) Zeit für die „große Lösung“	175
2. Keine Eignungsmängel ausländischer Arbeitnehmer	176
3. Keine positive Diskriminierung	177
4. Arbeitnehmerschutz	178
5. Fazit	179
§ 4 Systeminterne Ungleichbehandlungen	180
A. Vergleichbarkeit von DrittelbG und MitbestG	180
B. Mitbestimmung beim VVaG	181
I. Mitbestimmungsungleichheiten beim VVaG	181
II. Rechtfertigung der ausschließlichen Drittelbeteiligung	182
1. Kein fehlender Interessenkonflikt	182
a) Angeblicher Interessengleichlauf	182
b) Kein Beschäftigungsverein	182
c) VVaG als modernes Versicherungsunternehmen	184
2. Haftungsrechtfertigung	185
3. Fazit	185

III. Rechtfertigung des fehlenden Aufsichtsratszwangs bei kleinen Vereinen	186
1. Kleiner VVaG als besonderer BGB-Verein	186
2. Keine Selbstbindung des Gesetzgebers	187
3. Besonderheiten des kleinen VVaG	187
C. Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG	188
I. Rechtslage	188
1. Arbeitnehmerzurechnung nach § 4 MitbestG	188
2. Keine Zurechnung nach DrittelbG	189
II. Rechtfertigung	190
D. Arbeitnehmerzurechnung im faktischen Konzern	192
I. Rechtslage	192
1. Der Unterordnungskonzern	192
2. Einheitliche Wahlbeteiligung beim Mutterunternehmen	193
3. Divergente Arbeitnehmerzurechnung im faktischen Konzern	194
II. Rechtfertigung	194
§ 5 Systemausnahmen	198
A. Sondermitbestimmung in der Montanindustrie	198
I. Mitbestimmungsstatute	198
1. Entwicklung	198
2. Betroffene Unternehmen	200
3. Sondermitbestimmung	201
a) MontanMitbestG	201
aa) Zusammensetzung und Wahl des Aufsichtsrats	201
bb) Mitbestimmung im Vorstand	202
b) MontanMitbestErgG	203
II. Rechtfertigung der Sondermitbestimmung	204
1. Besatzungsrechtliche Determination	204
a) Historie	204
b) Handlungsfreiheit des Gesetzgebers	206

c) Keine Fremdbestimmung durch Verbände	207
d) Entflechtungspolitik	209
e) Kontinuitätswahrung	210
2. Zur besonderen Bedeutung der Montanindustrie	211
a) Eisen, Kohle und Sondermitbestimmung	211
aa) Rechtfertigungsmaßstab bei Systemabweichungen	212
bb) Systemfremde Produktionsanknüpfung	213
cc) Sonderrolle	213
b) Von der Bedeutung der Bedeutung	216
3. Sozialstaatsprinzip	217
a) Rechtfertigungseignung	217
b) Zweck-Mittel-Relation	218
c) Strukturwandel als Differenzierungsmerkmal	218
aa) Wandel der Sachgründe	218
bb) Handlungsbedarf	219
[1] Ökonomischer und sozioökonomischer Wandel	219
[2] Struktureller Wandel	220
[3] Differenzierungsmerkmal	221
cc) Reaktion	222
[1] Konsenszwang	222
[2] Erzwungener Interessenausgleich	223
[3] Treuepflicht und Unternehmensinteresse	224
d) Überreaktion	225
aa) Maßstabsbildung	226
[1] Eigentumsfreiheit	226
[2] Unternehmerfreiheit	227
[3] Verhältnismäßigkeitsmaßstab	228
bb) Unangemessenheit der Montanmitbestimmung	228
[1] Sozialstaatsprinzip im Privatrecht	228
[2] Montanmitbestimmung als Sozialisierung	230
[3] Mitbestimmungskumulation	230
[4] Petitio principii	231
[5] Zwischenergebnis	232
e) Heutige Situation	232
aa) Struktur gewandelt	232
bb) Konjunkturschwankungen statt Strukturwandel	234

4. Tradition und Bewährung	235
a) Tradition ohne Legitimation	235
b) Bewährung ohne Gleichheitsrelevanz	236
5. Schlußfolgerung	238
III. Unvereinbarkeit mit Unionsrecht	239
1. Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung	239
2. Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit	240
B. Sondermitbestimmung bei den Grenzkraftwerken	241
I. Mitbestimmungsstatute	241
1. Betroffene Unternehmen	241
a) Deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke am Rhein	241
aa) Sonderfall Laufenburg – exportierte Sondermitbestimmung	242
bb) Sonderfall Albbbruck-Dogern – ignorierte Sondermit- bestimmung	243
b) Deutsch-österreichische Grenzkraftwerke	244
aa) Donaukraftwerk Jochenstein	244
bb) Kraftwerke am Inn	245
c) Deutsch-luxemburgische Wasserkraftwerke an Our und Sauer	246
2. Sondermitbestimmung	247
a) Deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke	247
aa) Dispension	247
bb) Kreation	247
cc) Relation	248
b) Deutsch-österreichische Grenzkraftwerke	249
aa) Kreation	249
bb) Relation	250
II. Rechtfertigung der Sondermitbestimmung	250
1. Abstimmungsgebot	250
2. Kapitalbeteiligung	251
3. Selbstbestimmungsrecht	252
a) Begrenzte Rechtsetzungskompetenz	252
b) Grenzunternehmen	252
c) Bilaterale Einzelfälle	253

4. Vertragspraxis	254
a) Staatenparität	254
b) Staatenparität und Arbeitnehmervertreter	255
c) Politische Rechtfertigung	256
d) Einvernehmliche Vertragsänderung	257
5. Außenbindung und Gleichheitssatz	258
a) Außenbindung und Souveränität	258
b) Völkerrechtliche Bindungen und Grundgesetz	259
c) Beschränkte Sachgestaltungskompetenz	260
d) Kein Gleichheitsverstoß	261
aa) „Inländerdiskriminierung“ und Gleichheitssatz	262
bb) Grenzkraftwerke und Gleichheitssatz	263
6. Zusammenfassung	264
III. Vereinbarkeit mit Unionsrecht	264
1. Deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke	264
a) Anwendbarkeit des Unionsrechts	264
b) Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung	266
2. Deutsch-österreichische Grenzkraftwerke	267
a) Anwendbarkeit des Unionsrechts	267
b) Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung	268
C. Sondermitbestimmung bei Volkswagen	269
I. Mitbestimmungsstatut	269
1. Entstehung des VW-Gesetzes	270
a) Eigentumszuordnung	270
b) Gesellschaftspolitische Zielsetzung	272
c) Doppelter Protektionismus	273
d) Vergangenheitsbewältigung?	276
2. Betroffene Unternehmen	277
3. Sondermitbestimmung	277
a) Sondermitbestimmung bis 10. Dezember 2008	277
b) Verbliebene Sondermitbestimmung	278
c) Wirkungsweise	279

d) Mitbestimmungswirkung staatlicher Kapitalbeteiligung	281
II. Rechtfertigung der Sondermitbestimmung	285
1. Enteignetes Gewerkschaftsvermögen	286
a) Das Volkswagen-Projekt	286
b) Kosten und Finanzierung	287
c) Bedeutung des Gewerkschaftsvermögens	289
aa) Überwiegende Auffassung	289
bb) Gegenbetrachtung	290
[1] Chronologie der Ereignisse	290
[2] Betragsrelationen	291
[3] Zugrundeliegendes Datenmaterial	292
d) Zwischenergebnis	293
2. Entschädigung als Rechtfertigung	294
a) Vermögensrechte an Volkswagen	294
aa) Sachvermögen	294
bb) Barvermögen und Surrogate	295
b) VW-Gesetz als Entschädigung	296
aa) Kein grundrechtlicher Anspruch auf Sonderentschädigung	296
bb) Sonderentschädigungsanspruch	297
[1] Wiedergutmachung nach dem Zweiten Weltkrieg	297
[2] Offene Eigentumsfrage bei VW	297
[3] Entschädigung durch Rechte an Unternehmen	298
c) Lösung der Eigentumsfrage	300
d) Das VW-Gesetz als untaugliches Entschädigungsgesetz	301
3. Rechtfertigung durch Staatsvertrag	302
a) Kein Gesetzgebungsauftrag	302
b) Keine „Flucht in den Staatsvertrag“	303
4. Sozialstaatliche Rechtfertigung	304
a) „Sozialverträgliche Unternehmenspolitik“	304
b) Standortsicherung	305
aa) Zum Wohle der Stadt Wolfsburg	305
bb) Keine Standorte sui generis	306
cc) Art. 91a GG	306
5. Privatisierung durch Einzelfallgesetz	307

a) Notwendigkeit eines Einzelfallgesetzes	307
b) Privatisierungsbedingtes Sonderrecht	308
6. Zusammenfassung	310
III. Vereinbarkeit mit Unionsrecht	310
1. Unvereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung	310
a) Internationalität des VW-Konzerns	311
b) Sondergesetzlicher Standortschutz	311
2. Verstoß von Mitbestimmungsprivilegien gegen die Kapitalverkehrsfreiheit	313
D. Mitbestimmung bei grenzüberschreitend verschmolzenen Unternehmen	315
I. Regelungsansatz des MgVG	315
II. Kein Gleichbehandlungsproblem	317
 § 6 Schlußbetrachtungen	 318
A. Zusammenfassung	318
I. Systematik und Systemwidrigkeiten des Mitbestimmungsrechts ...	318
II. Gleichbehandlungsgrundsätze	318
1. Verfassungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	318
2. Unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	319
a) Arbeitnehmerfreizügigkeit	319
b) Niederlassungsfreiheit	319
c) Kapitalverkehrsfreiheit	320
d) Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung	320
III. Systemimmanente Ungleichbehandlungen	321
1. Mitbestimmungsfreie Unternehmen	321
2. Mitbestimmung bei Alt-Gesellschaften	322
3. Mitbestimmung von Auslandsbelegschaften und Arbeitnehmern ausländischer Tochterunternehmen	322
IV. Systeminterne Ungleichbehandlungen	323
1. Mitbestimmung beim VVaG	323
2. Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG ...	323

3. Arbeitnehmerzurechnung im faktischen Konzern	324
V. Systemausnahmen	324
1. Sondermitbestimmung in der Montanindustrie	324
2. Sondermitbestimmung bei den Grenzkraftwerken	325
3. Sondermitbestimmung bei Volkswagen	325
4. Mitbestimmung bei grenzüberschreitend verschmolzenen Unternehmen	326
B. Konsequenzen und Ausblick	326
I. Praktische Folgen	326
1. Verfassungsrechtsschutz gegen die Montanmitbestimmung	326
2. Unionsrechtsschutz gegen die deutsche Mitbestimmung	328
a) Anwendungsvorrang des Unionsrechts	328
aa) Diskussion in der Literatur	328
bb) Stellungnahme	329
[1] Allgemeine Auswirkungen des Anwendungsvorrangs auf die deutschen Mitbestimmungsgesetze	329
[2] Auswirkungen des Anwendungsvorrangs auf amtierende Aufsichtsräte	333
b) Gerichtlicher Rechtsschutz	337
aa) Statusverfahren	338
bb) Wahlanfechtungsverfahren	339
cc) Vertragsverletzungsverfahren	340
II. Rechtspolitische Perspektiven	340
1. Ansichten der Literatur	340
2. Eigene Ansicht	340
Literaturverzeichnis	343

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung	ArbG.....	Arbeitsgericht
a.a.O.	am angegebenen Ort	ArbGG.....	Arbeitsgerichts- gesetz
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Ge- meinschaft	ArbMin.....	Arbeitsministerium
Abs.	Absatz	arg.	argumentum
AcP.....	Archiv für civilistische Praxis	Art.	Artikel
a.E.	am Ende	AtomG.....	Atomgesetz
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	Aufl.	Auflage
a.F.	alte Fassung	AuR.....	Arbeit und Recht
AG.....	Aktiengesellschaft, Amtsgericht, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)	Az.	Aktenzeichen
AHK.....	Alliierte Hohe Kommission	BAG.....	Bundesarbeits- gericht
AHK-Abl.....	Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission	BAnz.	Bundesanzeiger
AktG.....	Aktiengesetz	BayObLG.....	Bayerisches Oberstes Landes- gericht
allgem.	allgemein/e	BaySpkG.....	Bayerisches Sparkassengesetz
AnhørungsRL.	Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft	BayVerf.....	Verfassung des Freistaates Bayern
Anm.	Anmerkung	BB.....	Der Betriebs- Berater
AP.....	Arbeitsrechtliche Praxis	Bd.	Band
		BDDA.....	Bank der Deutschen Arbeit
		BeckOK-GG....	Beck'scher Online- Kommentar zum Grundgesetz
		BEG.....	Bundesent- schädigungsgesetz
		BegrRegE.....	Begründung zum Regierungsentwurf
		BetrVG.....	Betriebs- verfassungsgesetz
		BGB.....	Bürgerliches Gesetzbuch
		BGBL.....	Bundesgesetzblatt
		BGH.....	Bundesgerichtshof

BGHZ.....	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofes in Zivilsachen	CDU.....	Christlich Demokratische Union
BeckOK-GG.....	Beck'scher Online- Kommentar. Grundgesetz	CSU.....	Christlich-soziale Union
BGH.....	Bundesgerichtshof	Co.	Compagnie
BK.....	Bonner Kommentar zum Grundgesetz	d.	der/die/das/des
BlStSozArbR ...	Blätter für Steuerrecht, Sozial- versicherung und Arbeitsrecht	DAF.....	Deutsche Arbeits- front
BMin.....	Bundesminister	DAX.....	Deutscher Aktienindex
BMinG.....	Bundesminister- gesetz	DB.....	Der Betrieb
BMJ.....	Bundesministerium der Justiz	DCGK.....	Deutscher Corporate Governance Kodex
BPersVG.....	Bundespersonal- vertretungsgesetz	DDR.....	Deutsche Demokratische Republik
BR-Drs.	Bundesrats- Drucksache	DGB.....	Deutscher Gewerk- schaftsbund
brit.	britisch/e/er/es	d.h.	das heißt
bspw.	beispielsweise	ders.	derselbe
BSt.....	beamteter Staatssekretär	dies.	dieselbe/n
BT-Drs.	Bundestags- Drucksache	DKJ.....	Donaukraftwerk Jochenstein
BT-PlProt.	Bundestags- Plenarprotokoll	DKP.....	Deutsche Kommunistische Partei
BVerfG.....	Bundes- verfassungsgericht	DJT.....	Deutscher Juristentag
BVerfGE.....	Entscheidungen des Bundes- verfassungsgerichts	DM.....	Deutsche Mark
BVerwG.....	Bundes- verwaltungsgericht	Dok.	Dokument
BVerwGE.....	Entscheidungen des Bundes- verwaltungs- gerichts	DÖV.....	Die Öffentliche Verwaltung
bzw.	beziehungsweise	DP.....	Deutsche Partei
ca.	circa	DrittelbG.....	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrecht
		DStR.....	Deutsches Steuerrecht
		EBR.....	Europäischer Betriebsrat

EBRG.....	Gesetz über Europäische Be- triebsräte	EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
ED	Energiedienst AG	EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EDH.....	Energiedienst Holding AG	e.V.	eingetragener Verein
eG	eingetragene Genossenschaft	EWG.....	Europäische Wirtschafts- gemeinschaft
EG.....	Europäische Gemeinschaft	EWGV	Vertrag über die Europäische Wirt- schafts- gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl	EWiR.....	Entscheidungen zum Wirtschafts- recht
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetz- buch	EWR.....	Europäischer Wirtschaftsraum
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Ge- meinschaft	EzA.....	Entscheidungs- sammlung zum Arbeitsrecht
Einl.	Einleitung	f.	folgende
einschl.	einschließlich	FA.....	Fachanwalt Arbeitsrecht
EMRK.....	Europäische Menschenrechts- konvention	FAS.....	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
endg.	endgültig	FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ErfK.....	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht	FDP	Freie Demokratische Partei
ESC.....	Europäische Sozialcharta	ff.	fortfolgende
etc.	et cetera	FinanzMin.....	Finanzminister
EU	Europäische Union	Fn.	Fußnote
EuGH.....	Europäischer Gerichtshof	FreizügVO	Freizügigkeits- verordnung
EuGRZ.....	Europäische Grundrechte- Zeitschrift	FS	Festschrift
EuR.....	Europarecht (Zeitschrift)	GA	Generalanwalt
EUV	Vertrag über die Europäische Union	gem.	gemäß
		GenG	Genossenschafts- gesetz

GesmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Österreich)	i.S.d.	im Sinne der/des
GG	Grundgesetz	i.V.m.	in Verbindung mit
ggf.	gegebenenfalls	IG	Industriegewerkschaft
GK-AktG	Großkommentar zum Aktiengesetz	IG BCE.....	Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie
GK-MitbestG...	Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz	IGH	Internationaler Gerichtshof
GKW	Grenzkraftwerke GmbH	insbes.	insbesondere
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	InsO	Insolvenzordnung
GmbHG.....	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung	int.	international/e/er/es
GmbHHR.....	GmbH-Rundschau	Jura	Juristische Ausbildung
GOBT	Geschäftsordnung des Bundestages	JuS.....	Juristische Schulung
GRCh.....	Grundrechtecharta der Europäischen Union	JZ.....	JuristenZeitung
GS	Gedächtnisschrift	Kap.	Kapitel
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt	KdF	Kraft durch Freude (Organisation)
HdbEAS	Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts	KG.....	Kommanditgesellschaft/ Kammergericht
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts	KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Hrsg.	Herausgeber	KGK.....	Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta
Hs.	Halbsatz	KOM	Mitteilung der Kommission
HGB	Handelsgesetzbuch	krit.	kritisch
h.M.	herrschende Meinung	KSchG.....	Kündigungsschutzgesetz
HWK	Henssler/Willemsen/Kalb	LAG.....	Landesarbeitsgericht
i.E.	im Ergebnis	LG	Landgericht
		lit.	litera
		LS.....	Leitsatz
		LT-Drs.	Landtag-Drucksache
		Ltd.	Limited

max.	maximal	MüKo-HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MDAX.....	Mid-Cap-DAX	m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MdB.....	Mitglied des Bundestages	NdsPersVG.....	Niedersächsisches Personalvertre- tungsgesetz
MdL.....	Mitglied des Landtages	NdsVerf.....	Niedersächsische Verfassung
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüber- schreitenden Ver- schmelzung	n.F.	neue Fassung
Militärreg.	Militärregierung	niedersächs. ..	niedersächsisch/e/ /en/er
MinPräs.....	Ministerpräsident	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Mio.	Million/en	NJW-RR.....	NJW- Rechtsprechungs- Report
MitbestBeiG ...	Mitbestimmungs- beibehaltungs- gesetz	Nr.	Nummer
MitbestG.....	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer	NRW	Nordrhein- Westfalen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Be- kämpfung von Mißbräuchen	NS	National- sozialismus
MontanMitbestG	Montan-Mitbestim- mungsgesetz	NSVerbG	Gesetz zur Regelung der Ver- bindlichkeiten national- sozialistischer Ein- richtungen und der Rechtsverhältnisse an deren Vermögen
MontanMitbestErgG	Montan-Mitbestim- mungsergänzungs- gesetz	NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
MüHdbArbR...	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
MüKo-AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz	NZA-RR	NZA- Rechtsprechungs- Report
MüKo-BGB.....	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	NZG.....	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
		ÖBRG	Österreichisches Betriebsrätegesetz

ÖBK.....	Österreichisch-Bayerische Kraftwerke AG	SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
OHG.....	Offene Handelsgesellschaft	SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft
OLG.....	Oberlandesgericht	SE-BeteiligungsRL	Richtlinie 2001/86/EG über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE
ÖstVerfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof	SE-VO	Verordnung 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft
PCIJ	Publications of the Permanent Court of International Justice	SGB.....	Sozialgesetzbuch
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	Slg.....	Sammlung
RAG.....	Reichsarbeitsgericht / RAG AG	sog.	sogenannte/r/s
RdA	Recht der Arbeit	SozGRCh.....	Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer
RGBL.	Reichsgesetzblatt	SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
Rh.-Pf.....	Rheinland-Pfalz	SPE	Societas Privata Europea
RIW.....	Recht der Internationalen Wirtschaft	SPE-VO.....	SPE-Verordnung
RL	Richtlinie	StB	Stenografischer Bericht
RM	Reichsmark	StGH	Staatsgerichtshof
Rn.	Randnummer	SZ.....	Süddeutsche Zeitung
S.	Seite	TVG.....	Tarifvertragsgesetz
SA.....	Société Anonyme		
SächsVerf.....	Verfassung des Freistaates Sachsen		
SCE	Societas Cooperativa Europaea		
SCEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft		
SE.....	Societas Europaea		

TWU	Treuhandgesellschaft für die wirtschaftlichen Unternehmungen der DAF	WM	Wertpapier-Mitteilungen
u.a.	unter anderem / und andere	WO	Wahlordnung
UmwG	Umwandlungsgesetz	WODrittelbG..	Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz
UN-Charta.....	Charta der Vereinten Nationen	WRV.....	Weimarer Reichverfassung
UAbs.	Unterabsatz	WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
usw.	und so weiter	WWKK	Wlotzke/Wißmann/Koberski/ Kleinsorge
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz	z.B.	zum Beispiel
Verf.	Verfasser	ZESAR.....	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
VermG	Vermögensgesetz	ZEuS.....	Zeitschrift für europarechtliche Studien
VerschmelzungsRL	Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
VGH.....	Verwaltungsgerichtshof	ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
vgl.	vergleiche	ZGR.....	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
VO	Verordnung	ZHR.....	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
VOBl.	Verordnungsblatt	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Vorbem.	Vorbemerkung/en	ZPO	Zivilprozeßordnung
VV.....	Vermögensverwaltung der DAF		
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit		
VW.....	Volkswagen		
WdA.....	Welt der Arbeit		

§ 1 Systematik und Systemwidrigkeiten des Mitbestimmungsrechts

Unternehmensmitbestimmung ist die Beteiligung der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungen. Das deutsche Mitbestimmungsrecht ist mit den Worten *Helmut Wißmanns* „ein geradezu chaotisch anmutendes, historischen Gegebenheiten und zähen politischen Positionskämpfen geschuldetes Gewirr“.¹ Ein System im Sinne eines einheitlichen, nach gedanklichen Gesichtspunkten geordneten, geschlossenen Ganzen² läßt sich nur anhand weniger allgemeiner Kriterien feststellen. Doch selbst von diesen wird durch Systemwidrigkeiten abgewichen, die in dieser Arbeit untersucht werden sollen.

A. Geltungsbereich der Mitbestimmung

I. Enumerationsprinzip

Der Geltungsbereich des Mitbestimmungsrechts ist fragmentarisch, weil der Gesetzgeber – was ihm freisteht und deshalb mit dem Gleichheitssatz grundsätzlich vereinbar ist³ – einen rechtsformspezifischen Ansatz gewählt hat:⁴ Welche Unternehmen ihren Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte zu gewähren haben, ist in den § 1 Abs. 1 DrittelbG und § 1 Abs. 1 MitbestG prinzipiell abschließend geregelt. Der Unternehmensmitbestimmung unterfallen demnach einheitlich, d.h. sowohl nach dem DrittelbG als auch nach dem MitbestG, grundsätzlich alle Unternehmen, welche in den Rechtsformen Aktiengesellschaft (AG), Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und eingetragene Genossenschaft (eG) organisiert sind. Sie müssen wenigstens ihren satzungsmäßigen Sitz in Deutschland haben.⁵

¹ *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (386); ähnlich bereits *Naendrup*, BlStSozArbR 1976, 164 (166): „notorische Ordnungseffizienz“.

² *Hoffmeister*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, S. 598.

³ BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (380); *Joost*, ZGR 1998, 334 (338).

⁴ *Ulmer/Habersack/Henssler*, Einl. MitbestG Rn. 10.

⁵ Der Verwaltungssitz kann sich seit Inkrafttreten des MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Mißbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I, 2026) am 1.11.2008 nunmehr auch im Ausland befinden, ohne daß dies Auswirkung auf die Mitbestimmungspflicht hat; MüKo-AktG/*Altmeyden*, Europ. Niederlassungsfreiheit, Kap. 5 Rn. 60 ff. m.w.N.

- 3 Das Enumerationsprinzip bedeutet zweierlei: Zum einen sind *nur Unternehmen in den genannten Rechtsformen* mitbestimmungspflichtig,⁶ auch wenn eine analoge Anwendung auf andere Gesellschaften immer wieder diskutiert wird.⁷ Zum anderen sind alle Unternehmen in den genannten Rechtsformen gleichermaßen und ausschließlich *nur den beiden allgemeinen Mitbestimmungsgesetzen* (DrittelbG, MitbestG) unterworfen.
- 4 Das Enumerationsprinzip ist unbenommen sehr pauschal und wird deswegen vielfach in Frage gestellt. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVG) unterfällt nur der Drittelbeteiligung (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG), nicht aber der quasi-paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG. Dagegen findet eine Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG nur bei Kapitalgesellschaften im Anwendungsbereich des MitbestG (§ 4 MitbestG), nicht aber des DrittelbG statt. Schließlich *zählen* Arbeitnehmer aus Tochterunternehmen eines faktischen Konzerns (ohne Beherrschungsvertrag oder Eingliederung, § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG) bei ihrem Mutterunternehmen nur mit, wenn dieses dem Anwendungsbereich des MitbestG unterfällt (§ 5 Abs. 1 MitbestG), während sie in einem faktischen Konzern, dessen Mutterunternehmen dem Anwendungsbereich des DrittelbG unterfällt, nicht *mitzählen* (§ 2 Abs. 2 DrittelbG).
- 5 Außerdem wird vom enumerativen Grundsatz zwar nicht durch singuläre Mitbestimmungsbefreiung, aber durch singuläre Sondermitbestimmung abgewichen. So unterstellen das Montanmitbestimmungsgesetz (Montan-MitbestG) und das Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz (Montan-MitbestErgG) Unternehmen in den Rechtsformen der AG und der GmbH mit montanem Unternehmenszweck besonderen Mitbestimmungsregeln (Montanmitbestimmung).⁸ Ähnliches widerfährt aufgrund völkervertraglicher Regelungen Betreiberunternehmen von einigen deutsch-schweizerischen und deutsch-österreichischen Grenzkraftwerken. Auch das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) kann Unternehmen von den allgemeinen Mitbestimmungsgesetzen suspendieren und ihnen ein eigenes Mitbestimmungsstatut eröffnen.

II. Übergeordnete Regelungsprinzipien

- 6 Da der Gesetzgeber seine Motive für die Ausgestaltung des Geltungsbereichs der Mitbestimmungsgesetze nicht offen gelegt hat,⁹ ja angesichts

6 *Junker*, ZfA 2005, 1 (6); *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 31.

7 Insbes. für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland, *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 6 ff.

8 Vgl. § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 DrittelbG, § 1 Abs. 2 MitbestG.

9 Eingehend *Hauth*, Probleme des VVG, S. 149 ff.

der Entwicklung dieses Rechtsgebiets gar nicht schlüssig offen legen konnte,¹⁰ und in der Mitbestimmungsidee – unabhängig von den dazu vertretenen Theorien¹¹ – eine Differenzierung nach Rechtsformen nicht angelegt ist¹², ist nach übergeordneten Prinzipien zu suchen, die den Geltungsbereich des Mitbestimmungsrechts in der Weise erklären können, daß ein System und damit auch Systemwidrigkeiten erkennbar werden.¹³

1. Prinzip des gesellschaftsrechtsakzessorischen Aufsichtsratsdogmas

a) Gesellschaftsrechtsakzessorietät des Mitbestimmungsrechts

Nach deutscher Tradition¹⁴ folgt die Mitbestimmung einem institutionell-personellen Ansatz. Während beispielsweise in Frankreich und Schweden Arbeitnehmer auf unternehmerische Entscheidungen (auch)¹⁵ unmittelbar durch Streiks und Tarifverträge einwirken können¹⁶, ist dieser Weg der arbeitnehmerseitigen Einflußnahme auf die Unternehmenspolitik in Deutschland nicht eröffnet.¹⁷ Statt dessen wählen hierzulande die zur Mitbestimmung berechtigten Arbeitnehmer Vertreter ihrer Interessen, die in einem Gremium auf den Unternehmer Einfluß ausüben. Dieses Mitbestimmungsgremium kann extra zu diesem Zweck errichtet werden und ausschließlich aus Arbeitnehmervertretern bestehen, die als Kollektiv dem Arbeitgeber konfrontativ gegenüber treten, wie der Betriebsrat im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung.¹⁸ Als Mitbestimmungsgremium kann aber auch ein in den Unternehmen bereits existierendes

10 Anschaulich *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 f.

11 Zur Ideengeschichte *Raiser/Veil*, Einl. Rn. 6 ff.

12 Bericht der Mitbestimmungskommission 1970, BT-Drs. 6/334, S. 115; *Buchner*, ZfA 1974, 147 (171); *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung, S. 249; *Naendrup*, BlStSozArbR 1976, 164 (165); *Raiser/Veil*, § 1 MitbestG Rn. 4; *Rittner*, JZ 1975, 457 (458).

13 Unbestreitbar *Joost*, ZGR 1998, 334 (342): „Der Regelungsplan des Mitbestimmungsgesetzes ist nicht eben leicht zu ermitteln“.

14 Dazu *Martens*, AG 1976, 113 (115 ff.).

15 Dem französischen wie dem schwedischen Recht ist auch die Organbeteiligung nicht fremd, *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 145 ff., 166 ff.

16 *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 148 ff., 168 ff.

17 Unternehmensfragen sind der Tarifmacht entzogen, *MüHdbArbR/Rieble/Klumpp*, § 168 Rn. 28 ff.; § 171 Rn. 14.

18 Freilich ist die betriebliche Mitbestimmung auf vertrauensvolle Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat gegründet (§ 2 Abs. 1 BetrVG) und sind ihr Fragen der Unternehmenspolitik weitgehend entzogen (hauptsächlich nur Anhörungsrechte des Wirtschaftsausschusses nach §§ 106 ff. BetrVG).

Organ dienen, das mit Arbeitnehmervertretern ergänzt wird, um die Mitbestimmung gremiumsintern auf kooperative Weise zu realisieren (Organbeteiligung). Dieser Weg wurde für die Unternehmensmitbestimmung gewählt,¹⁹ die den Aufsichtsrat zum Ort der Mitbestimmung erklärt, damit am (deutschen) Gesellschaftsrecht anknüpft²⁰ und auf die Errichtung eines originär mitbestimmungsrechtlichen „Unternehmensrats“ verzichtet.²¹ Das Mitbestimmungsrecht kann deshalb einem noch im Entstehen befindlichen Unternehmens(verfassungs)recht²², jedenfalls dem Gesellschaftsrecht zugerechnet werden,²³ weist aber auch mit dem Arbeitsrecht eine erhebliche sachliche Interdependenz der Regelungsmaterien auf.²⁴

b) Aufsichtsratsdogma

- 8 Unternehmensmitbestimmung kann aufgrund der Anknüpfung an das Gesellschaftsrecht und der Wahl des Aufsichtsrats zum Mitbestimmungsgremium nur in Unternehmen stattfinden, die nach ihrem Gesellschaftsstatut einen Aufsichtsrat haben können. Der Aufsichtsrat ist die Versammlung der Anteilseigner- bzw. Mitgliedervertreter eines Unternehmens und kontrolliert die Geschäftsleitung²⁵. Damit sind grundsätzlich diejenigen Unternehmen nicht mitbestimmungsfähig, bei denen ein Überwachungsgremium überflüssig ist, weil entweder Aufsichts- und Leitungsfunktion in der Hand der Gesellschafter vereint sind (wie bei Personengesellschaften)²⁶ oder keine „Gesellschafter“ im weiteren Sinne existieren, die ein Aufsichtsinteresse verfolgen könnten (wie bei Stiftungen²⁷).²⁸ Da

19 Naendrup, BlStSozArbR 1976, 164 (165); Wißmann, FS Däubler, S. 385.

20 Martens, AG 1976, 113 (119): „Grundsatz von der Prävalenz des Gesellschaftsrechts“; kritisch Raiser/Veil, Einl. Rn. 62, die von einem Überstülpen ohne gedankliche Verschmelzung sprechen.

21 Der Wirtschaftsausschuß nach §§ 106 ff. BetrVG hat zwar auch die Aufgabe, wirtschaftliche Angelegenheiten mit dem Unternehmer zu beraten und den Betriebsrat zu unterrichten, ist aber nicht mehr als ein Hilfsorgan des Betriebsrats und damit dem hier nicht näher zu behandelnden Betriebsverfassungsrecht zuzurechnen, Richardi/Annuf, § 106 Rn. 4. Raiser/Veil, Einl. Rn. 57, empfehlen, in allen dem MitbestG unterfallenden Unternehmen auf einen Wirtschaftsausschuß zu verzichten.

22 Raiser/Veil, Einl. Rn. 28; Ulmer/Habersack/Henssler, Einl. MitbestG Rn. 6 jeweils m.w.N.

23 H.M.; statt vieler MüKo-BGB/Kindler, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 590 m.w.N.

24 Ulmer/Habersack/Henssler, Einl. MitbestG Rn. 52.

25 AG, VVaG und eG werden vom Vorstand geleitet, bei GmbH und KGaA spricht man von der Geschäftsführung.

26 Joost, ZGR 1998, 334 (342).

27 Schöpfe, Gewillkürte Unternehmensmitbestimmung, S. 171 f.

28 Wißmann, FS Däubler, S. 385 (392).

die Mitbestimmung nicht an dem in jeder Unternehmung anzutreffenden Leitungsorgan ansetzt, obwohl dort in erster Linie die Entscheidungen getroffen werden, von denen auch die Arbeitnehmer betroffen werden, ist das Aufsichtsratsdogma ein der deutschen Unternehmensmitbestimmung²⁹ angeborenes „Organleiden“.³⁰

c) Mitbestimmungstaugliche Unternehmen

Das deutsche Gesellschaftsrecht kennt folgende Unternehmensträger, die einen Aufsichtsrat haben können und damit potentiell mitbestimmungstauglich sind: 9

- Unternehmen mit obligatorischen Aufsichtsrat, die nach ihrem Gesellschaftsstatut stets einen Aufsichtsrat haben müssen: AG (§ 95 AktG), KGaA (§ 287 AktG), große eG (§ 9 Abs. 1 Satz 1 GenG), großer VVaG (§ 29 VAG)
- Unternehmen mit fakultativem Aufsichtsrat, für die das Gesellschaftsrecht einen Aufsichtsrat grundsätzlich vorsieht, die von seiner Errichtung aber absehen können: GmbH (§ 52 Abs. 1 GmbHG), kleine eG (§ 9 Abs. 1 Satz 2 GenG), kleiner VVaG (§ 53 Abs. 3 VAG)
- Unternehmen mit optionalem („unechtem“) Aufsichtsrat, für die das Gesellschaftsrecht keinen Aufsichtsrat vorsieht, die aber privatautonom wenigstens ein Gremium mit diesem Namen errichten können: Personengesellschaften³¹, BGB-Verein, Stiftung³²

Unternehmen in ausländischer Rechtsform, wie die britische *Private Company Limited* (Ltd.) oder die österreichische *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GesmbH), sind aufgrund der rein deutschrechtlichen Gesellschaftsrechtsakzessorietät nicht mitbestimmungstauglich.³³ Dies gilt nicht nur, wenn ihnen eine Trennung von Leitungs- und Aufsichtsorgan fremd ist und somit das Aufsichtsratsdogma ins Leere läuft (wie bei der monistisch organisierten Ltd.), sondern auch wenn sie nach ihrem jeweiligen Gesellschaftsstatut Organe aufweisen, die dem Aufsichtsrat deutscher Prägung vergleichbar sind (wie bei der GesmbH).³⁴ Gleiches gilt für 10

29 Beachte aber die Arbeitnehmerbeteiligung in der monistischen SE, die nur ein Leitungsorgan kennt; dazu eingehend *Kämmerer/Veil*, ZIP 2005, 369.

30 Ebenso *Rittner*, JZ 1975, 457 (460); kritisch auch *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (392); *Martens*, AG 1976, 113 (119): „das entscheidende Manko“.

31 *WWKK/Koberski*, § 1 MitbestG Rn. 6.

32 *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 31.

33 *Ulmer/Habersack/Henssler*, Einl. MitbestG Rn. 42 f.

34 Dagegen Entschließungsantrag der SPD-Fraktion, BT-Drs. 17/2122, S. 2, „die deutsche Mitbestimmung gesetzlich auf Unternehmen ausländischer Rechts-

Unternehmen in europäischer Rechtsform, wie die *Societas Europea* (SE) und die *Societas Cooperativa Europea* (SCE).

d) (Un-)Praktische Konkordanz

- 11 Ein Mitbestimmungsrecht, das gesellschaftsrechtsakzessorisch ist und einem Aufsichtsratsdogma anhängt, kann beide Prämissen auf unterschiedliche Weise in Ausgleich bringen. Es kann streng gesellschaftsrechtsakzessorisch sein und Mitbestimmung nur in den Unternehmen verlangen, die tatsächlich einen Aufsichtsrat haben, so daß es Unternehmen ohne obligatorischen Aufsichtsrat freigestellt wäre, ob sie durch Errichtung eines solchen die Mitbestimmung einführen wollen oder nicht. Das Mitbestimmungsrecht kann auch streng dem Aufsichtsratsdogma folgen und Mitbestimmung in allen Unternehmen verlangen, die wenigstens theoretisch einen Aufsichtsrat haben können und sie zur Errichtung eines solchen zwingen. Je nachdem wie stark das Gesellschaftsrecht unangetastet bleiben oder für die Zwecke der Mitbestimmung modifiziert werden soll, kann das Mitbestimmungsrecht eher einen weiten oder einen engeren Anwendungsbereich haben.
- 12 Der Gesetzgeber des deutschen Mitbestimmungsrechts wollte die Mitbestimmung auf der Grundlage des geltenden Gesellschaftsrechts unter dessen weitgehender Beibehaltung etablieren.³⁵ Daß das Ergebnis dennoch keineswegs „eine einheitliche und auf Harmonie bedachte Konzeption“ ist, mag der gesellschaftspolitischen Brisanz von Mitbestimmungsfragen und der immerhin seit 1920 währenden Entwicklung dieses Rechtsgebiets geschuldet sein,³⁶ kann aber ebenso mit einem übermäßigen Respekt vor dem Gesellschaftsrecht, ja der Kapitulation vor diesem erklärt werden.³⁷ Der Gleichheitssatz gebietet jedenfalls weder strenge Gesellschaftsrechtsakzessorietät noch einen Aufsichtsrat in jeder Unternehmung, denn der Gesetzgeber ist in der Beibehaltung oder Änderung eines

form mit Verwaltungssitz oder Zweigniederlassung in Deutschland bzw. deutschen Personengesellschaften mit ausländischem Komplementär zu erstrecken“.

35 BegrRegE zum MitbestG 1976, BT-Drs. 7/2172, S. 17.

36 Schon § 70 Reichsbetriebsrätegesetz vom 4.2.1920, RGL., S. 147, (i.V.m. Gesetz über die Entsendung über Betriebsratsmitglieder in den Aufsichtsrat vom 15.2.1922, RGL., S. 209) bestimmte, daß ein oder zwei Betriebsratsmitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden waren, um „die Interessen und Forderungen der Arbeitnehmer sowie deren Ansichten und Wünsche hinsichtlich der Organisation des Betriebs zu vertreten“. Das Gesetz wurde durch § 65 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934, RGL. I, 45, außer Kraft gesetzt; vgl. WWKK/*Wißmann*, Vorbem. Rn. 11.

37 *Rittner*, JZ 1975, 457 (458); den Gesetzgeber verteidigend BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (380).

traditionellen Strukturgefüges wie dem Gesellschaftsrecht grundsätzlich frei.³⁸

Gesellschaftsrechtsakzessorietät und Aufsichtsratsdogma bringt das geltende Mitbestimmungsrecht folgendermaßen in Ausgleich: 13

- In die Mitbestimmung prinzipiell einbezogen sind zunächst alle Unternehmen mit obligatorischem Aufsichtsrat (AG, KGaA, große eG, großer VVaG). Dies liegt nahe, weil der Eingriff ins Gesellschaftsrecht gering ausfällt.
- Unternehmen mit fakultativem Aufsichtsrat behandelt das Mitbestimmungsrecht unterschiedlich: Für die GmbH wird ein Aufsichtsratszwang aufgestellt (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG, § 6 Abs. 1 MitbestG), ebenso für die kleine eG³⁹, während für den kleinen VVaG eine solche Modifikation seines Gesellschaftsstatuts nicht stattfindet.
- Unternehmen mit nur optionalem Aufsichtsrat bleiben generell mitbestimmungsfrei.

Vom Regelungsansatz aus betrachtet läßt sich der Geltungsbereich der Mitbestimmung also auf das Prinzip zurückführen, daß Mitbestimmung in allen Unternehmen stattfindet, die nach ihrem Gesellschaftsstatut wenigstens fakultativ einen Aufsichtsrat haben können (gesellschaftsrechtsakzessorisches Aufsichtsratsdogma). 14

2. Haftungsprinzip

a) Unvereinbarkeit von persönlicher Haftung und Mitbestimmung

Alternativ zu dem soeben vorgestellten phänomenologischen Ansatz wird die Auswahl der mitbestimmten Unternehmen auch auf das Haftungsprinzip gegründet. Danach können der Mitbestimmung nur diejenigen Unternehmen unterfallen, die eine Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis und damit eine Kalkulierbarkeit des „Mitbestimmungsrisikos“ ermöglichen, um eine unbeschränkte, persönliche Haftung der Unternehmer für mit- oder fremdbestimmte Entscheidungen zu verhindern (Gleichlauf von Herrschaft und Haftung).⁴⁰ 15

³⁸ Kübler/Schmidt/Simitis, Mitbestimmung, S. 250.

³⁹ Gesetzlich nicht geregelt, aber h.M., vgl. BegrRegE zum Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts, BT-Drs. 16/1025, S. 83; Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 9 GenG Rn. 3.

⁴⁰ Eingehend Hauth, Probleme des VVaG, S. 167 ff.; vgl. Baumann, ZHR 142 (1978), 557 (566); WWKK/Koberski, § 1 Rn. 12; GK-AktG/Oetker, Vorbem.

Das BVerfG weist auf diesen Aspekt in seinem Mitbestimmungsurteil hin:

„Anders als der Unternehmer-Eigentümer vermag der Anteilseigner mit seinem Eigentum nur mittelbar zu wirken; die vermögensrechtliche Haftung für die wirtschaftlichen Folgen von Fehlentscheidungen ergreift ihn nicht als Person, sondern sie bezieht sich auf einen eingegrenzten Teil seiner Vermögenssphäre“.⁴¹

- 16 Indes relativiert sich das Haftungsprinzip dadurch, daß die Arbeitnehmer von einer persönlichen Haftung eines Gesellschafters mittelbar auch betroffen werden. Wenn beispielsweise ein Komplementär persönlich für eine falsche Entscheidung der KG nach außen haften muß, kann er beim Unternehmen Regreß nehmen (§§ 161 Abs. 2, 110 HGB)⁴² und – wenn der Gesellschaft hinreichende Mittel nicht mehr zur Verfügung stehen – bei den übrigen Gesellschaftern (§ 426 BGB)⁴³. Somit geht auch dem Unternehmen als solchen Kapital verloren, wenn falsche Entscheidungen getroffen werden. Dieser Verlust ist zur Erhaltung der Liquidität des Unternehmens auszugleichen, was je nach Folgeschwere der Fehlentscheidung nicht nur zum Absehen von Investitionen und damit langfristiger Arbeitsplatzsicherung, sondern auch zu Lohnsenkungen und Personalabbau führen kann. Die Arbeitnehmer haben deshalb auch ein eigenes Interesse, die persönliche Haftung eines Unternehmers zu vermeiden.

b) Abweichungen

- 17 Auch das Haftungsprinzip verfolgt der Gesetzgeber nicht konsequent.

aa) Ausfallhaftung

- 18 Gesellschafter einer GmbH können persönlich zur Ausfallhaftung verpflichtet sein (§§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG). Allerdings liegen die haftungsbegründenden Tatbestände im originären Fehlverhalten eines oder mehrerer Gesellschafter (unvollständige Einlagenerbringung, verbotene Rückzahlung), ohne daß eine mitbestimmte Entscheidung des Unternehmens vorliegt, sich also kein „Mitbestimmungsrisiko“ realisieren kann.⁴⁴

MitbestG Rn. 49; *Raiser/Veil*, § 1 MitbestG Rn. 4; *Steindorff*, FS Ballerstedt, S. 127 (130); *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 32.

41 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (348); zurückhaltend BGH vom 17.3.1966 – II ZR 282/63 – BGHZ 45, 204 (207).

42 MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 110 Rn. 31 f.

43 MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 110 Rn. 34.

44 *Raiser/Veil*, § 4 MitbestG Rn. 8.

bb) Nachschußpflichten

Nachschußpflichten können sowohl die Gesellschafter einer GmbH nach §§ 26 ff. GmbHG, wie auch die Mitglieder einer eG (§§ 6 Nr. 3, 105 GenG) und eines VVaG (§ 24 Abs. 2 VAG) treffen. In allen Fällen muß die Nachschußpflicht allerdings gesellschaftsvertraglich bzw. satzungsmäßig festgelegt werden, d.h. in Kenntnis der Mitbestimmung von Unternehmensentscheidungen durch die Arbeitnehmer im Aufsichtsrat müssen sich die Unternehmer bewußt für eine Nachschußpflicht entscheiden.⁴⁵ Der Umkehrschluß rechtfertigt es, daß dies nicht zum Ausschluß von der Mitbestimmung führen kann, weil sonst die Mitbestimmung (haftungs-)dispositiv gestellt würde und auch noch so geringe Nachschußpflichten jegliche Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensfragen vereiteln könnten.⁴⁶ Außerdem ist der Aufsichtsrat der eG nach dem Gesetz auf Überwachungsaufgaben beschränkt (§ 38 Abs. 1 GenG), wenn nicht durch mitbestimmungsfreie Entscheidung der Genossenschaftsmitglieder ihm kraft Satzung weitergehende Befugnisse zugeteilt werden (§ 38 Abs. 3 GenG). Das Mitbestimmungsrecht toleriert dies (§ 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MitbestG).⁴⁷

cc) Komplementär der KGaA

Ferner wird der Haftungsansatz durch die Mitbestimmung bei der KGaA in Frage gestellt, deren Komplementäre unbeschränkt persönlich haften (§ 278 Abs. 1 AktG). Nur auf den ersten Blick falsifiziert dies den Grundsatz der Unvereinbarkeit von persönlicher Haftung und Mitbestimmung, denn die KGaA erfährt keineswegs eine solch umfassende Mitbestimmung, wie z.B. die AG:

- Geschäftsführungsorgan der KGaA ist ihr Komplementär als persönlich haftender Gesellschafter kraft seiner Gesellschafterstellung (§ 278 Abs. 2 AktG). Dieser wird aber nicht, wie der Vorstand der AG, vom mitbestimmten Aufsichtsrat gewählt (§ 31 Abs. 1 Satz 2 MitbestG). In der KGaA hat der Aufsichtsrat also keinen Einfluß auf die Besetzung der Geschäftsführung.⁴⁸
- Die KGaA ist auch vom mitbestimmungsrechtlichen Zwang, einen Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied des Leitungsorgans zu installieren, freigestellt (§ 33 Abs. 1 Satz 2 MitbestG).

45 *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 32.

46 *Raiser/Veil*, § 1 MitbestG Rn. 5; a.A. *Beuthien*, ZfgG 26 (1976), 320 (330 f.), der die undifferenzierte Mitbestimmungspflicht der eG für verfassungswidrig erachtet; dagegen *Baumann*, ZHR 142 (1978), 557 (573 f.).

47 *Baumann*, ZHR 142 (1978), 557 (570 f.).

48 *Joost*, ZGR 1998, 334 (336).

- Statt dessen ist der Aufsichtsrat der KGaA vollständig auf die Kontrolle der Geschäftsführung beschränkt, hat nicht die Kompetenz zur Bilanzfeststellung (§ 286 Abs. 1 Satz 1 AktG) und kann keine Geschäftsordnung für das Geschäftsführungsorgan erlassen. Es finden nicht einmal die ansonsten obligatorischen Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Geschäfte (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG) bei ihm Anwendung.⁴⁹
- 21 Ob darin eine vornehme Zurückhaltung des Mitbestimmungs- vor dem Gesellschaftsrecht zu sehen ist, indem mitbestimmungsrechtlich „lediglich die formalen Konsequenzen aus der vorgefundenen Struktur der KGaA gezogen“ werden,⁵⁰ oder ob darin eine gesetzliche Anerkennung des Haftungsansatzes liegt,⁵¹ ist eine Glaubensfrage. Jedenfalls zeigt sich, daß die Mitbestimmung bei der KGaA mit der persönlichen Haftung ihrer Komplementäre nicht konfligiert.⁵²

dd) Kapitalgesellschaft & Co. KG mit weiteren Komplementären

- 22 Die Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG nach § 4 MitbestG gilt auch für den Fall, daß neben der Kapitalgesellschaft eine natürliche Person als weiterer Komplementär auftritt. § 4 MitbestG kennt keine Beschränkung auf den Fall, daß eine Kapitalgesellschaft alleiniger Komplementär der KG ist. Vielmehr sollen gerade auch in diesem Fall dem Leitungsorgan der KG (den Komplementären) die Arbeitnehmer der KG zugerechnet werden, um eine „Flucht aus der Mitbestimmung“ durch Aufnahme einer natürlichen Person als weiteren Komplementär zu verhindern.⁵³ Um der Unvereinbarkeit von persönlicher Haftung und Mitbestimmung gerecht zu werden, wird zwar die Beschränkung der Aufsichtsratsbefugnisse erwogen.⁵⁴ Gesetzlich ist dies allerdings nicht vorgesehen, weswegen die persönliche Haftung einer natürlichen Person als Mit-Komplementär bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG für über den Aufsichtsrat der Kapitalgesellschaft mitbestimmte Entscheidungen mit dem

49 Joost, ZGR 1998, 334 (336) m.w.N.

50 Joost, ZGR 1998, 334 (340); ähnlich Ulmer/Habersack/Henssler, § 31 MitbestG Rn. 4.

51 Baumann, ZHR 142 (1978), 557 (568 f.); Kallmeyer, DStR 1994, 977 (981); WWKK/Koberski, § 31 MitbestG Rn. 50.

52 Hauth, Probleme des VVaG, S. 174 f.; Raiser/Veil, Kapitalgesellschaftsrecht, § 23 Rn. 34; zur Mitbestimmung bei der kapitalistischen KGaA siehe Rn. 285 ff.

53 H.M.; BegrRegE, BT-Drs. 7/2172, S. 21; Joost, ZGR 1998, 334 (343); Ulmer/Habersack/Henssler, § 4 MitbestG Rn. 9 m.w.N.

54 Ulmer/Habersack/Henssler, § 4 MitbestG Rn. 9; dagegen Raiser/Veil, § 4 MitbestG Rn. 7.

Haftungsansatz eigentlich nicht vereinbar ist.⁵⁵ Jedoch handelt es sich bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG mit weiteren persönlich haftenden Komplementären um einen atypischen Sonderfall, der das Haftungsprinzip nicht insgesamt falsifiziert. Vielmehr trägt § 4 MitbestG gerade dem Haftungsprinzip Rechnung, indem es bei Wegfall der persönlichen Haftung die Mitbestimmung an der Stelle verstärkt, an der sie sinnvoller Weise nur ansetzen kann: beim Aufsichtsrat der Komplementärgesellschaft, denn der KG ist ein Aufsichtsorgan fremd.

ee) Stiftung und VVaG

Das Haftungsprinzip kann nicht erklären, weshalb Unternehmensträger 23 ohne persönlich haftende Personen (Stiftung, VVaG) aus dem Anwendungsbereich des *MitbestG* ausgenommen sind.⁵⁶ Freilich ist die Stiftung zumindest nicht materiell aufsichtsratsfähig⁵⁷ und der VVaG immerhin drittelmitbestimmt.

3. Prinzipienvergleich

„Ein einheitlicher Grundgedanke im Hinblick auf die Bedeutung von 24 Leitung und Haftung ist also im Mitbestimmungsgesetz schwerlich verwirklicht.“⁵⁸ Dennoch wird das Haftungsprinzip durch seine Abweichungen nicht insgesamt widerlegt.⁵⁹ Auch der Weg über das gesellschaftsrechtsakzessorische Aufsichtsratsdogma erfaßt den Geltungsbereich der Mitbestimmungsgesetze nicht widerspruchsfrei. Einzig die Behauptung, daß *nur* Kapitalgesellschaften – was auch immer im einzelnen darunter zu verstehen ist⁶⁰ – der Mitbestimmung unterliegen sollen,⁶¹ ist angesichts der Mitbestimmung bei der eG, bei der KGaA und

55 *Joost*, ZGR 1998, 334 (343); *Raiser/Veil*, § 4 MitbestG Rn. 7: „bemerkenswerte Inkonsequenz“.

56 *Joost*, ZGR 1998, 334 (343).

57 Dazu Rn. 294.

58 *Joost*, ZGR 1998, 334 (343); a.A. *Baumann*, ZHR 142 (1978), 557 (566): „Im MitbestG ist dieser Gedanke aufgegriffen worden, und zwar erstmals mit systemprägender Kraft“.

59 *Hauth*, Probleme des VVaG, S. 174: „nicht grundsätzlich durchbrochen, aber jedenfalls auch nicht strikt eingehalten“; dagegen *Joost*, ZGR 1998, 334 (342).

60 Zu den vielfältigen (Be-)Deutungsmöglichkeiten *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 1 Rn. 1 ff.

61 U.a. GK-AktG/*Oetker*, Vorbem. MitbestG Rn. 49; *Säcker*, DB 2003, 2535 f.; dagegen nimmt *WWKK/Koberski*, § 1 MitbestG Rn. 11, wenigstens eine Konkretisierung vor; ebenfalls noch zutreffend BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (380): „der Gesetzgeber durfte sich im wesentlichen auf Kapitalgesellschaften beschränken“.

dem VVaG zu pauschal, um als übergeordnetes Prinzip den Geltungsbereich der Mitbestimmung erklären zu können.⁶²

- 25 Da der Gesetzgeber des Gesellschaftsrechts auch der des Mitbestimmungsrechts ist, kann er – soweit er dem Aufsichtsratsdogma folgt – den Geltungsbereich der Unternehmensmitbestimmung durch Änderung der gesetzlichen Unternehmensverfassungen ohne weiteres modifizieren, ohne sich aus Mitbestimmungssicht dem Vorwurf der Willkür aussetzen zu müssen. Dies ist die Konsequenz der Gesellschaftsrechtsakzessorietät. Gleiches steht dem Gesetzgeber – soweit er dem Haftungsprinzip folgt – aber auch durch Änderung der gesetzlichen Haftungsregeln offen. Wenn beispielsweise die persönliche Haftung des Komplementärs bei der KG abgeschafft wird, ohne die KG zugleich dem Mitbestimmungsrecht zu unterstellen, ist dies systemwidrig im Sinne des Haftungsprinzips, nicht aber des Aufsichtsratsdogmas. Wenn der Gesetzgeber in der KG zwingend einen Aufsichtsrat verlangt, ohne sie zugleich in die Mitbestimmung einzubeziehen, ist dies systemwidrig im Sinne des Aufsichtsratsdogmas, nicht aber des Haftungsprinzips. Beide Ansätze können also aus ihrer Sicht verschiedene Systemwidrigkeiten nur innerhalb des Mitbestimmungsrechts aufdecken, weil beide von anderen Rechtsgebieten abhängig sind. Als Maßstab für die Gleichbehandlung *im Mitbestimmungsrecht* sind sie aber prinzipiell gleichermaßen geeignet. Wie bei jeder Systematisierung lassen sich die Ausnahmen von dem, was zuvor als System definiert wird, entweder durch Sachgründe rechtfertigen und damit letztlich als Bestätigung des Systems auffassen, oder als systemwidrige, da sachgrundlose Ungleichbehandlungen und damit als Verstoß gegen den Gleichheitssatz⁶³ begreifen.
- 26 Das *Aufsichtsratsdogma* vollzieht den Regelungsansatz der Mitbestimmung und den ihm zugrunde liegenden Prinzipienausgleich nach und kann deshalb die größere Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers für sich beanspruchen. Es respektiert die spezifische Entstehungsgeschichte des Mitbestimmungsrechts, die auf mühseligen Kompromissen unter starker Einflußnahme der Sozialpartner gründet,⁶⁴ und deswegen nicht völlig außer Betracht bleiben darf, bevor das Urteil der Gleichheitswidrigkeit und damit der Verfassungswidrigkeit über einer

62 Eingehend *Hauth*, Probleme des VVaG, S. 154 ff.

63 Dazu Rn. 44 ff.

64 Zur Gesetzgebungsentwicklung des MitbestG eingehend GK-AktG/*Oetker*, Vorbem. MitbestG Rn. 1 ff.

(Nicht-)Regelung ausgesprochen wird.⁶⁵ Freilich folgt aus politischen Schwierigkeiten kein Rechtfertigungsgrund.⁶⁶

Das *Haftungsprinzip* beruht statt dessen zwar auf der sachlichen Erwägung, daß eine persönliche Haftung für mitbestimmte und deshalb nicht mehr freie Entscheidungen die unternehmerische Freiheit zu sehr einschränkt. Damit trägt das Haftungsprinzip freilich vornehmlich nur für die quasi-paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG und kann für die Drittelbeteiligung nach dem DrittelbG nur ungleich geringere Geltung beanspruchen. Da aber wenigstens im Grundsatz von beiden Gesetzen die gleichen Gesellschaftsformen erfaßt und damit in *das* Mitbestimmungsrecht einbezogen werden, wird das Haftungsprinzip dadurch nicht in Frage gestellt. Allerdings dient das Haftungsprinzip schon seinem negativ formulierten Ansatz nach primär als Ausschlußkriterium für nicht mitbestimmungstaugliche Unternehmensformen, während seine positive Umkehrung nicht in gleicher Weise Geltung beanspruchen kann, geschweige denn im geltenden Mitbestimmungsrecht Niederschlag gefunden hat.⁶⁷ Insofern muß sich auch das Haftungsprinzip der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers beugen, der gerade nicht Mitbestimmung in jedem Unternehmen ohne persönlich haftenden Gesellschafter eingeführt hat, sondern in jedem Unternehmen, das einen Aufsichtsrat hat oder nach seinem typischen Gesellschaftsstatut einen solchen haben kann.⁶⁸

Freilich kumulieren Aufsichtsratsdogma und Haftungsprinzip insofern, als das Aufsichtsratsdogma gerade solche Unternehmen der Mitbestimmung unterstellt, die eine institutionelle Trennung von Unternehmerfunktion und Anteilseignern bereits durch Aufgliederung ihrer inneren Organisation verwirklichen. Die Mitbestimmung richtet sich damit vor allem an Unternehmen, deren Investoren mit ihrer Beteiligung weniger Zwecke der Berufsausübung als Unternehmereigentümer, sondern vielmehr Zwecke der Kapitalanlage als Anteilseigner verfolgen und folglich auch nur mit dieser haften und nicht aus eigenem unternehmerischem Risiko.⁶⁹ Der Geltungsbereich der Unternehmensmitbestimmung kann also grundsätzlich auf beide Prinzipien zurückgeführt werden. Für die weitere Untersuchung soll aber vornehmlich vom gesetzlichen Regelungs-

65 Kübler/Schmidt/Simitis, Mitbestimmung, S. 248.

66 Zutreffend Reichold, FAZ vom 1.7.2010, Nr. 149, S. 8 („Umwertung aller Werte“): „Das Parlament entmachtet sich selbst, wenn es der Stimmungsmache der Verbände auf den Leim geht.“

67 Dies konzidiert auch Baumann, ZHR 142 (1978), 557 (567 mit Fn. 63, 568).

68 Dagegen erwägt Baumann, ZHR 142 (1978), 557 (566), ob das Haftungsprinzip das Aufsichtsratsdogma zu relativieren vermag.

69 Angedeutet im Bericht der Mitbestimmungskommission 1970, BT-Drs. 6/334, S. 115; aufgenommen von BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (348).

ansatz und damit vom Aufsichtsratsdogma ausgegangen werden, um systemwidrige Ungleichbehandlungen festzustellen, während auf das Haftungsprinzip ergänzend zurückzugreifen ist.

B. Belegschaftsgrößenabhängige Mitbestimmungsintensität

- 29 Das Mitbestimmungsrecht orientiert sich in Tatbestand und Rechtsfolgen an der Anzahl der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer.

I. Anknüpfung an der Belegschaftsgröße

- 30 Die allgemeinen Mitbestimmungsgesetze bestimmen ihre Geltungsbereiche (neben der Rechtsform) nach der regelmäßigen Beschäftigtenzahl im Unternehmen und grenzen sich auch anhand dieser voneinander ab (§ 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 DrittelbG, § 1 Abs. 3 MitbestG): Während das DrittelbG für Unternehmen gilt, die in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 Abs. 1 DrittelbG), erfaßt das MitbestG Unternehmen, die in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigten (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG). Unternehmen, die in der Regel weniger als 501 Arbeitnehmer beschäftigen, bleiben mitbestimmungsfrei.⁷⁰ Die Anknüpfung an die Belegschaftsgröße soll als Indiz für die Bedeutung der Unternehmen dienen, obgleich in Anlehnung an die Bilanzvorschriften des HGB auch an eine Kombination aus Bilanzsumme, Umsatz und Arbeitnehmerzahl zu denken wäre.⁷¹ Von der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist eine belegschaftsgrößenabhängige Mitbestimmung allerdings gedeckt, denn in kleineren Unternehmen ist das Bedürfnis der Arbeitnehmer nach Beteiligung am unternehmerischen Planungsprozeß als wesentlich geringer anzusehen und deshalb unter dem Aspekt der Gleichbehandlung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁷² Die mit strikten Grenzwerten zwangsläufig verbundenen Härtefälle, sind aus Gründen der dem Gesetzgeber zustehenden typisierenden Betrachtung der Lebenswirklichkeit zum Zwecke der Vereinfachung hinzunehmen.⁷³

70 Dagegen Entschließungsantrag der SPD-Fraktion, BT-Drs. 17/2122, S. 2, „die Schwellenwerte für das Mitbestimmungsgesetz auf 1.000 Beschäftigte und für das Drittelbeteiligungsgesetz auf 250 Beschäftigte [zu] verringern“; insofern schon weitsichtig *Buchner*, ZfA 1974, 147 (171).

71 *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (385 f., 393, 395); so auch schon ein SPD-Vorschlag aus dem Jahre 1968, BT-Drs. 5/3657.

72 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (380 f.); *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung, S. 248 f.; GK-AktG/*Oetker*, Vorbem. MitbestG Rn. 49.

73 *Henssler*, ZfA 2000, 241 (245); *Sachs/Osterloh*, Art. 3 Rn. 104 ff.

Davon abweichend sind Unternehmen in der Rechtsform einer AG oder KGaA mit in der Regel weniger als 501 Arbeitnehmern⁷⁴ drittelmitbestimmt, wenn sie vor dem 10. August 1994 ins Handelsregister eingetragen worden und keine Familiengesellschaft sind (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, Nr. 2 Satz 2 DrittelbG). Die Montanmitbestimmung weicht insofern ab, als sie bereits ab 1.001 Beschäftigten (§ 1 Abs. 2 MontanMitbestG) bzw. sogar theoretisch unabhängig von der Beschäftigtenzahl (§ 3 MontanMitbestErgG)⁷⁵ gilt und zusätzlich auf einen hinreichenden montanen Unternehmenszweck als Anwendungsvoraussetzung abstellt.

II. Zunehmende Arbeitnehmerrepräsentierung

Die Mitbestimmungsintensität steuert das Mitbestimmungsrecht in Anknüpfung an die Belegschaftsgröße in erster Linie über den Anteil der Arbeitnehmersitze im Aufsichtsrat. In Unternehmen, die zwischen 501 und 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen und folglich dem DrittelbG unterfallen, ist der Aufsichtsrat zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen (§ 4 Abs. 1 DrittelbG). In Unternehmen, die mindestens 2.001 Arbeitnehmer beschäftigen und folglich dem MitbestG unterfallen, ist der Aufsichtsrat zur Hälfte mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 MitbestG).

Im übrigen beläßt es das Mitbestimmungsrecht bei den jeweils nach dem Gesellschaftsstatut (§ 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3 MitbestG) und der Unternehmenssatzung (§ 25 Abs. 2 MitbestG, § 111 Abs. 4 AktG)⁷⁶ geltenden Befugnissen des Aufsichtsrats und macht nur spezielle Vorgaben für den GmbH-Aufsichtsrat, der dem AG-Aufsichtsrat weitgehend gleichgestellt wird (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG),⁷⁷ und den eG-Aufsichtsrat (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2-4 DrittelbG, § 6 Abs. 2, 3 MitbestG). Eine Steigerung der Mitbestimmungsintensität führen aber die §§ 30 ff. MitbestG gegenüber dem DrittelbG herbei, indem sie dem Aufsichtsrat die Personalkompetenz für das gesetzliche Vertretungsorgan des Unternehmens zuweisen, soweit sie nicht bereits aus dem Gesellschaftsstatut folgt (§ 30 MitbestG, § 84 AktG).

74 Das Gesetz spricht zwar von „weniger als 500 Arbeitnehmern“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 MitbestG), doch sind zur Vermeidung einer „Mitbestimmungslücke“ auch Alt-Gesellschaften mit exakt 500 Arbeitnehmern noch in das DrittelbG einzubeziehen, Ulmer/*Habersack*/Henssler, § 1 DrittelbG Rn. 17.

75 *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (386).

76 Formelle Vorgaben zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats folgen aus den §§ 25 ff. MitbestG, insbes. hat der mitbestimmte Aufsichtsrat die Befugnis zur Bestellung des gesetzlichen Vertretungsorgans nach Maßgabe der §§ 30 ff. MitbestG.

77 Zu den damit verbundenen Problemen *Baumann*, ZHR 142 (1978), 557 ff.; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 35 Rn. 1 ff.

- 34 Darüber hinausgehende Vorgaben für die Entscheidungskompetenzen des Aufsichtsrats und damit materielle Mitbestimmungserfordernisse macht das Mitbestimmungsrecht grundsätzlich nicht,⁷⁸ sondern verhält sich insofern als formales Organisationsrecht⁷⁹ akzessorisch zu den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben der einzelnen Rechtsformen und den Unternehmenssätzen bzw. Gesellschaftsverträgen, was – wie bei der KGaA gesehen⁸⁰ – zu einem „Mitbestimmungsgefälle“ zwischen den Rechtsformen,⁸¹ aber auch zwischen Unternehmen gleicher Rechtsform führen kann.⁸² All dies zählt freilich zu den „stillschweigend akzeptierten Geschäftsgrundlagen des Koalitionskompromisses“.⁸³
- 35 Von der inhaltlichen Neutralität des Mitbestimmungsrechts weicht das VW-Gesetz ab, indem es für die Errichtung und die Verlegung von Produktionsstätten bei der dem MitbestG unterfallenden Volkswagen AG zwingend eine Zustimmung des Aufsichtsrats mit Zwei-Drittel-Mehrheit verlangt (§ 25 Abs. 1 Satz 2 MitbestG, § 4 Abs. 2 VW-Gesetz). Außerdem macht das MontanMitbestG abweichende materielle Vorgaben zur Aufsichtsratskompetenz, indem der Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied des zur Vertretung des Unternehmens berufenen Organs nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter bestellt werden kann (§ 13 Abs. 1 Satz 2 MontanMitbestG).

C. Betroffenenbeteiligung

I. Mitbestimmung der Betroffenen

- 36 Unternehmensmitbestimmung ist Mitbestimmung durch die, die es angeht. Zwar verhindert der rechtsformspezifische Ansatz, daß Mitbestimmung in jedem Unternehmen stattfindet, das Aufsichtsratsdogma verhindert, daß Mitbestimmung immer an der richtigen Stelle im Unternehmen stattfindet, und die Anknüpfung am deutschen Gesellschaftsrecht verhindert, daß Mitbestimmung immer an der richtigen Stelle im Konzern

78 Dagegen Entschließungsantrag der SPD-Fraktion, BT-Drs. 17/2122, S. 2, „einen gesetzlichen Mindestkatalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte für zentrale unternehmerische Entscheidungen – insbesondere Betriebsschließungen, Standortverlagerungen und Unternehmensverkäufe – im Aufsichtsrat einzuführen“.

79 *Martens*, AG 1976, 113 (119).

80 Dazu Rn. 20 f.

81 *Ulmer/Habersack/Henssler*, Einl. MitbestG Rn. 10.; *WWKK/Wißmann*, Vorbem. Rn. 53.

82 In mitbestimmten Unternehmen werden tendenziell weniger Sachentscheidungen zustimmungspflichtig gemacht, *Berrar*, DB 2001, 2181 (2182 f.); *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235 (240).

83 *Steindorff*, FS Ballerstedt, S. 127 (129).

stattfindet, wenn entweder die Konzernspitze in ausländischer Rechtsform geführt wird oder die tatsächliche Organisation der Leitungsstrukturen mit den rechtlichen nicht übereinstimmt.⁸⁴ An den Stellen, an denen Mitbestimmung aber stattfinden kann, achtet das Mitbestimmungsrecht grundsätzlich sehr darauf, alle von der (wenigstens theoretischen) Entscheidungsmacht dieser Instanz (z.B. inländische Teilkonzernspitze) betroffenen Arbeitnehmer auch an dieser Stelle mitbestimmen zu lassen.

Der Grundsatz der Betroffenenbeteiligung wird vor allem dadurch 37
verwirklicht, daß zum Zwecke der Mitbestimmung zu den Arbeitnehmern eines Unternehmens nicht nur die unmittelbar bei ihm, sondern auch bei all seinen Tochter- und Enkelunternehmen beschäftigten Arbeitnehmer gehören (§ 2 DrittelbG, § 5 MitbestG). Damit wird der Verlagerung unternehmerischer Entscheidungen auf die Konzernspitze Rechnung getragen, indem die Arbeitnehmer der Tochterunternehmen an den auch für sie wichtigen Entscheidungsprozessen beteiligt und die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Konzernspitze durch alle betroffenen Arbeitnehmer legitimiert sind.⁸⁵ Unabhängig davon, in welcher Rechtsform der eigene Arbeitgeber organisiert ist,⁸⁶ können Arbeitnehmer somit auf die unternehmerischen Entscheidungen übergeordneter Instanzen ebenso Einfluß nehmen, wie die dort unmittelbar beschäftigten. Im Interesse einer größtmöglichen Wirksamkeit⁸⁷ der Unternehmensmitbestimmung kommt es dabei nicht darauf an, ob das Mutterunternehmen selbst die für die Mitbestimmung erforderlichen Arbeitnehmerzahlen aufweist, sondern es zählen alle Konzernbeschäftigten als solche des Mutterunternehmens, so daß auch arbeitnehmerlose Konzernspitzen einen quasi-paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat haben können, wenn ihnen mehr als 2.000 Arbeitnehmer aus Konzernunternehmen zuzurechnen sind (§ 5 Abs. 1 MitbestG).

Die Konzernzurechnung rechtfertigt sich vor allem aus der beschränkten 38
Leitungsmacht der Tochterunternehmen, deren Vorstände im Vertragskonzern weisungsgebunden sind und selbst eine erforderliche, aber verweigerte Zustimmung des (mitbestimmten) Aufsichtsrats im beherrschten Unternehmen durch wiederholende Anweisung des herrschenden Unternehmens übergangen werden kann (§ 308 Abs. 3 AktG). Die wiederholende Anweisung ist dann aber obligatorisch mit einer Zustimmung des (mitbestimmten) Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens abzusichern, wenn dort ein solcher besteht (§ 308 Abs. 3 Hs. 2

84 *Wißmann*, FS Däubler, S. 385; exemplarisch OLG Frankfurt a.M. vom 21.4.2008 – 20 W 342/07 – ZIP 2008, 878; vom 21.4.2008 – 20 W 8/07 – ZIP 2008, 880.

85 *Habersack*, AG 2007, 641.

86 *Raiser/Veil*, § 5 MitbestG Rn. 7.

87 *Raiser/Veil*, § 5 MitbestG Rn. 1.

AktG).⁸⁸ Die Mitbestimmungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer im Unternehmen sollen durch Konzernabhängigkeiten nicht geschmälert werden, sondern setzen sich an den Stellen fort, an denen die maßgeblichen Entscheidungen getroffen werden. Mit § 5 Abs. 3 MitbestG geht das Mitbestimmungsrecht zu diesem Zweck sogar an die Grenzen seines Regelungsansatzes, indem an die Stelle einer nicht mitbestimmungsfähigen Konzernspitze (z.B. in ausländischer Rechtsform) die mitbestimmungsfähige Teilkonzernspitze tritt, die der Konzernleitung am nächsten steht, auch wenn sie nicht mehr über nennenswerte Gestaltungsmacht auf die Unternehmenspolitik verfügt.⁸⁹

- 39 Betroffenenbeteiligung wird auch bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG realisiert. Die Arbeitnehmer der an sich mitbestimmungsfreien KG, deren Komplementär eine AG oder GmbH ist, gelten für das Mitbestimmungsrecht als solche der Komplementärgesellschaft (§ 4 Abs. 1 MitbestG), die auch nicht von der Geschäftsführung der KG ausgeschlossen werden darf (§ 4 Abs. 2 MitbestG). Mitbestimmt wird zwar nicht die KG, doch mit der Komplementärgesellschaft ihr Leitungsorgan, das die maßgeblichen Entscheidungen trifft.

II. Abweichungen geringeren Ausmaßes

- 40 Die Konzernzurechnung regeln die Mitbestimmungsgesetze allerdings nur insofern einheitlich, als die Tochterunternehmen kraft Beherrschungsvertrag oder Eingliederung in den Konzern eingebunden sind (Vertragskonzern). Eine Arbeitnehmerzurechnung für die Berechnung der mitbestimmungsrelevanten Beschäftigtenzahl findet im faktischen Konzern hingegen nur nach § 5 Abs. 1 MitbestG, nicht nach dem DrittelbG statt. Auch bei der nach § 1 Abs. 2 MontanMitbestG notwendigen Arbeitnehmerzahl von mehr als 1.000 regelmäßig Beschäftigten bleiben Tochterunternehmen außer Betracht.⁹⁰ Im Gleichordnungskonzern findet überhaupt keine Arbeitnehmerzurechnung statt.⁹¹ Auch die Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG ist nur im Anwendungsbereich des MitbestG vorgesehen (§ 4 MitbestG), so daß Komplementärgesellschaften die Beschäftigten der KG nicht zugerechnet werden, solange dies nicht zu einer Gesamtbeschäftigtenzahl von mehr als 2.000 führt.

88 *Baumann*, ZHR 142 (1978), 557 (576).

89 Mehrheitsbeteiligung soll zur Beherrschung i.S.d. § 5 Abs. 3 MitbestG ausreichen, auch wenn keine einheitliche Leitung vorliegt, OLG Frankfurt a.M. vom 21.4.2008 – 20 W 8/07 – ZIP 2008, 880; ablehnend *Walk/Burger*, RdA 2009, 373 (375 f.).

90 *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (393).

91 Kritisch *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (395), mit dem Beispiel BGH vom 28.11.1988 – II ZR 57/88 – BGHZ 106, 54 (Verlagerung der EDV-Abteilung von Opel auf eine Konzernschwester).

III. Abweichung größeren Ausmaßes

Auf das Schwerste wird die Betroffenenbeteiligung aber dadurch 41
mißachtet, daß Arbeitnehmer im Sinne des Mitbestimmungsrechts immer
nur solche mit inländischem Beschäftigungsort sind. Die (noch) herr-
schende Meinung geht nämlich davon aus, daß bei einem Unternehmen
beschäftigte Arbeitnehmer im Sinne der § 3 Abs. 1 DrittelbG und § 3 Abs. 1
MitbestG (jeweils i.V.m. § 5 BetrVG) nicht solche mit regelmäßigen
Beschäftigungsort außerhalb Deutschlands sind.⁹² Damit erlaubt die
deutsche Mitbestimmung immer nur Inländermitbestimmung, während
Beschäftigte in unselbständigen Niederlassungen im Ausland oder in
Tochterunternehmen ausländischer Rechtsform der Fremdbestimmung
der Anteilseigner und der deutschen Arbeitnehmervertreter ausgeliefert
bleiben. Weder zählen sie bei der Berechnung der Belegschaftsgröße mit,
noch haben sie aktives oder passives Wahlrecht bei den Aufsichtsrats-
wahlen ihres deutschen (Mutter-)Unternehmens, dessen Leitungsmacht
sie aber in gleichem Maße unterworfen sind, wie ihre Kollegen in
deutschen Niederlassungen und Tochterunternehmen.

Während das deutsche Mitbestimmungsrecht somit einerseits von unter- 42
nehmerischer Entscheidungsmacht *real betroffene* Arbeitnehmer als nicht
zum Unternehmen gehörig betrachtet, fingiert es andererseits von unter-
nehmerischer Entscheidungsmacht *nicht betroffene* Arbeitnehmer als zum
Unternehmen gehörig. Solch theoretische Mitbestimmung durch nicht
mehr im Unternehmen beschäftigte Arbeitnehmer („Unbetroffenenbeteili-
gung“) bewirkt § 1 MitbestBeiG⁹³, der grenzüberschreitende Betriebsüber-
gänge für das Mitbestimmungsrecht als nicht geschehen definiert, sofern
dadurch die Mindestarbeitnehmerzahl des bislang für ein Unternehmen
geltenden Mitbestimmungsstatuts unterschritten wird.⁹⁴ Die durch die

92 Dazu Rn. 330 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

93 Gesetz zur Beibehaltung der Mitbestimmung beim Austausch von Anteilen und
der Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener
Mitgliedstaaten der Europäischen Union betreffen (MitbestBeiG) vom
23.8.1994, BGBl. I, 2228; basierend auf der RL 90/434/EWG des Rates vom
23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die
Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die
Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (Fusions-
besteuerungsRL), ABl. 1990, L 225.

94 Joost, FS Richardi, S. 573 (579), spricht von einem „originellen Weg“, den man
„mit einem gewissen Amüsement zur Kenntnis nehmen“ könne; Wißmann, FS
Däubler, S. 385 (389), sieht eine „verblüffende Verbindung von Mitbestim-
mungs- und Umwandlungssteuerrecht“. Ähnliches bewirkt § 325 Abs. 1 UmwG,
der das hier nicht näher zu behandelnde Gleichbehandlungsproblem birgt, daß
er nur Abspaltung und Ausgliederung von Unternehmensteilen nach § 123

gesetzliche Fiktion entstehenden „Geisterbelegschaften“⁹⁵ können natürlich nicht *mitwählen*, aber immerhin *mitzählen* und stehen insofern besser, als ihre in ausländischen Betrieben beschäftigten (Ex-)Kollegen desselben Unternehmens oder bei ausländischen Tochterunternehmen beschäftigten (Ex-)Kollegen desselben Konzerns.⁹⁶

Abs. 2 und 3 UmwG, nicht aber Aufspaltung des Unternehmens nach § 123 Abs. 1 UmwG erfaßt; dazu *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (394).

95 *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (389).

96 Erst wenn die inländische Realbelegschaft ein Viertel der mitbestimmungsrechtlich erforderlichen Mindestarbeitnehmerzahl unterschreitet (§ 2 Abs. 2 MitbestBeiG) oder das eingebrachte Betriebsvermögen bzw. die an seine Stelle tretenden Anteile steuerlich mit dem tatsächlichen Wert des eingebrachten Betriebsvermögens angesetzt werden (§ 2 Abs. 1 MitbestBeiG), endet die Fiktion. Letzteres ist für *Joost*, FS Richardi, S. 573 (580 f.), ein „rechtspsychologisch fataler Weg der Gesetzgebung“.

§ 2 Gleichbehandlungsgrundsätze

Systemabweichungen stehen im Widerspruch zu den allgemeinen Regeln. 43 Gleichbehandlungsgrundsätze sind der juristische Maßstab, um mit Ungleichheiten umzugehen. Soweit Ungleichbehandlungen nur Inlandsbezug aufweisen, ist der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG maßgeblich, während bei grenzüberschreitendem Bezug nach einem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu suchen ist.

A. Verfassungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

I. Gleichbehandlung und Systemgerechtigkeit

Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich, Art. 3 Abs. 1 GG. Dies gilt gem. 44 Art. 19 Abs. 3 GG auch für juristische Personen sowie teilrechtsfähige Personenmehrheiten und Organisationen.⁹⁷ Der Gleichheitssatz bindet nicht nur den Rechtsanwender sondern auch den Rechtsetzer, wird bei letzterem aber gemeinhin erst als verletzt angesehen, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für eine gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn eine Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß.⁹⁸ Bei dieser Willkürformel hat es das BVerfG nicht belassen und mit der „Neuen Formel“ eine verfassungswidrige Gleichheitsverletzung bereits dann angenommen, wenn eine Gruppe von Normadressaten anders behandelt wird als eine andere, obwohl zwischen beiden keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.⁹⁹ Noch konkreter wird der Gleichheitssatz ausformuliert, wenn der Gesetzgeber von einem von ihm selbst geschaffenen Regelungssystem Ausnahmen schafft, die von den systemimmanenten Wertungen und Prinzipien abweichen und damit die spezifische Systemgerechtigkeit verletzen.¹⁰⁰ Das BVerfG hat wiederholt ausgeführt, daß solche Systemwidrigkeiten, welche die „vom Gesetz selbst statuierte Sachgesetzlichkeit“

97 Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 16, 19.

98 So schon BVerfG vom 12.10.1951 – 2 BvG 1/51 – BVerfGE 1, 14 (52); vom 23.1.1968 – 1 BvR 709/66 – BVerfGE 23, 50 (60); vom 20.3.1979 – 1 BvR 111/74, 283/78 – BVerfGE 51, 1 (26); zur Entwicklung des Gleichheitsgebots *Fleischer/Thüsing*, NZG 1999, 537 (545); *Wendt*, NVwZ 1988, 778 ff.

99 BVerfG vom 7.10.1980 – 1 BvL 50/79, 89/79; 1 BvR 240/79 – BVerfGE 55, 72 (88).

100 Umfassend *Degenhart*, Systemgerechtigkeit, S. 19 ff.

verletzen, einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz indizieren.¹⁰¹ Die jeweils in Rede stehenden Systemmaßstäbe lassen sich aber nicht abstrakt, sondern nur in bezug auf die unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen.¹⁰² Für das Einkommensteuerrecht heißt das beispielsweise, daß der Gesetzgeber an das Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit und das Gebot der Folgerichtigkeit gebunden ist.¹⁰³

II. Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit

- 45 Nicht jede Systemwidrigkeit ist aber zugleich verfassungswidrig. Der Gesetzgeber genießt eine weite Einschätzungsprärogative, die es ihm ermöglicht, Systeme weiterzuentwickeln und Systemausnahmen zu schaffen.¹⁰⁴ Dabei kann nicht verlangt werden, daß stets die zweckmäßigste, gerechteste und vernünftigste Lösung ergriffen wird.¹⁰⁵ Es kann aber verlangt werden, daß sich für die Systemabweichung ein Grund finden läßt, der die unterschiedliche Behandlung orientiert am Gerechtigkeitsgedanken und vor dem Hintergrund der Gleichheit im System zu tragen vermag. Auf irgendeine Unterschiedlichkeit mit irgendeiner Regelung zu reagieren genügt ebensowenig, wie pauschales Behaupten einer „sachgerechten“ Differenzierung. „Sachgerechtigkeit“ im Sinne einer präzisen Wahrnehmung und gerecht differenzierenden Würdigung der Wirklichkeit ist notwendig. Nur in diesem Sinne ist der vielfach als Pseudoargument anzutreffende Topos begründungsrational überhaupt verwendbar.¹⁰⁶ Das BVerfG fordert deshalb zu Recht:

-
- 101 BVerfG vom 16.12.1958 – 1 BvL 3/57, 4/57, 8/58 – BVerfGE 9, 20 (28); vom 24.1.1962 – 1 BvR 845/58 – BVerfGE 13, 331 (340); vom 27.1.1965 – 1 BvR 213/58, 715/58, 66/60 – BVerfGE 18, 315 (334); vom 16.2.1965 – 1 BvL 20/64 – BVerfGE 18, 366 (372); vom 24.5.1967 – 1 BvL 18/65 – BVerfGE 22, 28 (34); vom 24.7.1968 – 1 BvR 537/65 – BVerfGE 24, 75 (100); vom 2.10.1968 – 1 BvF 3/65 – BVerfGE 24, 174 (181); vom 7.5.1969 – 2 BvL 15/67 – BVerfGE 25, 371 (401 f.); vom 9.3.1971 – 2 BvR 326-327/69, 341-345/69 – BVerfGE 30, 250 (270 f.); vom 7.11.1971 – 1 BvR 338/68 – BVerfGE 34, 103 (115). Aus der Literatur dazu *Degenhart*, Systemgerechtigkeit, S. 22 ff.; *Jarass/Pieroth*, Art. 3 Rn. 29; *Sachs/Osterloh*, Art. 3 Rn. 98 ff.; *Wendt*, NVwZ 1988, 778 (783).
- 102 BVerfG vom 6.3.2002 – 2 BvL 17/99 – BVerfGE 105, 73 (111); vom 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, 2/07; 2 BvL 1/08, 2/08 – NJW 2009, 48 (49).
- 103 BVerfG vom 9.12.2008 – 2 BvL 1, 2/07; 1, 2/08 – NJW 2009, 48 (49 f.).
- 104 *Morgenthaler*, in: Mellinghoff/Palm, Gleichheit im Verfassungsstaat, S. 51 (53, 65).
- 105 Statt vieler BVerfG vom 8.6.2004 – 2 BvL 5/00 – BVerfGE 110, 412 (436); BGH vom 30.7.1990 – NotZ 2/90 – BGHZ 112, 163 (173).
- 106 Zutreffend *Sachs/Osterloh*, Art. 3 Rn. 102 f.; vgl. *Morgenthaler*, in: Mellinghoff/Palm, Gleichheit im Verfassungsstaat, S. 51 (64); inflationär BVerfG vom 9.2.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09 – NJW 2010, 505 (LS 3, Rn. 139, 168,

„[Es] genügt [...] zur Rechtfertigung einer vom Normgeber vorgenommenen verschiedenen Behandlung zweier Sachverhalte nicht, auf die eine oder andere Verschiedenheit zwischen ihnen hinzuweisen, es muß vielmehr ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung bestehen“.¹⁰⁷

„Es muß sich aus dem Sachverhalt, den die differenzierende Regelung zum Gegenstand hat, gerade für sie ein sachlich vertretbarer Gesichtspunkt anführen lassen“.¹⁰⁸

Welche Anforderungen an den Sachzusammenhang außer allgemeiner Zweckrationalität¹⁰⁹ zu stellen sind und wieviel im Umkehrschluß von der „weiten“ Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers tatsächlich übrig bleibt¹¹⁰, präzisiert das BVerfG mit seiner „neuesten Formel“¹¹¹: Demnach unterliegt der Gesetzgeber besonders strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen, wenn er entweder (natürliche) Personengruppen verschieden behandelt, weil damit die Gefahr von Minderheitendiskriminierungen wächst, oder sich die Differenzierung auf die Wahrnehmung von (Freiheits-)Grundrechten negativ auswirkt.¹¹² Bei personalen Differenzierungen ist eine um so strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, je weniger das Unterscheidungsmerkmal beeinflussbar ist, insbesondere je stärker an Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG angeknüpft wird.¹¹³ Bei grundrechtsrelevanten Differenzierungen sind mit zunehmender Eingriffsintensität die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu erhöhen.¹¹⁴ Anders als bei Freiheitsgrundrechten ist die Verhältnismäßigkeit beim Gleichheitssatz nicht zwischen

171, vor allem Rn. 185: „Vielmehr stehen andere, sachgerechtere Anpassungsmechanismen zur Verfügung [...]“).

107 BVerfG vom 12.10.1976 – 1 BvR 197/73 – BVerfGE 42, 374 (388); vgl. BVerwG vom 3.7.1991 – 6 P 3/89 – BVerwGE 88, 354 (361).

108 BVerfG vom 15.10.1985 – 2 BvL 4/83 – BVerfGE 71, 39 (58).

109 Sachs/Osterloh, Art. 3 Rn. 19.

110 In BVerfG vom 9.2.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09 – NJW 2010, 505 (Rn. 133), ist es nur noch „ein Gestaltungsspielraum“, allerdings geht es dort auch um das in der Menschenwürde und dem Sozialstaatsgebot verankerte Grundrecht auf Gewährleistung des Existenzminimums.

111 BeckOK-GG/Kischel, Art. 3 Rn. 28.

112 BVerfG vom 26.1.1993 – 1 BvL 38, 40, 43/92 – BVerfGE 88, 87 (96 f.); kritisch zur Personengruppenanknüpfung Sachs/Osterloh, Art. 3 Rn. 27 ff.; zustimmend zur Verbindung mit Freiheitsgrundrechten Sachs/ders., Art. 3 Rn. 32 f.

113 Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 19; BeckOK-GG/Kischel, Art. 3 Rn. 42.

114 Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 21; BeckOK-GG/Kischel, Art. 3 Rn. 48.

Rechtfertigungsgrund und Freiheitsbeeinträchtigung, sondern zwischen Sachgrund und Grad der Ungleichbehandlung herzustellen.¹¹⁵

- 47 Verhältnismäßigkeit heißt dabei stets, daß die Differenzierung einen legitimen Zweck verfolgen muß, und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) ist.¹¹⁶ Den *legitimen Zweck* einer Ungleichbehandlung darf der Gesetzgeber kraft seiner demokratischen Souveränität selbst bestimmen, soweit er nicht durch das Grundgesetz verboten ist.¹¹⁷ *Geeignet* ist eine Differenzierung, wenn sie dem mit ihr verfolgten Zweck zumindest förderlich ist, wobei die vom Gesetzgeber angestellte Prognose vertretbar sein muß.¹¹⁸ *Erforderlichkeit* verlangt, daß kein milderes Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung steht, das gleichermaßen wirksam ist.¹¹⁹ *Angemessen* ist eine gesetzliche Ungleichbehandlung, wenn sie zum mit ihr verfolgten Zweck nicht außer Verhältnis steht, wobei die geförderten Belange und das Ausmaß des angestrebten Nutzens den beeinträchtigten Rechtspositionen und dem Gewicht ihrer Verkürzung unter Berücksichtigung aller erkennbaren Konsequenzen und Besonderheiten des Einzelfalls gegenüberzustellen sind.¹²⁰ Je strengere Verhältnismäßigkeit gefordert wird, desto höhere Anforderungen sind an Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit einer Ungleichbehandlung zu stellen und desto stärker ist folglich auch die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zugunsten der Gleichbehandlung eingeschränkt.

III. Mitbestimmung und Freiheitsgrundrechte

- 48 Mitbestimmung konfligiert mit Freiheitsgrundrechten, insbesondere mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG.

1. Eigentumsfreiheit und Mitbestimmung

- 49 Sowohl das Anteilseigentum als auch das Eigentum der Unternehmensträger unterfällt dem Schutz der durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsfreiheit.¹²¹ Unternehmensmitbestimmung betrifft die Binnenstruktur und -organisation von Gesellschaften und stellt damit eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2

115 Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 27.

116 Sachs/*ders.*, Art. 20 Rn. 149.

117 Sachs/*ders.*, Art. 20 Rn. 149.

118 Sachs/*ders.*, Art. 20 Rn. 151.

119 Sachs/*ders.*, Art. 20 Rn. 152.

120 Sachs/*ders.*, Art. 20 Rn. 154.

121 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (341).

GG dar.¹²² Anteilseigner werden durch Mitbestimmungsvorschriften mittelbar in ihren Verfügungsbefugnissen betroffen, während der Vermögenswert ihres Anteilsrechts nahezu nicht beeinträchtigt wird, weshalb nicht von einer qualitativen Veränderung des Anteilseigentums durch Mitbestimmung ausgegangen werden kann.¹²³

Allerdings werden die Anteilseigner in ihren mitgliedschaftsrechtlichen Positionen weitgehend eingeschränkt, wenn sie im Aufsichtsrat bis zur Hälfte ihrer Sitze an Arbeitnehmervertreter überlassen müssen. Nichtsdestotrotz behalten sie in ihrer Gesamtheit stets den maßgeblichen Einfluß (Letztentscheidungsrecht) durch das Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden (§ 29 Abs. 2 Satz 1, § 31 Abs. 4 Satz 1 MitbestG), der im Zweifel von der Anteilseignerseite gewählt wird (§ 27 Abs. 2 MitbestG).¹²⁴ Deswegen führt auch ein *paritätisch* besetzter Aufsichtsrat nur zu *quasi-paritätischer* Mitbestimmung. Überdies bleibt der Anteilseignerversammlung der Weg offen, sich durch einen Beharrungsbeschluß über Aufsichtsratsentscheidungen hinwegzusetzen (§ 111 Abs. 4 Satz 3 AktG) oder anderweitig auf die Geschäftsführung maßgeblichen Einfluß auszuüben (§§ 37, 46 Nr. 6 GmbHG, § 27 GenG).¹²⁵ Solange die Mitbestimmung nicht dazu führt, daß über das im Unternehmen investierte Kapital gegen den Willen aller Anteilseigner entschieden werden kann, die Anteilseigner nicht die Kontrolle über die Führungsauswahl im Unternehmen verlieren und ihnen das Letztentscheidungsrecht belassen wird, hält sich die Mitbestimmung in den Grenzen zulässiger Inhalts- und Schrankenbestimmungen.¹²⁶

Das Anteilseigentum weist gegenüber dem „klassischen“ Sacheigentum einen deutlich geringeren personalen Bezug auf, weil der Gebrauch dieses Eigentums und die Verantwortung für diesen Gebrauch auseinander fallen.¹²⁷ Deswegen können insoweit keine schärferen Anforderungen an

122 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (341 f.); Maunz/Dürig/Papier, Art. 14 III Rn. 496.

123 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (344 ff.).

124 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (347).

125 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (346).

126 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (350).

127 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (348).

die Verhältnismäßigkeit einer Ungleichbehandlung gestellt werden, als bei der Ungleichbehandlung natürlicher Personen.¹²⁸

2. Berufsfreiheit und Mitbestimmung

- 52 Die aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Unternehmerfreiheit¹²⁹ dient im Fall von Großunternehmen weniger der Ausformung der Persönlichkeit des Menschen, sondern der Gewährleistung eines Verhaltens, dessen Wirkungen weit über das wirtschaftliche Schicksal des Unternehmens hinausreichen.¹³⁰ Mitbestimmung greift aber auch in die so verstandene unternehmerische Betätigungsfreiheit ein, weil die unternehmenstragenden Gesellschaften durch die neue Zusammensetzung des Aufsichtsrats in der Freiheit ihrer Planung und Entscheidung eingeengt werden, indem sie im Umfang ihrer Abhängigkeit vom Aufsichtsrat an die Mitwirkung der nicht von den Anteilseignern der Gesellschaft gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats gebunden werden.¹³¹ Da es den mitbestimmten (Groß-)Unternehmen aber wie ihren Anteilseignern an einem personalen Bezug weitgehend mangelt und dank des Letztentscheidungsrechts der Anteilseigner im Aufsichtsrat der Arbeitnehmereinfluß nicht den Ausschlag gibt, wird die Unternehmerfreiheit durch Mitbestimmung nur geringfügig eingeschränkt.¹³²

3. Folgerungen für den Gleichheitssatz

- 53 Da Mitbestimmung in der Regel erst Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern und damit weniger personalistische als vielmehr anonymisierte Organisationen trifft, die in Rechtsformen organisiert sind, deren Trennung von Unternehmereigentum und Anteilseigentum schon in der Existenz eines Aufsichtsrats deutlich wird, werden Eigentums- und Unternehmerfreiheit nicht in einem besonders personalem, der Persönlichkeitsverwirklichung dienenden Umfang betroffen. Dennoch operiert der Gesetzgeber mit Mitbestimmungsregelungen im „verfassungsnahen“, grundrechtsrelevanten Bereich und muß deshalb besonders sorgsam vorgehen, indem er das Ausmaß einer systemwidrigen Regelung mit dem

128 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (391 f.); *Fleischer/Thüsing*, NZG 1999, 537 (546).

129 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (363); BAG vom 22.10.2003 – 10 AZR 13/03 – BAGE 108, 155 (168 f.); zur Herleitung von *Hoyningen-Huene*, FS Birk, S. 217 (218 f.).

130 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (364).

131 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (364).

132 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (365).

verfolgten Anliegen schonend in Ausgleich bringt.¹³³ Die Differenzierungen müssen ihrer Intensität entsprechend in angemessenem Verhältnis zum Sachgrund stehen, d.h. je stärker von allgemeinen Prinzipien der Mitbestimmung abgewichen wird, desto ungleicher werden die Unternehmen und ihre Anteilseigner in ihren Freiheitsgrundrechten betroffen, was nicht nur die Akzeptanz der Mitbestimmung als solche durch Erschütterung ihrer spezifischen Systemgerechtigkeit, sondern auch die Gleichheit im Wettbewerb beeinträchtigt und deshalb in jedem Einzelfall besonders rechtfertigungsbedürftig ist.

54 Unternehmen dürfen in einer freiheitlichen Marktwirtschaft nicht durch ungleiche Wettbewerbsbedingungen von staatlicher Seite in ihrem Konkurrenzverhältnis beeinträchtigt werden. Daß unterschiedliche Mitbestimmung zu unterschiedlicher Unternehmensperformance führt und damit wettbewerbsverzerrende Wirkung entfalten kann, hat *Hörisch* ausführlich anhand deutscher DAX- und MDAX-Unternehmen nachgewiesen.¹³⁴ So beschäftigen stark mitbestimmte Unternehmen tendenziell mehr Arbeitnehmer als weniger stark mitbestimmte Unternehmen, weswegen zumindest nicht widerlegt werden kann, daß stärkere Mitbestimmung zu einer strukturellen personellen Überbesetzung führt.¹³⁵ Auch die Produktivität wird durch Mitbestimmung nicht gesteigert, sondern nachweislich verringert.¹³⁶ Insbesondere nimmt mit zunehmender Mitbestimmungsintensität systematisch die Dividende ab, worin sich die Mitbestimmung als Verteilungskampf zwischen Anteilseignern und Belegschaft offenbart.¹³⁷ Folglich werden stärker mitbestimmte Unternehmen am Aktienmarkt geringer bewertet, was auch mit den mitbestimmungsgeminderten Einflußmöglichkeiten des Anteilseigentums korrespondiert.¹³⁸ Auf die Vorstandsvergütung hat die Mitbestimmung dagegen aber (bisher) keinen Einfluß.¹³⁹ So werden gerade Vorstände der arbeitnehmerreichen und stark mitbestimmten Automobilbranche überdurchschnittlich vergütet.¹⁴⁰

133 *Degenhart*, Systemgerechtigkeit, S. 89.

134 *Hörisch*, Unternehmensmitbestimmung, S. 111 ff.

135 *Hörisch*, Unternehmensmitbestimmung, S. 159 ff.

136 *Hörisch*, Unternehmensmitbestimmung, S. 163 ff.

137 *Hörisch*, Unternehmensmitbestimmung, S. 167 ff.

138 *Hörisch*, Unternehmensmitbestimmung, S. 173 ff.

139 *Hörisch* konnte noch nicht das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31.7.2009 (BGBl. I, 2509) berücksichtigen; *Hanau*, NJW 2009, 1652 (1653), hält das VorstAG aber ohnehin nur für „soft law“.

140 *Hörisch*, Unternehmensmitbestimmung, S. 182 ff.

55 *Hörisch* kommt zu dem Ergebnis:

„Unternehmensmitbestimmung erweist sich dabei als ein Systemelement der Corporate Governance, das zu einer Umverteilung des Erwirtschafteten in Form von höherer Beschäftigung [...] und höheren Löhnen [...] hin zu den Arbeitnehmern führt. Allerdings wird diese Verteilungswirkung [...] um den Preis von Produktivitätseinbußen und einer systematischen Unterbewertung stärker mitbestimmter Unternehmen durch den Kapitalmarkt erzielt. Die Umverteilung hin zu den Arbeitnehmern eines Unternehmens geht jedoch nicht zu Lasten der Vergütung des Managements, sondern der Anteilseigner“.¹⁴¹

56 Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung ist also kein Selbstzweck, sondern trotz der prinzipiellen Vereinbarkeit der Mitbestimmung mit Eigentums- und Berufsfreiheit ein wirtschaftlich wie verfassungsrechtlich sensibler Bereich, in dem Systemwidrigkeiten besonderer Rechtfertigung bedürfen.

IV. Mitbestimmungsgleichheit

57 Alle hier zu untersuchenden Ungleichheiten knüpfen an jeweils zwei mitbestimmungsrechtliche Sachverhalte unterschiedliche Rechtsfolgen, obwohl sich beide Sachverhalte jeweils auf ein gemeinsames, im Mitbestimmungsrecht angelegtes Systemmerkmal zurückführen lassen. Sie stellen somit die spezifische Systemgerechtigkeit des Mitbestimmungsrechts und damit die Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung in Frage. Freilich bildet das Mitbestimmungsrecht kein besonders kohärentes System, so daß seine Systemwidrigkeiten im Einzelfall zwar rechtspolitisch nach Gleichbehandlung verlangen können, aber keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung darstellen. Wieviel Systemstrenge von Verfassungswegen gefordert werden kann, hängt davon ab, wie sehr im Einzelfall von allgemeinen Prinzipien abgewichen wird:

- 58 • Systemwidrigkeiten geringeren Ausmaßes können nur auf Willkür untersucht werden. Dazu zählen insbesondere systeminterne Ungleichbehandlungen, die aus unterschiedlichen Regelungen in DrittelbG und MitbestG folgen. Läßt sich für solche Differenzierungen allerdings kein Sachgrund finden, insbesondere wenn sie auch nicht mit den nach Beschäftigtenzahlen abgestuften Anwendungsbereichen der allgemeinen Mitbestimmungsgesetze zu erklären sind, sind auch sie verfassungswidrig.¹⁴²
- 59 • Systemwidrigkeiten größeren Ausmaßes stellen die Mitbestimmungsgleichheit ungleich stärker in Frage, weil sie Unternehmen nicht unterschiedlich im allgemeinen Mitbestimmungssystem

141 *Hörisch*, Unternehmensmitbestimmung, S. 189.

142 Zur speziellen Vergleichbarkeit von DrittelbG und MitbestG siehe Rn. 381 ff.

behandeln, sondern bereits bei der Einbeziehung ins Mitbestimmungssystem. Solche Systemwidrigkeiten sind nicht nur am Willkürverbot zu messen, sondern darüber hinaus auf einen verhältnismäßigen Ausgleich des ihnen zugrunde liegenden Sachgrundes mit den von ihnen herbeigeführten Ungleichbehandlungen zu untersuchen. Dazu zählt zunächst die Mitbestimmungsfreiheit bestimmter Rechtsformen, die sich freilich häufig aus dem Regelungsansatz der Mitbestimmung erklären kann. Ferner zählt dazu aber auch die historisch überkommene Einbeziehung von Unternehmen in die Mitbestimmung, die eigentlich nach allgemeinen Regeln heute mitbestimmungsfrei wären. Schließlich gehören hierzu auch und vor allem Sondermitbestimmungsstatute, die Unternehmen von den allgemeinen Regeln ausnehmen und sie besonderer Mitbestimmung unterwerfen, oder die für Unternehmen ergänzend zu den allgemeinen Regeln besondere Mitbestimmungsmodalitäten vorsehen.

B. Unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Während der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz durch 60 Rechtsprechung und Literatur bereits umfangreiche Konkretisierung erfahren hat, ist ein unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz, der Gleichbehandlung in den Mitbestimmungssystemen der Mitgliedstaaten der EU, insbesondere im hier interessierenden deutschen Mitbestimmungsrecht, zur Verwirklichung der Ziele der Europäischen Integration nach Maßgabe der Prinzipien des geltenden Unionsrechts verlangen könnte, erst noch herzuleiten.

I. Notwendigkeit eines unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

Ein unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz hat nicht nur den 61 Vorteil, in der gesamten EU für alle Mitgliedstaaten, die Unternehmensmitbestimmung in Gestalt der Organbeteiligung nach ihren nationalen Gesetzen vorsehen, einheitlich zu gelten, sondern auch mittels des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die Behäbigkeit der Mitgliedstaaten bei der Abschaffung protektionistischer Mitbestimmungsregeln zugunsten ihrer innerstaatlichen Belegschaften zu überwinden. Es ist nämlich keineswegs nur das deutsche Mitbestimmungsrecht, das Grundprinzipien des Unionsrechts zuwider läuft, indem es Arbeitnehmer in ausländischen Betrieben deutscher Unternehmen und deren Tochtergesellschaften ausländischen Rechts nicht an den Mitbestimmungsmöglichkeiten in Deutschland teilhaben läßt. Die meisten mitglied-

staatlichen Mitbestimmungsrechte sind „national introvertiert“.¹⁴³ Seit Unternehmen die Landesgrenzen überschreiten und im Ausland selbständige Niederlassungen und Tochtergesellschaften nach ausländischem Recht gründen, die vom nationalen Mitbestimmungsrecht nicht erfaßt werden,¹⁴⁴ stellt sich die Frage nach der Beteiligung der dort beschäftigten Arbeitnehmer an den auch für sie relevanten Entscheidungen des nach seinem nationalen Recht mitbestimmten Mutterunternehmens.

- 62 Gleichheitssätze können grundsätzlich immer nur einen Rechtssetzer im Rahmen seiner Möglichkeiten binden (Adressatenbezogenheit), so daß es eigentlich keinen Rechtsraum übergreifenden Gleichheitssatz geben kann. Die Europäische Union stellt jedoch nicht nur eine Wirtschafts-, sondern auch eine Rechtsgemeinschaft dar (*Hallstein*).¹⁴⁵ Die Generalanwälte am EuGH formulieren pathetisch:

„Wenn es unser Wunsch ist, daß das Gemeinschaftsrecht nicht nur eine starre Wirtschaftsregelung sei, sondern eine Rechtsordnung, die der Gesellschaft angepaßt ist, die sie lenken soll, und wenn wir möchten, daß ein Recht existiere, das mit dem Gedanken der sozialen Gerechtigkeit und den Erfordernissen der europäischen Integration nicht nur der Wirtschaft, sondern auch der Völker in Einklang steht, dürfen wir die in uns gesetzten Erwartungen nicht enttäuschen“.¹⁴⁶

- 63 Bislang wurde der Frage, ob sich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts¹⁴⁷ feststellen läßt, welcher der Arbeitnehmerungleichbehandlung durch nationale Mitbestimmungsregeln entgegentritt und Gleichheit der Beschäftigten in der EU herstellt, nur wenig Beachtung zuteil.¹⁴⁸ Um dem abzuhelpen, ist es erforderlich, das primäre Unionsrecht – den Vertrag über die Europäische Union (EUV) und den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie die darauf

143 *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 238.

144 Zur Befreiung von Gesellschaften ausländischen Rechts vom deutschen Mitbestimmungsrecht siehe Rn. 298 ff.

145 Calliess/Ruffert/Wegener, Art. 220 EGV Rn. 3.

146 GA *Colomer*, Schlußanträge vom 10.6.2003 zu EuGH – C-117/01 (*K.B.*) – Slg. 2004, 543 (Rn. 80); bezugnehmend auf GA *Tesauero*, Schlußanträge vom 14.12.1995 zu EuGH – C-13/94 (*P. und S.*) – Slg. 1996, 2145 (Rn. 24), sowie GA *Trabucchi*, Schlußanträge vom 10.6.1975 zu EuGH – 7/74 (*Eheleute F.*) – Slg. 1975, 692 (Rn. 6).

147 Zur Terminologie GA *Trstenjak*, Schlußanträge zu EuGH – C-101/08 (*Audiolux*) – Rn. 67 ff. m.w.N.

148 Beachtlich *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 241 f., der andeutet, daß eine Einbeziehung von Auslandsbelegschaften in die deutsche Unternehmensmitbestimmung unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten geboten sein könnte; *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (263 ff.); *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 180 ff.

gegründete Rechtsprechung des EuGH – und das sekundäre Unionsrecht – Verordnungen (Art. 288 Abs. 2 AEUV) und Richtlinien (Art. 288 Abs. 3 AEUV) – auf Vorgaben für die Unternehmensmitbestimmung zu untersuchen, um daraus allgemeine Prinzipien ableiten zu können, die auch für das nationale Mitbestimmungsrecht verbindlich sind.

Dabei kann es aber immer nur darum gehen, Gleichbehandlung durch die jeweiligen Mitbestimmungsgesetze der Mitgliedstaaten, sofern solche überhaupt existieren, zu fordern. Ein einheitliches europäisches Mitbestimmungsrecht kann nur der Unionsrechtsetzer selbst schaffen, was bislang nur für die originär europäischen Rechtsformen (*Societas Europea*, *Societas Cooperativa Europea*, künftig eventuell auch *Societas Privata Europea*)¹⁴⁹ sowie für Unternehmen, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind¹⁵⁰, der Fall ist. Die 14. Richtlinie zum Gesellschaftsrecht,¹⁵¹ welche Kapitalgesellschaften die grenzüberschreitende Verlegung ihres Satzungssitzes ermöglichen soll, könnte auch die Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Sitzverlagerungen regeln, wird aber derzeit von der Europäischen Kommission – im Gegensatz zum Europäischen Parlament¹⁵² – nicht weiter verfolgt.¹⁵³

II. Allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts und Unionsgrundrechte

1. Herkunft und Bedeutung

Art. 19 Abs. 1 EUV gibt dem EuGH die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge auf.¹⁵⁴ Art. 6 Abs. 3 EUV verpflichtet die Union auf die Grundrechte, wie sie der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten entnommen werden können. Art. 6 Abs. 1 EUV erklärt die Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRCh) für gleichrangig mit den EU-Verträgen. Daß ein unionsrechtlicher Rechtssatz in den Verträgen oder Protokollen keinen Niederschlag gefunden hat, spielt für die Rechtsfindung dennoch

149 Dazu Rn. 301.

150 Dazu Rn. 695 ff.

151 Zum Stand des Verfahrens:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_de.htm
(zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

152 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.3.2009 mit Empfehlungen an die Kommission zur grenzüberschreitenden Verlegung von eingetragenen Gesellschaftssitzen, ABl. 2010, C 87/5.

153 Eingehend *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 52 ff.

154 Eingehend zur Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 66 ff.; zur Rolle des EuGH nach dem Vertrag von Lissabon *Streinz/Ohler/Herrmann*, Vertrag von Lissabon, S. 59 f.

keine Rolle.¹⁵⁵ Der Weg zur richterlichen Feststellung oder auch „Erfindung“¹⁵⁶ ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsätze mit Verfassungsrang¹⁵⁷ steht also weiterhin, auch nach dem Vertrag von Lissabon, offen.

- 66 Hauptsächlich dienen allgemeine Rechtsgrundsätze zur Konkretisierung, Lückenfüllung und als Auslegungshilfe, da sich die Unionsrechtsordnung nach wie vor in der Entwicklung befindet. Zu diesem Zweck hat der EuGH mittlerweile eine ganze Reihe von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Unionsgrundrechten entwickelt¹⁵⁸: Eigentumsschutz¹⁵⁹, Berufsfreiheit¹⁶⁰, Unverletzlichkeit der Wohnung¹⁶¹, Menschenwürde¹⁶², Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁶³, Grundsatz von Treu und Glauben¹⁶⁴ etc. Besondere Bedeutung haben die Unionsgrundrechte als Unterfall der allgemeinen Rechtsgrundsätze erlangt, da es bis zum Vertrag von Lissabon keinen verbindlichen Grundrechtskatalog auf Unionsebene gab. Daß der EuGH auf eine genaue Klassifizierung der Rechtsgrundsätze bislang verzichtet hat, kann durchaus als Ausdruck von Flexibilität interpretiert werden¹⁶⁵, denn so bleibt er in seiner weiteren „richterrechtlichen Integration“ ebenso frei, wie von dogmatischen Zwängen.¹⁶⁶ Durch den Vertrag von Lissabon bleibt die bisherige Grundsätzerrechtsprechung unberührt¹⁶⁷ und ihre Weiterentwicklung auch mit Wirkung für die an die GRCh einge-

155 Streinz/Schroeder, Art. 249 EGV Rn. 15.

156 Eingehend Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt (2009); Colneric, EuZA 2008, 212 (215): „Hineinlesen“; Krebber, RdA 2009, 224 (236): „Exzeß“; dagegen den EuGH verteidigend Leitmeier, FA 2010, 4 ff.; zur Vereinbarkeit der *Mangold*-Entscheidung mit dem GG BVerfG vom 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – EuZW 2010, 828.

157 Allgem. Meinung; vgl. nur EuGH vom 15.10.2009 – C-101/08 (*Audiolux*) – EuZW 2009, 894 (Rn. 63); Streinz/Schroeder, Art. 249 EGV Rn. 15.

158 Auflistung bei GA Trstenjak, Schlußanträge zu EuGH – C-101/08 (*Audiolux*) – Rn. 71 ff.

159 EuGH vom 13.12.1979 – 44/79 (*Hauer*) – Slg. 1979, 3727 (Rn. 17 ff.).

160 EuGH vom 13.12.1979 – 44/79 (*Hauer*) – Slg. 1979, 3727 (Rn. 31 ff.).

161 EuGH vom 21.9.1989 – 46/87, 227/88 (*Hoechst*) – Slg. 1989, 2859 (LS 2).

162 EuGH vom 14.10.2004 – C-36/02 (*Omega Spielhallen*) – Slg. 2004, 9609 (Rn. 34 f.).

163 EuGH vom 20.2.1979 – 122/78 (*Buitoni*) – Slg. 1979, 677; vom 13.12.1979 – 44/79 (*Hauer*) – Slg. 1979, 3727 (LS 5).

164 EuGH vom 15.7.1960 – 43/59 (*Lachmüller*) – Slg. 1960, 967 (LS 6).

165 GA Trstenjak, Schlußanträge zu EuGH – C-101/08 (*Audiolux*) – Rn. 68.

166 Euphemistisch Heuschmid, Europäisches Grundrecht, S. 76: „einige methodische Unsicherheiten“; Streinz, Europarecht, Rn. 759: „geringe Methodentransparenz“.

167 Schulte-Herbrüggen, ZEuS 2009, 343 (351 f.).

schränkt gebundenen¹⁶⁸ Länder (Polen und Großbritannien, künftig auch Tschechien¹⁶⁹) möglich.¹⁷⁰ Nur tritt nunmehr die rechtsverbindliche GRCh daneben.¹⁷¹

2. Grundfreiheiten, Grundrechte und Gleichbehandlung

Unionsgrundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze und Grundfreiheiten als „wirtschaftliche Grundrechte“¹⁷² sind trotz ihrer unterschiedlichen Schutzintention grundsätzlich gleichbedeutend.¹⁷³ Insbesondere besteht zwischen ihnen kein Rangverhältnis.¹⁷⁴ Während aber klassische Freiheitsgrundrechte, wie Streik- und Demonstrationsrecht, regelmäßig mit den Grundfreiheiten konfliktieren,¹⁷⁵ stellen sich Gleichheitsgrundrechte weniger als Gegenpol zu den Grundfreiheiten dar, sondern vorwiegend als deren Konkretisierung und Flankierung. Dies folgt schon daraus, daß Grundfreiheiten aufgrund ihrer Binnenmarktorientierung auf Beseitigung von Ungleichbehandlungen der Marktteilnehmer gerichtet sind und somit spezielle Ausprägungen eines europäischen Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellen.¹⁷⁶

Einen solchen, Art. 3 Abs. 1 GG vergleichbaren allgemeinen Gleichheitsgrundsatz hat der EuGH erstmals in der Rechtssache *Ruckdeschel* anhand einer sachgrundlosen Differenzierung bei der Produktionskostenerstattung für Landwirtschaftsprodukte festgestellt.¹⁷⁷ Demnach gehört ein allgemeiner Gleichheitsgrundsatz mit dem Inhalt, daß die Union vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandeln darf, es sei denn, eine Differenzierung ist objektiv gerechtfertigt, zu den Grundprinzipien des Unionsrechts.¹⁷⁸ In Konkretisierung dessen erkannte der EuGH später ein *auch*

168 *Streinz*, Europarecht, Rn. 758; *Schulte-Herbrüggen*, ZEuS 2009, 343 (364 ff.), hält die entsprechenden Protokolle nur für deklaratorisch.

169 Eine gemeinsame Erklärung der Staats- und Regierungschefs soll Tschechien garantieren, daß die GRCh die Enteignungen im Sudetenland nach 1945 nicht in Frage stellt, vgl. FAZ vom 20.10.2009, Nr. 243, S. 4 („Zurückhaltung in Brüssel nach dem Einlenken von Klaus“).

170 *Classen*, EuR 2008, 627 (639); *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 97 ff.

171 Eingehend *Schulte-Herbrüggen*, Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, ZEuS 2009, 343 ff.

172 *Skouris*, DÖV 2006, 89 (93).

173 *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 79 f., tritt dennoch für eine dogmatische Differenzierung ein; ähnlich *Skouris*, DÖV 2006, 89 (93 ff.).

174 *Skouris*, DÖV 2006, 89 (95 f.).

175 Exemplarisch EuGH vom 12.6.2003 – C-112/00 (*Schmidberger*) – Slg. 2003, 5659; vom 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*) – Slg. 2007, 11767.

176 Eingehend *Classen*, EuR 2008, 627 (646 ff.).

177 EuGH vom 19.10.1977 – 117/76, 16/77 (*Ruckdeschel, Diamalt*) – Slg. 1977, 1753 (Rn. 7).

178 Zur Herleitung eingehend HdbEAS/*Wank*, § 13 Rn. 60 ff.

für die Mitgliedstaaten bindendes Verbot der Staatsangehörigkeitsdiskriminierung¹⁷⁹, der Geschlechterdiskriminierung¹⁸⁰ und der Altersdiskriminierung¹⁸¹ an. Ein Verbot der Aktionärsdiskriminierung hat er hingegen jüngst abgelehnt.¹⁸²

3. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot

- 69 Will man der Terminologie des Gerichtshofs in der Rechtssache *Kücükdeveci* folgen, kann zwischen dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, sowie spezifisch merkmalsgebundenen Diskriminierungsverboten unterschieden werden.¹⁸³ Der Verstoß einer mitgliedstaatlichen Regelung gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts kann demnach im Ergebnis stets nur gegen ein spezifisches *Diskriminierungsverbot* festgestellt werden, da nur ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen *Diskriminierungen* darstellen, während gerechtfertigte Ungleichbehandlungen aus dem Diskriminierungsbegriff herausfallen. Diese Begriffsbildung fußt auf der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG.¹⁸⁴ Ob der Terminologie allgemeine Gültigkeit zukommt, bleibt offen, denn mitunter verwendet der EuGH Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot ebenso synonym¹⁸⁵, wie Grundfreiheiten und Grundrechte.¹⁸⁶ Da es sich aber bei der Rechtssache *Kücükdeveci* um jüngste Rechtsprechung handelt, ist deren Terminologie zugrunde zu legen.
- 70 Der EuGH prüft nach der Anwendbarkeit des Unionsrechts auf einen Sachverhalt zunächst das tatbestandliche Vorliegen einer (unmittelbaren oder mittelbaren) Ungleichbehandlung aufgrund eines bestimmten (primärrechtlich) geschützten Merkmals, wendet sich dann etwaigen Rechtfertigungsmöglichkeiten zu, bevor er schließlich den Verstoß gegen

179 EuGH vom 12.7.1984 – 237/83 (*Prodest*) – Slg. 1984, 3153 (LS 1).

180 EuGH vom 15.6.1978 – 149/77 (*Defrenne III*) – Slg. 1978, 1365 (LS 2).

181 EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) – Slg. 2005, 9981 (Rn. 75).

182 EuGH vom 15.10.2009 – C-101/08 (*Audiolux*) – EuZW 2009, 894; zustimmend *Habersack/Tröger*, NZG 2010, 1 ff.

183 EuGH vom 19.1.2010 – C-555/07 (*Kücükdeveci*) – NZA 2010, 85 (Rn. 50).

184 Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, L 303/16.

185 EuGH vom 16.9.2004 – C-465/01 – Slg. 2004, 8291 (Rn. 49); vom 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) – Slg. 2005, 9981 (Rn. 74-76); zweifelnd auch GA *Sharpston*, Schlußanträge vom 30.11.2006 zu EuGH – C-227/04 P (*Lindorfer*) – Slg. 2007, 6796 (Rn. 57 f.).

186 EuGH vom 15.10.1987 – 222/86 (*Heylens*) – Slg. 1987, 4097 (LS 2); vom 2.3.1999 – C-416/96 (*El-Yassini*) – Slg. 1999, 1209 (Rn. 45).

ein *Diskriminierungs*verbot feststellen kann.¹⁸⁷ Unionsrechtliche *Gleichbehandlungs*grundsätze können nach dieser Diktion also keine unmittelbaren Rechtswirkungen gegenüber bestehendem Recht entfalten, sondern sind bei der Rechtsetzung zu beachten und kommen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Tragen, indem Ausnahmen von einem Individualrecht die Erfordernisse des Gleichbehandlungsgrundsatzes soweit wie möglich mit den Erfordernissen des angestrebten Zieles in Einklang bringen müssen.¹⁸⁸ Kurz gesagt: *Gleichbehandlungs*grundsätze gebieten soviel Gleichheit wie möglich walten zu lassen (legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit); ist dies nicht gewährleistet, liegt eine verbotene *Diskriminierung* vor und die Maßnahme ist unionsrechtswidrig.

Dabei liegt die Versuchung nahe, aus dem allgemeinen *Gleichbehandlungs*grundsatz oder dem Grundsatz der *Gleichbehandlung* in Beschäftigung und Beruf – sofern einer Unterscheidung zwischen beiden Grundsätzen überhaupt Bedeutung beizumessen ist¹⁸⁹ – auf die Existenz eines gleichlaufenden, merkmalsunabhängigen *Diskriminierungs*verbots zu schließen und damit der Begriffsjurisprudenz ein Ende zu bereiten, da es sich dann bei Gleichbehandlungsgrundsätzen und *Diskriminierungs*verboten um zwei Seiten derselben Medaille handelte.¹⁹⁰ Bislang war der europäische *Diskriminierung*sschutz, jedenfalls soweit er auch die Mitgliedstaaten betraf, aber nur merkmalspezifisch.¹⁹¹

Ob sich daran durch Art. 20 GRCh („Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich“) und Art. 21 Abs. 1 GRCh („Diskriminierungen insbesondere wegen [...] sind verboten“) etwas geändert hat, ist nicht nur wegen Art. 51 GRCh zweifelhaft, sondern auch weil das Europarecht einen allgemeinen Gleichheitssatz bereits seit langem kennt.¹⁹² Gäbe es ein generelles, auch für die Mitgliedstaaten verbindliches Gleichbehandlungsgebot, wäre jede ungleichbehandelnde Maßnahme eines Mitgliedstaates im weiten Anwendungsbereich des Unionsrechts rechtswidrig, wenn sie zur Erreichung ihres Zwecks nicht geeignet oder erforderlich wäre, selbst wenn von ihr keine *Diskriminierung* aufgrund eines spezifisch geschützten Merkmals

187 Schulmäßig EuGH vom 19.1.2010 – C-555/07 (*Kücükdeveci*) – NZA 2010, 85 (Rn. 19 ff., 28 ff., 32 ff., 43).

188 EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) – Slg. 2005, 9981 (Rn. 65).

189 *Classen*, EuR 2008, 627 (647), weist zu Recht darauf hin, daß die Union als Wirtschaftsgemeinschaft den EuGH primär im Arbeits- und Wirtschaftsrecht zu weitreichendem *Diskriminierung*sschutz bewegt.

190 In diese Richtung GA *Sharpston*, Schlußanträge vom 30.11.2006 zu EuGH – C-227/04 P (*Lindorfer*) – Slg. 2007, 6796 (Rn. 56 ff.); *Leitmeier*, FA 2010, 4 (5).

191 *Habersack/Tröger*, NZG 2010, 1 (3): „sektoral strikt begrenzt“.

192 EuGH vom 19.10.1977 – 117/76, 16/77 (*Ruckdeschel, Diamalt*) – Slg. 1977, 1753 (Rn. 7).

ausginge. Die Figur der mittelbaren Diskriminierung würde dadurch vollkommen überflüssig, da beispielsweise Teilzeitbeschäftigte schon allein wegen ihres Nicht-Vollzeitbeschäftigtseins unmittelbar geschützt würden und der Umweg über die mittelbare Geschlechterdiskriminierung entfiel. Solch eine judikative Rechtsharmonisierung würde aber keine Rücksicht auf legislative Entscheidungsprozesse nehmen.¹⁹³ In der *Küçükdeveci*-Entscheidung hat der EuGH deshalb nochmals zu Recht betont, nur ein merkmalspezifisches (Alters-)Diskriminierungsverbot als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts anerkannt zu haben, und hat weder einem generellen Diskriminierungsverbot, noch Art. 21 GRCh das Wort geredet.¹⁹⁴ Damit wurde dem Ansinnen des Generalanwalts *Tizzano* eine Absage erteilt, der in seinen Schlußanträgen zur Rechtssache *Mangold* noch auf einen generellen Gleichbehandlungsgrundsatz im Range des Primärrechts mit Wirkung „für alle Rechtsbürger“ erkennen wollte.¹⁹⁵ Wie *Classen* zu Recht betont, sind allgemeine und besondere, merkmalspezifische Gleichheitssätze aber streng zu unterscheiden:

„Während nämlich der allgemeine Gleichheitssatz nur modalen Charakter aufweist, enthalten die besonderen Gleichheitssätze auch inhaltliche Wertungen. Dieser ‚qualitative Sprung‘ droht übergangen zu werden, wenn spezielle Diskriminierungsverbote allein als ‚Konkretisierung‘ des allgemeinen Gleichheitssatzes gesehen werden“.¹⁹⁶

- 73 Wer deshalb aus der *Mangold*-Entscheidung herausliest, daß der – unumstritten anerkannte – allgemeine *Gleichbehandlungsgrundsatz* im Unionsrecht als „europarechtlicher Art. 3 Abs. 1 GG“ ein Verbot der *Altersdiskriminierung* bereits in sich trage,¹⁹⁷ ebnet jegliche Differenzierung zwischen faktischer und rechtlicher Gleichheit ein und kann nach Belieben Gleichbehandlung von allem mit allem fordern, solange sich für eine Ungleichbehandlung keine objektive Rechtfertigung finden läßt, gleich ob an ein Diskriminierungsmerkmal angeknüpft wird, das im Unionsrecht oder den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten Niederschlag gefunden hat, oder nicht. Wozu das führte, zeigt *Thüsing* auf:

„In letzter Konsequenz zu Ende gedacht, könnte hieraus nichts Geringeres folgen als eine Verwerfungsmöglichkeit differenzierender nationaler Gesetzgebung durch jeden deutschen Richter in nahezu jeder Materie – ohne Verwerfungsmonopol des BVerfG. Geht ein Richter davon aus, dass eine Norm

193 Dazu auch Rn. 91 f.

194 Das Gericht (a.a.O., Fn. 183, S. 62) hat Art. 21 GRCh in Rn. 22 nur erwähnt.

195 GA *Tizzano*, Schlußanträge vom 30.6.2005 zu EuGH – C-144/04 (*Mangold*) – Slg. 2005, 9981 (Rn. 84).

196 *Classen*, EuR 2008, 627 (641).

197 *Pötters/Traut*, ZESAR 2010, 267 (272).

unzulässig differenziert, so muss er einen möglichen Verstoß gegen Art. 3 GG im Bereich des nachkonstitutionellen Rechts nach Art. 100 GG dem BVerfG zur Prüfung vorlegen. Er selber ist nicht berechtigt, die Norm unangewendet zu lassen. Zukünftig aber könnte der Richter bei jeder Materie, die zumindest in irgendeiner Hinsicht durch eine Richtlinie geregelt wird (und mag es auch im Hinblick auf ganz andere Aspekte sein als durch die ungleichbehandelnde Norm), die gesetzliche Regelung aufgrund eines Verstoßes gegen den primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unangewendet lassen“.¹⁹⁸

Aber dazu kommt es auch nach *Mangold* und *Kücüçdeveci* nicht, denn es gibt keinen primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der die Mitgliedstaaten (oder gar Private) bindet! Sofern *Thüsing* auf die Entscheidung *Ruckdeschel* verweist, in welcher der EuGH in der Tat einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (einen „europarechtlichen Art. 3 Abs. 1 GG“) anerkannt hat,¹⁹⁹ verkennt er, daß dieser nur die Union bindet und nationales Recht – wie dargestellt – erst gegen merkmalspezifische Diskriminierungsverbote verstoßen kann. Geht ein Richter davon aus, daß eine nationale Norm unzulässig differenziert und einen Bereich betrifft, der auch unionsrechtlich geregelt ist (nicht zwangsläufig in den Regelungsbereich einer Richtlinie fallen muß, sondern – dies übersieht *Thüsing* – nur in den weiten Anwendungsbereich der Grundfreiheiten), hat er den Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur zu beachten, wenn damit gegen ein vom Unionsrecht anerkanntes merkmalspezifisches Diskriminierungsverbot verstoßen wird. Alles andere hieße, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV) zu mißachten, denn auch wenn Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG eine EU fordert, die „einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“, geht damit keine Kompetenzenkompetenz einher.²⁰⁰

Auch geht *Thüsing* pauschal vom „Unangewendetlassen“ von nationalen Recht aus, das gegen einen primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (richtig: Diskriminierungsverbot) verstößt, was im Fall des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB noch zutreffend ist, weil eine andere Form der Beseitigung der Altersdiskriminierung nicht ersichtlich ist, was aber in anderen Fällen nicht der Fall sein muß.²⁰¹ Das Unionsrecht verlangt das Abstellen einer Diskriminierung wegen eines bestimmten Merkmals, nicht die Gleichbehandlung von allem mit allem. Ob zu diesem Zweck nationales Recht unangewendet zu lassen oder unionsrechtskonform

198 *Thüsing*, ZIP 2010, 199 (201).

199 EuGH vom 19.10.1977 – 117/76, 16/77 (*Ruckdeschel, Diamalt*) – Slg. 1977, 1753 (Rn. 7).

200 BVerfG vom 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – EuZW 2010, 828 (Rn. 55).

201 Zu den Rechtsfolgen eine Gleichheitsverstoßes in der Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG *Classen*, EuR 2008, 627 (643 f.).

auszulegen bzw. fortzubilden²⁰² ist, hängt davon ab, ob die Diskriminierung geschrieben oder ungeschrieben ist und folglich das schlichte „Unangewendetlassen“ geschriebenen Rechts zu einer Anpassung „nach oben“ oder „nach unten“ führt.²⁰³

- 76 Ungleichbehandlung und Diskriminierung sind keine Synonyme. Ein nur am Status als Unionsbürger anknüpfendes Gleichheitsrecht gibt es nicht.²⁰⁴ Folglich bleibt es dabei, daß nicht *per se* alle in Art. 19 AEUV genannten Diskriminierungsmerkmale auch ein primärrechtliches Diskriminierungsverbot nach sich ziehen, da es sich weiterhin um eine reine Kompetenzvorschrift handelt.²⁰⁵ Auch mit Art. 10 AEUV wurde nicht mehr als ein Programmsatz geschaffen. Es bleibt nur der Weg über Art. 6 Abs. 3 EUV. Freilich kann Art. 21 GRCh als eine neue Quelle für Diskriminierungsverbote herangezogen werden, doch muß beachtet werden, daß durch die Charta die Zuständigkeit der Union und damit auch die des EuGH „in keiner Weise erweitert“ wird (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV) und keine neuen Aufgaben für die Union begründet werden (Art. 51 Abs. 2 GRCh).

4. Bindung und Reichweite

- 77 Die in der GRCh kodifizierten wie auch die hergeleiteten, ungeschriebenen Unionsgrundrechte richten sich in erster Linie an die Union selbst und ihre Organe (Art. 51 Abs. 1 GRCh, Art. 6 Abs. 1 EUV). Die Mitgliedstaaten hingegen sind an die GRCh „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ (Art. 51 Abs. 1 GRCh) und an die ungeschriebenen Unionsgrundrechte „im Anwendungsbereich“ des Unionsrechts gebunden²⁰⁶. Ob die Anwendungsbereiche von geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechten gleichlaufend sind,²⁰⁷ braucht bei der vorliegenden Suche eines auf Art. 6 Abs. 3 EUV gestützten Diskriminierungsverbots nicht weiter untersucht zu werden.
- 78 Die Anwendungsvoraussetzungen der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts lassen sich in zwei Konstellationen gliedern:

-
- 202 Exemplarisch BGH vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 – NJW 2009, 427 (Rn. 21), aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 17.4.2008 – C-404/06 (*Quelle*) – Slg. 2008, 2685.
- 203 Dazu Rn. 736 ff.
- 204 *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 341 ff.
- 205 Instrukтив zur Vorgängervorschrift (Art. 13 EGV) *Bouchouaf/Richter*, Jura 2006, 651 ff.; a.A. offenbar *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 182 mit Fn. 136; *Leitmeier*, FA 2010, 4 (6);
- 206 EuGH vom 18.6.1991 – C-260/89 (*ERT*) – Slg. 1991, 2925 (Rn. 42); vom 10.4.2003 – C-276/01 (*Steffensen*) – Slg. 2003, 3735 (Rn. 70).
- 207 Dafür *Rengeling/Szczekalla*, EU-Grundrechte, Rn. 326; differenzierend *KGK/Ladenburger*, Art. 51 Rn. 20 ff.

- Die sog. Durchführungskonstellation liegt vor, wenn die Mitgliedstaaten legislativ oder administrativ europarechtliche Vorgaben umsetzen.²⁰⁸ Dazu zählt nicht nur der konkrete nationale Umsetzungsakt, sondern es wird der gesamte, vom durchzuführenden Recht „geregelte Bereich“ für die Unionsgrundrechte eröffnet.²⁰⁹ Wie *Thüsing* mit Erstaunen feststellt, „reicht es damit aus, dass eine Materie in irgendeiner Hinsicht – eben nicht notwendig im Hinblick auf das Diskriminierungsrecht! – von einer Richtlinie geregelt wird; bereits dann ist der primärrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz anwendbar“.²¹⁰ Freilich können allgemeine Rechtsgrundsätze ihrerseits unterschiedliche weite Anwendungsbereiche haben. So gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz generell in jedem unionsrechtlich „geregelten Bereich“, während das Verbot der Altersdiskriminierung nur im Bereich „Beschäftigung und Beruf“ Geltung beansprucht.²¹¹
- Noch weiter reicht die Konstellation des Handelns im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Nach dieser sog. „ERT-Rechtsprechung“²¹² genügt es für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte unter anderem²¹³, daß ein Verhalten in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fällt.²¹⁴ Einer sekundärrechtlichen Anknüpfung bedarf es insoweit nicht. Auch müssen die Grundfreiheiten nicht materiell einschlägig sein, sondern ihre prinzipielle Anwendbarkeit, d.h. ein grenzüberschreitender wirtschaftlicher Sachverhalt und sei es auch nur mit mittelbarer Binnenmarktrelevanz,²¹⁵ genügt, gleich ob Ausnahme- oder Rechtfertigungstatbestände Platz greifen. Selbst in Bereichen, die der Unionskompetenz explizit entzogen sind, sind die Grundfreiheiten zu beachten und mit ihnen auch die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts.²¹⁶

208 EuGH vom 13.7.1989 – C-5/88 (*Wachauf*) – Slg. 1989, 491 (Rn. 19); umfassend *Rengeling/Szczekalla*, EU-Grundrechte, Rn. 304 ff.

209 EuGH vom 19.1.2010 – C-555/07 (*Küçükdeveci*) – NZA 2010, 85 (Rn. 25).

210 *Thüsing*, ZIP 2010, 199 (200).

211 Eindeutig EuGH vom 19.1.2010 – C-555/07 (*Küçükdeveci*) – NZA 2010, 85 (Rn. 20); undifferenziert *Pötters/Traut*, ZESAR 2010, 267 (273 f.).

212 KGK/*Ladenburger*, Art. 51 Rn. 20, zurückgehend auf EuGH vom 18.6.1991 – C-260/89 (*ERT*) – Slg. 1991, 2925.

213 Eingehend *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 212 ff.

214 Bestätigt durch EuGH vom 25.3.2004 – C-71/02 (*Karner*) – Slg. 2004, 3025 (Rn. 36); vgl. *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 90 f.

215 EuGH vom 20.3.1997 – C-323/95 (*Hayes*) – Slg. 1997, 1711 (Rn. 12 ff.).

216 EuGH vom 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking*) – Slg. 2007, 10779 (Rn. 40); vom 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*) – Slg. 2007, 11767 (Rn. 81).

- 81 Ist eine der Türen zum Unionsrecht einmal aufgestoßen, beanspruchen die Grundrechte vollständig Geltung, soweit ihr jeweiliger Anwendungsbereich reicht. Unionsgrundrechte kommen demnach nur bei rein innerstaatlichen Sachverhalten nicht zur Anwendung²¹⁷, die auch keine nur potentiell grenzüberschreitende Relevanz besitzen²¹⁸ und auch nicht in den Regelungsbereich von Verordnungen oder Richtlinien fallen. Eine unmittelbare Überprüfung mitgliedstaatlicher Vorschriften am Maßstab der Unionsgrundrechte kann also durchaus stattfinden.²¹⁹ Die Einkleidung in eine Grundfreiheitenprüfung, im Rahmen derer Grundrechte als Interessen des Gemeinwohls Einschränkungen rechtfertigen können,²²⁰ darf insofern nicht täuschen. Im übrigen hält der EuGH daran selbst nicht fest, sondern prüft nationales Recht unmittelbar an Unionsgrundrechten, wenn es sich um Gleichheitsgrundrechte, genauer: um Diskriminierungsverbote handelt.²²¹ Im Gegensatz zu Freiheitsgrundrechten flankieren Gleichheitsgrundrechte die Grundfreiheiten²²² und sind deshalb wie solche anzuwenden, wenn das Unionsrecht anwendbar ist.
- 82 Der Geltungsbereich allgemeiner Grundsätze des Unionsrechts reicht um so weiter, als immer mehr Regelungsbereiche durch sekundäres Unionsrecht erschlossen werden und der EuGH an die Qualifizierung eines Sachverhalts als grenzüberschreitend sehr geringe Anforderungen stellt²²³ und damit „die Meßlatte heute recht niedrig liegt“.²²⁴ Um aus dem Geltungsbereich der Unionsgrundrechte *heraus* zu fallen, dürfen nach der Rechtsprechung des EuGH Sachverhalte „keine Berührung mit irgendeinem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt, und die mit keinem relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen“.²²⁵ Dies hat der EuGH indes bereits 2007 entschieden, weswegen seine *Küküdeveci*-Entscheidung aus dem Jahre 2010 keine „explosionsartige Erweiterung“ des Anwendungsbereichs

217 EuGH vom 16.1.1985 – 293/83 (*Gravier*) – Slg. 1985, 593 (Rn. 19): „nicht außerhalb des Gemeinschaftsrechts“.

218 *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 91.

219 EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) – Slg. 2005, 9981; vom 19.1.2010 – C-555/07 (*Küküdeveci*) – NZA 2010, 85; a.A. noch EuGH vom 11.7.1985 – 60/84, 61/84 (*Cinéthèque*) – Slg. 1985, 2605; *Grabitz/Hilf/Randelzhofer/Forsthoff*, vor Art. 39-55 EGV Rn. 142 (Stand: Mai 2001).

220 *Krebber*, RdA 2009, 224 (232 f.).

221 EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) – Slg. 2005, 9981; vom 19.1.2010 – C-555/07 (*Küküdeveci*) – NZA 2010, 85 (Rn. 19 ff.).

222 Rn. 67.

223 Exemplarisch EuGH vom 6.6.2000 – C-281/98 (*Angonese*) – Slg. 2000, 4139.

224 *Skouris*, DÖV 2006, 89 (96).

225 EuGH vom 11.1.2007 – C-208/05 (*ITC*) – Slg. 2007, 181 (Rn. 29).

europäischen Rechts mit sich bringt.²²⁶ Eine besondere Geltung kann in diesem Zusammenhang Art. 157 Abs. 1 AEUV für sich beanspruchen, der die Entgeltgleichbehandlung von Mann und Frau durchweg in der gesamten Union gewährleisten soll und deshalb diesbezügliche Ungleichbehandlungen immer, auch bei reinen Inlandssachverhalten im Anwendungsbereich des Vertrages liegen.²²⁷ Hingegen begründet der schlichte Status als Unionsbürger (Art. 20 AEUV) nicht stets ein Wandeln im Anwendungsbereich des Unionsrechts.²²⁸

III. Unionsrechtsrelevanz der Unternehmensmitbestimmung

Damit ein unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz in die Mitbestimmungssysteme der Mitgliedstaaten hineinwirken kann, ist es folglich erforderlich, daß die vom Mitbestimmungsrecht erfaßten Lebenssachverhalte im prinzipiellen Anwendungsbereich des Unionsrechts liegen. 83

1. Durchführungskonstellation

Die EU unterstützt und ergänzt die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der „Vertretung und kollektive[n] Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung“ (Art. 153 Abs. 1 lit. f AEUV). Soweit in dieser Hinsicht bereits Sekundärrecht gesetzt wurde, sind in dem von ihm erfaßten Regelungsbereich Unionsgrundrechte stets zu beachten. Dies trifft vor allem für die Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (AnhörungsRL)²²⁹ zu, die zwar, wie der Name schon sagt, keine materiellen Mitwirkungsrechte im Sinne „echter Mitbestimmung“ enthält, aber immerhin die Durchführung eines Meinungsaustauschs und eines Dialogs zwischen Arbeitnehmervertretern und Arbeitgeber über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens, die Beschäftigungsstruktur und Veränderungen der Arbeitsorganisation fordert (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 lit. g). Zwar sind Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertreter im Sinne der Richtlinie immer nur solche im Sinne der einzelstaatlichen Gepflogenheiten (Art. 2 lit. d, e), womit die Nichtberücksichtigung von Auslandsbeschäftigten noch vereinbar ist,²³⁰ doch regelt die Richtlinie immerhin 84

226 Insofern zutreffend *Pötters/Traut*, ZESAR 2010, 267 (273) m.w.N.; a.A. *Thüsing*, ZIP 2010, 199 (200).

227 *Kischel*, EuGRZ 1997, 1 (7).

228 *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 220.

229 ABl. 2002, L 80/29.

230 *Gerdorn*, Unterrichts- und Anhörungspflichten, S. 52. Dies gilt freilich nur, wenn das übrige Mitbestimmungsrecht des Mitgliedstaats sie auch nicht als

auch Teilbereiche der Unternehmensmitbestimmung, obgleich materiell nur auf unterster Stufe.²³¹

- 85 Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (VerschmelzungsRL)²³² regelt in ihrem Art. 16 auch die Arbeitnehmerbeteiligung bei den aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaften. Zwar knüpft die Richtlinie ausweislich ihres Art. 1 nur am singulären Ereignis einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften an, „die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben, sofern mindestens zwei der Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen“. Doch bestimmt sie, welches Mitbestimmungsrecht bei der neuen Gesellschaft anzuwenden ist bzw. inwiefern mitgliedstaatliches Mitbestimmungsrecht für die neue Gesellschaft umzugestalten ist. Damit macht die VerschmelzungsRL materielle Vorgaben für das mitgliedstaatliche Mitbestimmungsrecht, das für Gesellschaften mitgliedstaatlichen Rechts (nicht europäischen Rechts) gilt. Die mitgliedstaatlichen Regeln zur Unternehmensmitbestimmung fallen somit, obwohl sie nur für Gesellschaften ihres jeweiligen Rechts gelten, teilweise in einen vom Unionsrecht geregelten Bereich. Freilich existiert eine generelle Mitbestimmungsrichtlinie, die nicht nur für grenzüberschreitende Verschmelzungen Geltung beansprucht, bislang nicht, so daß zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts ergänzend auf den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten abzustellen ist.

2. Grundfreiheitenbezug

- 86 Die Regelungen der deutschen Unternehmensmitbestimmung haben jedenfalls dann grenzüberschreitenden Bezug und eröffnen damit den räumlichen Anwendungsbereich für die Grundfreiheiten und damit auch für die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, wenn ein in Deutschland ansässiges, mitbestimmtes Unternehmen auch nur einen einzigen Arbeitnehmer (gleich welcher Staatsangehörigkeit) regelmäßig im EU-Ausland beschäftigt. Da der Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht einmal entgegensteht, wenn ein Arbeitsverhältnis dauerhaft außer-

Arbeitnehmer anerkennt, EuGH vom 18.1.2007 – C-385/05 (*CGT*) – Slg. 2007, 611 (Rn. 34).

231 Deswegen hat die AnführungsRL keinen Umsetzungsbedarf in MitbestG oder DrittelbG ausgelöst; *Gedom*, Unterrichts- und Anführungs-pflichten, S. 174 f. mit Fn. 760, hat nur rechtspolitische Bedenken gegen eine Umsetzung der Richtlinie über die Unternehmensmitbestimmung.

232 ABl. 2005, L 310/1.

halb der EU ausgeübt wird,²³³ ist sie erst Recht anwendbar, wenn ein Arbeitsverhältnis dauerhaft innerhalb der EU ausgeübt wird, auch wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer noch nie im selben Mitgliedstaat residierten, der „Grenzübertritt“ also nur rechtlich, nicht tatsächlich stattfand. So hatte der EuGH in der Rechtssache *Boukhalfa* über den Fall eines Arbeitnehmers belgischer Staatsangehörigkeit zu entscheiden, der bei der deutschen Botschaft in Algerien beschäftigt war, seinen Wohnsitz auch schon vor Abschluß des Arbeitsvertrags mit der Bundesrepublik in Algerien hatte und seinen Arbeitsvertrag dauernd und ausschließlich in Algerien erfüllte. Der EuGH hat die Arbeitnehmerfreizügigkeit für anwendbar erklärt.²³⁴ Der Generalanwalt *Léger* hat in seinen Schlußanträgen darauf hingewiesen, daß erst Recht die Freizügigkeit anwendbar wäre, wenn der Arbeitnehmer bei der deutschen Botschaft in Frankreich beschäftigt wäre.²³⁵

Ein Arbeitnehmer kann sich somit bereits dann auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen, wenn er ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber begründet, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist als der Arbeitnehmer. Daß der Arbeitnehmer die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaates hat, in dem der Arbeitgeber seinen Sitz hat, spielt keine Rolle, wenn der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis regelmäßig in einem anderen Mitgliedstaat ausübt. Nur wenn der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis im selben Mitgliedstaat ausübt, in dem sein Arbeitgeber ansässig ist, liegt ein rein inländischer Sachverhalt vor, der keine Binnenmarktrelevanz entfaltet. In diesem Fall genügt es auch nicht, daß der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt, aber seine inländische Beschäftigung beibehält, denn er unterfällt weiterhin nur den Regeln seines Herkunftsmitgliedstaates und kann außer seinem Wohnsitz keinen grenzüberschreitenden Bezug geltend machen.²³⁶ 87

Für ein grenzüberschreitendes Element genügt es, wenn ein Sachverhalt (das Arbeitsverhältnis) wenigstens teilweise den Regelungsbereichen zweier Mitgliedstaaten unterfällt und deshalb durch Doppelreglementierung, widersprechende Regelungen oder Rechtsverlust der Grenzübertritt (auch wenn er nur rechtlich, nicht tatsächlich stattfindet) weniger attraktiv gemacht wird, als das Verweilen im ausschließlichen Regelungsbereich eines Mitgliedstaats. Die Grundfreiheiten dienen gerade dazu, den Binnenmarkt zu sichern, indem Sachverhalte mit Auslandsberührung reinen Inlandssachverhalten gleichzustellen sind (Diskriminierungs- 88

233 Calliess/Ruffert/*Brechmann*, Art. 39 EGV Rn. 8.

234 Apodiktisch EuGH vom 30.4.1996 – C-214/94 (*Boukhalfa*) – Slg. 1996, 2253 (Rn. 20 f.).

235 GA *Léger*, Schlußanträge vom 14.11.1995 zu EuGH – C-214/94 (*Boukhalfa*) – Slg. 1996, 2255 (Rn. 22).

236 EuGH vom 26.1.1993 – C-112/91 (*Werner*) – Slg. 1993, 429 (Rn. 14 ff.).

verbot). Es darf sogar der Sachverhalt mit tatsächlichem oder auch nur rein rechtlichem Auslandsbezug nicht solchen Beschränkungen unterworfen werden, welche die Herstellung des Auslandsbezugs nur weniger attraktiv machen (Beschränkungsverbot). Daß dadurch der rein inländische Sachverhalt gegenüber einem solchen mit Auslandsbezug mitunter schlechter behandelt wird, ist als „Inländerdiskriminierung“ europarechtlich hinzunehmen.²³⁷

- 89 Zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Mitbestimmungssachverhalte genügt es folglich, daß nationales Mitbestimmungsrecht grenzüberschreitende Sachverhalte (z.B. Unternehmen mit Beschäftigten im EU-Ausland oder bei Tochtergesellschaften ausländischen Rechts) überhaupt mit umfassen kann. Daß Mitbestimmungsrecht mitunter Sachverhalte mit grenzüberschreitendem Element seiner konkreten Ausgestaltung nach gerade nicht erfaßt („Territorialitätsprinzip“), schließt den grenzüberschreitenden Bezug nicht aus, denn auch die Nichtregelung ist eine Regelung und es kommt nicht auf die Maßnahme des Mitgliedstaates, sondern nur auf den von ihr geregelten oder ungeregelten Sachverhalt an.
- 90 Da Unternehmensmitbestimmung immer Mitbestimmung der im Unternehmen (oder bei Tochtergesellschaften) beschäftigten Arbeitnehmer ist und die Internationalisierung der Wirtschaft gerade auch dank des Binnenmarkts dazu geführt hat, daß Unternehmen schon lange nicht mehr nur im Staat ihres Sitzes wirtschaftliche Tätigkeit entfalten und Arbeitnehmer beschäftigen, entfaltet die Mitbestimmung zwangsläufig auch grenzüberschreitende Bezüge. Spätestens wenn ein Beschäftigter von einem deutschen Betrieb in einen Betrieb desselben Unternehmens im EU-Ausland wechselt, fortan nicht mehr an den Aufsichtsratswahlen teilnehmen kann und deshalb ggf. sein Aufsichtsratsmandat verliert (§ 24 Abs. 1 MitbestG), wird der grenzüberschreitende Bezug offenbar.²³⁸ Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten und damit auch der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts genügt es indes, daß ein Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat als im Mitgliedstaat seines Arbeitgebers beschäftigt sein kann und ihm bei seinem Arbeitgeber Teilhaberechte in Unternehmensangelegenheiten rechtlich zustehen, die mit seinem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen. Ebenso genügt es, daß ein Arbeitnehmer bei einem ausländischen Tochterunternehmen eines im Inland mitbestimmten Mutterunternehmens beschäftigt sein kann und ihm bei dem Mutterunternehmen Teilhaberechte in Unternehmensangelegenheiten rechtlich zustehen, die mit seinem Arbeitsverhältnis zum Tochterunternehmen in Verbindung stehen. Ob er aufgrund des

237 EuGH vom 16.6.1994 – C-132/93 (*Steen*) – Slg. 1994, 2715; zur Beurteilung der „Inländerdiskriminierung“ nach deutschem Recht siehe Rn. 561 ff.

238 Dazu *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (268 ff.).

(rechtlichen oder tatsächlichen) Auslandsbezugs seines Arbeitsverhältnisses in Mitbestimmungsangelegenheiten anders behandelt wird als ohne einen solchen, ist für die Binnenmarktrelevanz des Sachverhalts und damit die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten unerheblich.

3. Kein Harmonisierungszwang

Freilich ist die EU nicht zur totalen Rechtsharmonisierung berufen, d.h. es ist hinzunehmen, daß in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Rechtsordnungen gelten, solange ein Regelungsbereich nicht zum Gegenstand der Unionspolitik gemacht worden ist. Dies gilt vor allem für die Unternehmensmitbestimmung, soweit nicht nur Anhörungs- und Unterrichtsrechte betroffen sind. Die Tatsache, daß Arbeitnehmer in unterschiedlichen Mitgliedstaaten unterschiedliche Mitwirkungsrechte haben, kann für sich also keine unionsrechtliche Diskriminierung begründen.²³⁹ Ein allgemeiner Gleichheitssatz des Unionsrechts kann nicht die schwierige Aufgabe der Angleichung der Rechtsordnungen ersetzen und das dazu bereit stehende komplexe Instrumentarium umgehen.²⁴⁰ 91

Vorliegend geht es aber nur darum, Gleichheit *in* der Unternehmensmitbestimmung nach den individuellen Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten zu fordern, indem die möglichen grenzüberschreitenden Bezüge (in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht) im Bereich der Organbeteiligung mit Grundprinzipien des Unionsrechts in Einklang gebracht werden. Es geht nicht um divergierende Mitbestimmungsrechte zwischen den Mitgliedstaaten („transnationales Mitbestimmungsgefälle“)²⁴¹, sondern allein um die autonome Ausgestaltung des Mitbestimmungsrechts durch die Mitgliedstaaten am Beispiel des deutschen Rechts. 92

IV. Herleitungskriterien und Methodik

Die Parameter, die erfüllt sein müssen, damit ein allgemeiner Grundsatz festgestellt werden kann, lassen sich anhand der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nur erahnen. *Krebber* spricht pointiert von einem Verquirlen der Rechts(erkenntnis)quellen „zu einem seichten Einheitsbrei mit unscharfen Konturen“.²⁴² Dies soll freilich nicht Gang der vorliegenden Untersuchung sein. 93

Grundsätzlich können die Induktionsmethode und die rechtsvergleichende Methode unterschieden werden: Erstere sucht im geltenden 94

239 EuGH vom 28.6.1978 – 1/78 (*Kenny*) – Slg. 1978, 1489 (LS 2).

240 EuGH vom 15.10.2009 – C-101/08 (*Audiolux*) – EuZW 2009, 894 (Rn. 61 ff.); *Kischel*, EuGRZ 1997, 1 (8 f.); *Lutter*, FS Zweigert, S. 251 (261).

241 Dazu *Lubitz*, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 17 ff.; *Junker*, ZfA 2005, 1 (17 ff.); *ders.*, ZfA 2005, 211 (213 ff.).

242 *Krebber*, RdA 2009, 224 (230).

Unionsrecht (*acquis communautaire*) nach übergreifenden Prinzipien, letztere zieht die mitgliedstaatlichen Verfassungen heran. Eine Differenzierung zwischen beiden erübrigt sich aber, da sie sich im Einzelfall ergänzen. Aufgrund der Mannigfaltigkeit der Gleichheitssätze in den nationalstaatlichen Rechtsordnungen wie auch im Unionsrecht, soll hier nur unions- und völkerrechtlichen Quellen gemäß den Prämissen der *Audiolux*-Entscheidung des EuGH nachgegangen werden:

- 95 • Um allgemeine Rechtsgrundsätze aus Sekundärrecht herleiten zu können, ist erforderlich, daß es hinreichend bestimmte Inhalte setzt, die nicht nur spezielle Situationen regeln, sondern einen allgemeinen übergreifenden Charakter erkennen lassen.²⁴³
- 96 • Die Herleitung aus Primärrecht kann zum einen durch „Zusammen-schau“ bestimmter primärrechtlicher Regelungen erfolgen, die auf einen weiteren, bislang nicht explizit festgestellten Grundsatz schließen lassen. Zum anderen können geschriebene oder bereits festgestellte Rechtsgrundsätze weitere Konkretisierung („Aus-prägung“) erfahren.²⁴⁴
- 97 • Schließlich können sonstige Rechtserkenntnisquellen²⁴⁵ heran-gezogen werden: Art. 6 Abs. 3 EUV nennt die EMRK sowie die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, wird jedoch nicht als abschließend angesehen.²⁴⁶ Daneben kann auf internationale Verträge und Abkommen, an deren Abschluß Mit-gliedstaaten beteiligt waren, Bezug genommen werden, obgleich diesen vor allem argumentativ unterstützende Wirkung zukommt.²⁴⁷
- 98 • Aus Gründen der Gewaltenteilung sowie dem Prinzip der Rechts-sicherheit darf der Rechtssatz nicht so detailliert sein, daß seine Folgewirkungen eine Interessenabwägung des Unionsrechtsetzers notwendig machen.²⁴⁸
- 99 Die entscheidende Frage ist folglich, ob sich schlüssige Indizien für die Existenz eines allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung von Arbeitnehmern in der Unternehmensmitbestimmung finden lassen, der als spezielle Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes

243 EuGH vom 15.10.2009 – C-101/08 (*Audiolux*) – EuZW 2009, 894 (Rn. 45, 50).

244 EuGH vom 15.10.2009 – C-101/08 (*Audiolux*) – EuZW 2009, 894 (Rn. 53).

245 Streinz/*Pechstein*, Art. 6 EUV Rn. 9.

246 Grabitz/*Hilf/Schorkopf*, Art. 6 EUV Rn. 53 f.

247 Grabitz/*Hilf/Schorkopf*, Art. 6 EUV Rn. 46, 53.

248 EuGH vom 15.10.2009 – C-101/08 (*Audiolux*) – EuZW 2009, 894 (Rn. 58, 62).

in Beschäftigung und Beruf für die Ausgestaltung der Organbeteiligungssysteme der Mitgliedstaaten zwingende Vorgaben enthält.²⁴⁹

V. Herleitung

1. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Art. 45 Abs. 1 AEUV gewährleistet innerhalb der Union die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Da Mitbestimmung immer Teilhaberechte für Arbeitnehmer bedeutet, ist diese Grundfreiheit zuvörderst heranzuziehen. 100

a) Mehr als ein Verbot unmittelbarer Diskriminierung

Art. 45 Abs. 2 AEUV präzisiert den Freizügigkeitsbegriff dahingehend, daß er die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen umfaßt. 101

aa) Grenzüberschreitender Bezug bei Konzernsachverhalten

Niernerza legt den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit sehr eng aus: 102

„Der Gesamtblick auf genannte Vorschriften [der Arbeitnehmerfreizügigkeit] zeigt, daß Kern der Freizügigkeit die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer frei von ihrer Nationalität in der Gemeinschaft ist. Dies wird durch eine Gleichstellung von ausländischen Arbeitnehmern mit den Arbeitnehmern im jeweiligen Mitgliedstaat erreicht. Damit erfaßt die Freizügigkeit nicht den Fall von Arbeitnehmern, die in ihrem Land bei einer Gesellschaft dortigen Rechtes arbeiten, welche von Deutschland aus beherrscht wird. Eine Benachteiligung erfolgt nur im Verhältnis zwischen den Arbeitnehmern in den ausländischen und deutschen Konzerngesellschaften. Diese Benachteiligung bedeutet aber keine Benachteiligung wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV). Anknüpfungspunkt ist die Beschäftigung bei einer ausländischen Gesellschaft im betreffenden Gemeinschaftsstaat und nicht die Staatsangehörigkeit. Die ist keine Diskriminierung im Sinne der Art. 12, 39 EGV.“²⁵⁰

Dies ist nur insoweit richtig, als Sachverhalte gemeint sind, die keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen und sich somit *im Konkreten* dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten entziehen. Dies ist aber bei Beschäftigungsverhältnissen in grenzüberschreitenden Konzernen dann nicht mehr der Fall, wenn die Muttergesellschaft nach dem für sie 103

249 Analog zu EuGH vom 15.10.2009 – C-101/08 (*Audiolux*) – EuZW 2009, 894 (Rn. 34, 53).

250 *Niernerza*, Unternehmerische Mitbestimmung, S. 63.

maßgeblichen Recht einem Mitbestimmungsgesetz unterliegt, das auch Arbeitnehmer in Tochterunternehmen an der Mitbestimmung beim Mutterunternehmen teilhaben läßt. Wer mit *Nienerza* nur die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und seinem unmittelbaren rechtlichen Arbeitgeber betrachtet,²⁵¹ dürfte Unionsrecht in Konzernsachverhalten mit selbständigen Tochtergesellschaften gar nicht für anwendbar halten, weil kein grenzüberschreitender Sachverhalt vorläge. Die betrachtete Rechtsbeziehung richtet sich dann allein nach dem Recht des Staates, in dem das Arbeitsverhältnis besteht und nach dem dort geltenden oder nicht geltenden Mitbestimmungsrecht.

- 104 Es kommt aber ohnehin nicht auf den konkreten Mitbestimmungssachverhalt an, sondern auf das *abstrakt* geltende mitgliedstaatliche Mitbestimmungsrecht. Kennt dieses generell keine Arbeitnehmerbeteiligung beim Mutterunternehmen, ist die Nichterfassung von Arbeitnehmern bei Tochterunternehmen unionsrechtlich in der Tat hinzunehmen, denn Anknüpfungspunkt wäre nur „die Beschäftigung bei einer Gesellschaft im betreffenden Gemeinschaftsstaat“. Sieht das mitgliedstaatliche Mitbestimmungsrecht aber die Zurechnung von Arbeitnehmern von Tochterunternehmen zur Konzernmutter zum Zwecke der Mitbestimmung bei der Konzernmutter vor (Konzernmitbestimmung), ist Anknüpfungspunkt „die Beschäftigung bei einer Gesellschaft“, die von einem anderen Unternehmen beherrscht wird, das den Arbeitnehmern der von ihm beherrschten Unternehmen Teilhaberechte zu gewähren hat. Basiert das Mitbestimmungsrecht, das Konzernmitbestimmung für die seinem Geltungsbereich unterfallenden (Mutter-)Unternehmen vorsieht, auf einem Konzernrecht, das auch ausländische Unternehmen als Konzernunternehmen anerkennt, ist auch für die bei ausländischen Tochterunternehmen beschäftigten Arbeitnehmer ein grenzüberschreitender Bezug in Mitbestimmungsfragen gegeben.
- 105 Es geht nicht um die Ungleichbehandlung, die darin liegt, daß es in einem Mitgliedstaat Unternehmensmitbestimmung gibt (bei der Konzernmutter) und in einem anderen nicht (beim unmittelbaren Arbeitgeber). Diesen Unterschied hat kein Mitgliedstaat zu verantworten und er kann nur von der EU selbst harmonisiert werden.²⁵² Es geht um Ungleichbehandlungen, die dadurch entstehen können, daß Arbeitnehmer eines Konzernunternehmens von Teilhaberechten ausgeschlossen werden, die anderen Arbeitnehmern eines anderen Konzernunternehmens im selben Konzern *bei der Konzernmutter* zukommen können.²⁵³ Dadurch können nämlich die von

251 Wohl auch *Lubitz*, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 128.

252 Dazu Rn. 91 f.

253 *Nienerza*, Unternehmerische Mitbestimmung, S. 81, 86, kommt entgegen der h.M. zu dem Ergebnis, daß alle Arbeitnehmer eines Konzerns unabhängig vom

der Konzernmitbestimmung erfaßten Belegschaften die gesamte Unternehmenspolitik einseitig zu ihren Gunsten beeinflussen, während die nicht erfaßten Belegschaften fremdbestimmt bleiben, obwohl sie demselben Konzern angehören. Nach welchen Kriterien die von der Konzernmitbestimmung erfaßten Belegschaften auszuwählen sind, bestimmt sich nach dem für die Konzernmutter geltenden mitgliedstaatlichen Recht. Erkennt dieses Recht aber Konzernsachverhalte grenzüberschreitend an, erfaßt es seinem abstrakten Regelungsansatz nach auch Mitbestimmungssachverhalte mit grenzüberschreitendem Bezug. Wie es damit umgeht, ist deshalb dem Unionsrecht und seinen Grundfreiheiten nicht entzogen.

bb) Grundfreiheit mit Markt

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gewährt mehr als nur „Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer“. Bewegungsfreiheit folgt schon aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) und der unionsbürgerlichen Freizügigkeit (Art. 21 AEUV), der „Grundfreiheit ohne Markt“.²⁵⁴ Art. 45 AEUV ist aber mehr als die Summe aus Art. 18 plus Art. 21 AEUV – nicht nur mathematisch, sondern auch rechtlich. Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nämlich „Grundfreiheit mit Markt“. Das Dogma der formalen Inländergleichbehandlung ist bei den „Grundfreiheiten mit Markt“ längst überwunden,²⁵⁵ ja gab es genau genommen nie, denn seit den Römischen Verträgen war die EWG auf Herstellung eines Gemeinsamen Marktes (Art. 2 EWGV) auch für Arbeitskräfte und deshalb auf Beseitigung von Hemmnissen gerichtet, die Arbeitnehmer daran hindern könnten, eine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aufzunehmen. Im Ausland wie ein Inländer behandelt zu werden, ist da nur der Anfang. Es geht auch darum, durch Grenzübertritt oder einen grenzüberschreitenden Sachverhalt im weiten Sinne der EuGH-Rechtsprechung keine Nachteile zu erleiden. Deswegen entstehen ja überhaupt Phänomene wie „Inländerdiskriminierung“²⁵⁶, weil Grundfreiheiten den grenzüberschreitenden Sachverhalt gegenüber den rein inländischen privilegieren können. *Kisker* formuliert treffend:

Beschäftigungsland solche auch im Sinne des deutschen Mitbestimmungsrechts sind.

254 Dazu *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt – die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime (2007).

255 Wird es auch beim unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrecht; progressiv *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 309 f., 386 ff.

256 Dazu Rn. 561 ff.

„Verfehlt wäre es daher genauso zu sagen, der inländische Gesetzgeber sei zum Schutz der inländischen Gläubiger, der ausländische zum Schutz der ausländischen Gläubiger zuständig.“²⁵⁷

cc) Verengtes Verständnis der Grundfreiheiten

- 107 *Nienerza* kommt aus seiner Sicht konsequent zu dem Schluß: „Geschützt ist nur der einzelne ausländische Arbeitnehmer im einzelnen fremden Mitgliedstaat“.²⁵⁸ Er beruft sich auf *Lutter*, der seinerzeit (1981) auch von Art. 7 EWGV (entspricht Art. 18 AEUV) ausging und meinte, es gehe nicht um die Arbeitnehmer, sondern um die Unternehmen:

„[...] denn betroffen sind ja die *Arbeitnehmer* der ausländischen Gesellschaften, also natürliche Personen; sie aber wiederum nicht in *ihrer* Staatsangehörigkeit, sondern nur über das Gesellschaftsstatut der Korporation, in der sie arbeiten; es geht also nicht um ihre Staatsangehörigkeit“.²⁵⁹

- 108 Damit behielt *Lutter* bei dem in der Unternehmensmitbestimmung anzutreffenden Zusammenspiel von Gesellschaftsstatut (Niederlassungsfreiheit) und Arbeitnehmerrechten (Arbeitnehmerfreizügigkeit) nur ersteres im Blick, weil er wohl bei den Arbeitnehmern keine Ungleichbehandlung nach Staatsangehörigkeit erkennen konnte.²⁶⁰ Deshalb gelangte er auch zu der an sich zwar richtigen, aber in diesem Zusammenhang verfehlten Feststellung: „auch deutsche Arbeitnehmer einer ausländischen Gesellschaft sind vom MitbestG ausgenommen“.²⁶¹ Gleicher Ansicht war 1989 auch noch *Birk*, der – obwohl er Art. 8 FreizügVO über den Wortlaut hinaus auch auf die Unternehmensmitbestimmung angewendet wissen wollte²⁶² – auch zur Überzeugung gelangte, die deutsche Unternehmensmitbestimmung diskriminiere niemanden.²⁶³ Er berief sich seinerseits auf *Stein*, welcher sich zwar bereits 1980 mit dem Thema beschäftigt hatte, aber nur die Betriebsverfassung in Form des BetrVG 1972, d.h. ohne Unternehmensmitbestimmung²⁶⁴, für diskriminierungsfrei

257 *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 249.

258 *Nienerza*, Unternehmerische Mitbestimmung, S. 63.

259 *Lutter*, FS Zweigert, S. 251 (261), Hervorhebung im Original; ebenso schon *ders.*, ZGR 1977, 195 (205 ff.), aber ohne Europarechtsbezug.

260 Ebenso *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (613): Freizügigkeit „erscheint kaum tangiert“.

261 *Lutter*, FS Zweigert, S. 251 (261); zum anderen Ergebnis kommt aber *Nienerza*, Unternehmerische Mitbestimmung, S. 81, 86.

262 Aber auch dabei ging er offenbar von reiner Gleichbehandlung nach Nationalität innerhalb eines Mitgliedstaates aus.

263 *Birk*, RIW 1989, 6 (12); allgemeiner noch *ders.*, RIW 1975, 589 (596): „Es erscheint daher durchaus angemessen, auch die bei Auslandstöchtern tätigen Arbeitnehmer [...] mitwählen zu lassen“.

264 Vgl. § 129 BetrVG 1972.

und mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar gehalten hatte.²⁶⁵ *Stein* sprach zwar auch mißverständlich von „Inländergleichbehandlung im Rahmen der Freizügigkeit“, widmete sich aber nicht der Unternehmensmitbestimmung.²⁶⁶

dd) Verbot mittelbarer Diskriminierung

Freilich haben alle Genannten Recht, soweit sie darauf abstellen, daß Mitbestimmung als originär gesellschaftsrechtliche Institution sich nach dem für das jeweilige Unternehmen maßgeblichen Recht richtet. Unterscheidet dieses Mitbestimmungsrecht nicht nach Staatsangehörigkeiten der zur Mitbestimmung berufenen Arbeitnehmer, steht eine unmittelbare Diskriminierung der Arbeitnehmer wegen ihrer Staatsangehörigkeit auch nicht im Raum. Alle Genannten verkennen aber zweierlei: 109

- Erstens kann jedes Unternehmen auch unselbständige Niederlassungen (Betriebe) im Ausland unterhalten, deren Beschäftigte zwar in unmittelbarem Arbeitsverhältnis zu einem mitbestimmten Unternehmen stehen, aber dennoch nicht an der Mitbestimmung bei diesem Unternehmen partizipieren dürfen (so zumindest nach deutschem Recht²⁶⁷).²⁶⁸ In diesem Fall werden Arbeitnehmer gerade „über das Gesellschaftsstatut der Korporation, in der sie arbeiten“, zur Mitbestimmung berufen oder eben gerade nicht berufen, weil sie bei einer Niederlassung im Ausland ihr Beschäftigungsverhältnis ausüben. 110
- Zweitens liegt eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit vor, wenn Arbeitnehmer im Inland andere Rechte haben als Arbeitnehmer im Ausland, sei es, daß sie bei einer unselbständigen Niederlassung beschäftigt sind, sei es, daß sie bei einem selbständigen Tochterunternehmen beschäftigt sind, dessen Mutterunternehmen aber nach seinem maßgeblichen Recht Beschäftigte in Tochterunternehmen zum Zwecke der Mitbestimmung als eigene zu behandeln hat. Bereits seit 1974 ist die Figur der mittelbaren Ungleichbehandlung in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt.²⁶⁹ Eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit liegt immer dann vor, wenn eine Regelung zwar 111

265 *T. Stein*, Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers, S. 1099 (1101 mit Fn. 1, 1105 ff.).

266 Nur in anderem Zusammenhang *T. Stein*, Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers, S. 1099 (1111 f.).

267 Dazu Rn. 330 ff.

268 Dies sieht auch *Niernerza*, Unternehmerische Mitbestimmung, S. 87 ff., untersucht aber in diesem Zusammenhang nicht den Freizügigkeitsbezug, da er eine kollisionsrechtliche Lösung favorisiert.

269 Vgl. schon EuGH vom 12.2.1974 – 152/73 (*Sotgiu*) – Slg. 1974, 153 (Rn. 11).

nicht unmittelbar nach Staatsangehörigkeiten differenziert, aber an andere Merkmale angeknüpft wird, die typischerweise nur bestimmte Staatsangehörige erfassen (oder gerade nicht erfassen). Typischerweise, d.h. in der Mehrzahl der Fälle, haben Arbeitnehmer die Staatsangehörigkeit des Landes, in dem sie arbeiten. In Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer sind überwiegend Deutsche, in Frankreich beschäftigte Arbeitnehmer sind überwiegend Franzosen, in Polen beschäftigte Arbeitnehmer sind überwiegend Polen. Ein Mitbestimmungsrecht, das – wie das deutsche Recht – Arbeitnehmer in ausländischen Betrieben von den Teilhabemöglichkeiten in Unternehmensfragen ausschließt, *weil sie im Ausland arbeiten*, schließt deshalb typischerweise Arbeitnehmer anderer Staatsangehörigkeit von der Mitbestimmung aus. Gleiches gilt für ein Mitbestimmungsrecht, das – wie das deutsche Recht – Konzernmitbestimmung kennt, aber Arbeitnehmer ausländischer Tochtergesellschaften von der Mitbestimmung *beim Mutterunternehmen* ausschließt, *weil sie bei ausländischen Tochtergesellschaften beschäftigt sind*.

- 112 Sofern ausländische Tochtergesellschaften inländische Betriebe unterhalten und deren Arbeitnehmer (typischerweise Inländer) dennoch von der Mitbestimmung beim konzernmitbestimmten Mutterunternehmen ausgeschlossen bleiben, greift freilich auch die Figur der mittelbaren Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit nicht, sondern ist auf das Beschränkungsverbot zurückzugreifen.

ee) Beschränkungsverbot

- 113 Einen dritten Aspekt konnten die meisten oben Genannten (außer *Nienerza*) noch nicht berücksichtigen, weil er auf einer jüngeren Rechtsprechung des EuGH beruht: Die Ausdehnung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot. Daß die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht nur unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen von Arbeitnehmern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit verbietet, sondern darüber hinaus jede Regelung, welche die Herstellung eines grenzüberschreitenden Bezugs und damit den Gebrauch der Grundfreiheit generell weniger attraktiv macht, ist nach allgemeiner Auffassung²⁷⁰ unter Bezugnahme auf die *Bosman*-Entscheidung von 1995²⁷¹ eine relativ neue Rechtserkenntnis. Indes hat der EuGH bereits

270 Calliess/Ruffert/Brechmann, Art. 39 EGV Rn. 52;
 Grabitz/Hilf/Randelzhofer/Forsthoff, Art. 39 EGV Rn. 165;
 Schwarze/Schneider/Wunderlich, Art. 39 EGV Rn. 42 f.; von der
 Groeben/Schwarze/Wölker/Grill, Art. 39 EGV Rn. 19.

271 EuGH vom 15.12.1995 – C-415/93 (*Bosman*) – Slg. 1995, 4921 (Rn. 96).

1975 erkennt, daß der Zweck der Arbeitnehmerfreizügigkeit verfehlt würde, „wenn die Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlieren, die ihnen jedenfalls die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats sichern“.²⁷²

Im Binnenmarkt geht es folglich nicht mehr nur darum, Arbeitnehmer nicht nach ihrer Staatsangehörigkeit unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich zu behandeln, sondern es geht darum, Arbeitnehmern den Gebrauch ihrer Freizügigkeit nicht weniger attraktiv zu machen, selbst wenn das in Rede stehende Hemmnis gleichermaßen für In- wie für Ausländer gilt.²⁷³ Beispielsweise hat der EuGH in der Rechtsache *Köbler* entschieden, daß Beschäftigungszeiten an Hochschulen anderer Mitgliedstaaten beim Anspruch eines inländischen Professors auf eine Zulage, die von seiner Tätigkeitsdauer abhängig ist, nicht unberücksichtigt bleiben dürfen.²⁷⁴ Ebenso ist es mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit unvereinbar, Arbeitnehmern unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit im Staatsgebiet das Führen von Fahrzeugen zu untersagen, die im Ausland zugelassen sind und den Arbeitnehmern von ihrem dort ansässigen Arbeitgeber zur Nutzung überlassen worden sind.²⁷⁵ Welcher Arbeitnehmer von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, indem er entweder tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat zum Zwecke der Berufsausübung (nicht nur des Wohnens) wechselt oder mit einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag schließt und für dieses weiterhin in seinem Herkunftsmitgliedstaat arbeitet, ohne persönlich die Grenze zu überschreiten, kann sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen – gegenüber der Union, gegenüber dem fremden und gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat, je nach dem, welcher Rechtsetzer an den grenzüberschreitenden Sachverhalt für den Arbeitnehmer nachteilige Rechtsfolgen knüpft.

Folglich kann auch ein Mitbestimmungsrecht, das im Inland beschäftigte Arbeitnehmer eines ausländischen Unternehmens, das seinerseits aber einem Konzern angehört, dessen Konzernmutter nach inländischem Recht mitbestimmt ist, von der Mitbestimmung *beim Mutterunternehmen* ausnimmt, die Arbeitnehmerfreizügigkeit aktivieren. So kann beispielsweise eine nach deutschem Recht mitbestimmte AG ein französisches Tochterunternehmen haben, das einen Betrieb in Deutschland unterhält, dessen Arbeitnehmer aber nicht an den Aufsichtsratswahlen bei der AG im Wege der Konzernmitbestimmung (§ 2 Abs. 1 DrittelbG, § 5 Abs. 1 AktG)

272 EuGH vom 21.10.1975 – 24/75 (*Petroni*) – Slg. 1975, 1149 (Rn. 13).

273 ErfK/*Wißmann*, Art. 45 AEUV Rn. 54.

274 EuGH vom 30.9.2003 – C-224/01 (*Köbler*) – Slg. 2003, 10239 (LS 3).

275 EuGH vom 2.10.2003 – C-232/01 (*van Lent*) – Slg. 2003, 11525 (LS 1).

teilnehmen dürfen.²⁷⁶ Auch diese Arbeitnehmer können sich prinzipiell – vorbehaltlich der sachlichen Anwendungsvoraussetzungen – gegenüber Deutschland auf ihr Freizügigkeitsrecht berufen, selbst wenn sie deutscher Staatsangehörigkeit sind, weil allein ihr Arbeitsverhältnis mit einer nichtdeutschen Gesellschaft nachteilige Auswirkungen auf ihre Konzernmitbestimmungsrechte beim deutschen Mutterunternehmen hat. Denn dadurch wird es für Arbeitnehmer weniger attraktiv gemacht, Arbeitsverhältnisse mit Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten zu begründen.

b) Erfassung kollektivrechtlicher Arbeitsbedingungen

- 116** Die Arbeitnehmerfreizügigkeit erfaßt ihrem sachlichen Geltungsbereich nach nicht nur individualrechtliche Arbeitsbedingungen, welche die Ausgestaltung der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung betreffen, sondern auch kollektivrechtliche Arbeitsbedingungen, die über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausreichen, ja sogar allgemeine Rechtsbedingungen, die das frühere, gegenwärtige oder künftige Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nur zum Anknüpfungspunkt für weitere Rechtsfolgen nehmen, die mit dem Arbeitsverhältnis selbst nicht mehr im Zusammenhang stehen.

aa) Keine „Arbeitnehmervertretung in den Betrieben“

- 117** Art. 8 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung 1612/68/EWG über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (FreizügVO) konkretisiert die Grundfreiheit der Arbeitnehmer aus Art. 45 AEUV sekundärrechtlich dahingehend, daß aktives und passives Wahlrecht zu den „Organen der Arbeitnehmervertretungen in den Betrieben“ diskriminierungsfrei gewährleistet werden müssen. Ob dazu nicht nur Betriebsräte, sondern auch andere Institutionen der Arbeitnehmerbeteiligung jenseits der betrieblichen Ebene, insbesondere Aufsichtsräte zählen, wird von *Wölker* und *Grill* ohne Begründung bejaht²⁷⁷ und von *Hellwig* und *Behme* zutreffend mit der Begründung verneint, daß Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat keine Interessenvertreter der Belegschaft, sondern nur auf das Unternehmenswohl verpflichtet sind.²⁷⁸ Mithin kann der Aufsichtsrat nach deutschem Verständnis schon nicht als „Organ der Arbeitnehmervertretung“ im Sinne des Art. 8 Abs. 1 Satz 3 FreizügVO angesehen werden.²⁷⁹

²⁷⁶ Dazu Rn. 332.

²⁷⁷ Von der Groeben/Schwarze/*Wölker/Grill*, Art. 39 EGV Rn. 87; ebenso *Birk*, RIW 1989, 6 (12), der sich jedoch offenbar nur auf im Inland beschäftigte Ausländer bezieht und diese hinreichend partizipiert sieht.

²⁷⁸ *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (264).

²⁷⁹ Ebenso *Dietrich*, Freizügigkeit der Arbeitnehmer, S. 461.

Freilich darf nicht übersehen werden, daß „Organe der Arbeitnehmervertretungen in den Betrieben“ im Sinne der FreizügVO ein unionsrechtlicher Rechtsbegriff ist, der nicht allein nach deutscher Lesart verstanden werden darf. Mangels Legaldefinition in der FreizügVO ist es durchaus denkbar, aus unionsrechtlicher Perspektive (Art. 151 Abs. 1 AEUV: Verbesserung der Arbeitsbedingungen und Bekämpfung von Ausgrenzungen) wenigstens die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat als ein „Organ“ im weitesten Sinne zu verstehen, welches den Beschäftigten einer organisatorischen wirtschaftlichen Einheit („Betrieb“ im untechnischen Sinne) die Möglichkeit gibt, auch Arbeitnehmerbelange zur Sprache zu bringen und so auf ihre Beschäftigungsbedingungen Einfluß zu nehmen. Die Rechtsförmigkeit des „Organs“ ist nach der Rechtsprechung nämlich unerheblich.²⁸⁰

Allerdings ist auch dem Unionsrecht die Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen nicht fremd: Art. 2 der AnhörungsRL 2002/14/EG enthält zwei separate Begriffsbestimmungen, von denen die des Betriebs explizit auf eine „gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten definierte Unternehmenseinheit“ abstellt. Auch wenn diese Definition gegenüber der bedeutend älteren FreizügVO keine unmittelbare Geltung beansprucht, kommt darin doch zum Ausdruck, daß die Union trotz zwischenzeitlich fortgeschrittener Integration den „Betrieb“ *im arbeitnehmerbeteiligungsrelevanten Zusammenhang* aufgrund der Unterschiedlichkeit der Wirtschaftsorganisation in den Mitgliedstaaten keiner Rechtsharmonisierung durch autonom unionsrechtliche Definition unterwerfen will. Selbst für die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG hat der EuGH den Betrieb vom Unternehmen strikt abgegrenzt:

„So kann im Rahmen eines Unternehmens u.a. eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfügt, ein ‚Betrieb‘ für den Zweck der Anwendung der Richtlinie 98/59 sein“.²⁸¹

Auch die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG, welche in Art. 7 auch Anhörungs- und Unterrichtsrechte der Arbeitnehmervertreter enthält, spricht in Art. 1 lit. a zwar noch von „Betrieben“ und „Unternehmen“, knüpft aber in Art. 1 lit. b „vorbehaltlich Buchstabe a)“ an die *wirtschaftliche Einheit* als maßgebendes Kriterium an. Entsprechend zieht auch der EuGH in diesem Zusammenhang nie einen Betriebsbegriff,

280 EuGH vom 4.7.1991 – C-213/90 (*ASTI I*) – Slg. 1991, 3507 (Rn. 15).

281 EuGH vom 15.2.2007 – C-270/05 (*Athinaïki Chartopoïia*) – Slg. 2007, 1499 (Rn. 27).

sondern gemäß des Ziels der Richtlinie stets nur das Konstrukt der „wirtschaftlichen Einheit“ heran.²⁸²

- 121** Auch wer „Arbeitnehmervertreter“ ist, entzieht sich unionsrechtlicher Begriffsbildung, denn als solche werden beispielsweise in Art. 2 lit. e der Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Aktiengesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer nur „die nach den Rechtsvorschriften und/oder den Gepflogenheiten der einzelnen Mitgliedstaaten vorgesehenen Vertreter der Arbeitnehmer“ bezeichnet. Ebenso in Art. 2 lit. e der Anhörungsrichtlinie 2002/14/EG. Nach hiesigem Verständnis zählen dazu die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gerade nicht, weil sie auf das Unternehmensinteresse verpflichtet sind.²⁸³
- 122** Deswegen ergibt sich auch aus der *ASTI*-Entscheidung des EuGH zu den luxemburgischen Berufskammern nichts anderes. Dort hatte der Gerichtshof Art. 8 Abs. 1 Satz 1 FreizügVO schon sehr weit dahingehend ausgelegt, daß die „Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und [die] Ausübung gewerkschaftlicher Rechte“ nicht nur Gewerkschaften erfaßt, sondern alle Einrichtungen, die „der Verteidigung und Vertretung von Arbeitnehmerinteressen vergleichbare Funktionen ausüben“.²⁸⁴ Eine gewerkschaftsvergleichbare Verteidigungs- und Vertretungsfunktion hat der Aufsichtsrat aber auch insoweit nicht, als er zu seinen Mitgliedern auch Arbeitnehmer zählt. Gewerkschaftsähnliche Gegnerunabhängigkeit kann dem korporatistischen Gremium nicht attestiert werden, gerade weil in seinen Reihen Anteilseignervertreter neben Gewerkschaftsvertretern sitzen. Die Aufsichtsräte bilden eine grundsätzlich homogene Gruppe, deren Mitglieder alle an das Unternehmensinteresse gebunden sind, so daß sich eine Anknüpfung an die Bänkezugehörigkeit als solche verbietet.²⁸⁵ Die Berufskammern unserer Nachbarländer sind hingegen reine Arbeitnehmerversammlungen. Der Aufsichtsrat dient also weder der Arbeitnehmervertretung, noch ist er ein Organ „in den Betrieben“.
- 123** Da die FreizügVO aber nur eine nicht abschließende sekundärrechtliche Konkretisierung der primärrechtlich gewährleisteten Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt, kann aus ihr umgekehrt nicht geschlossen werden, daß die Unternehmensmitbestimmung dem Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit entzogen wäre. Art. 45 Abs. 2 AEUV gewährleistet unabhängig von sekundärrechtlicher Konkretisierung „die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf

282 Umfangreiche Nachweise bei MüKo-BGB/*Müller-Glöge*, § 613a Rn. 15.

283 A.A. offenbar *Gerdom*, Unterrichts- und Anhörungspflichten, S. 174 f.

284 EuGH vom 4.7.1991 – C-213/90 (*ASTI I*) – Slg. 1991, 3507 (Rn. 16).

285 MüKo-AktG/*Habersack*, vor § 95 Rn. 14.

Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen“. Für alle nicht von der FreizügVO erfaßten „Arbeitsbedingungen“ kann und muß deshalb auf das Primärrecht zurückgegriffen werden.

bb) „Sonstige Arbeitsbedingungen“

Unter „sonstigen Arbeitsbedingungen“ im Sinne des Art. 45 Abs. 2 AEUV könnten sich die Mitwirkungsbefugnisse der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat fassen lassen. Der EuGH hat mehrfach entschieden, daß aktives und passives Wahlrecht zu Berufskammern unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet werden müssen.²⁸⁶ Dabei handelte es sich aber immer nur um Einrichtungen, denen die Arbeitnehmer kraft Gesetzes angehörten, an die sie Beiträge zu entrichten hatten, die mit der Verteidigung und Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer betraut waren und die eine beratende Funktion im Bereich der Gesetzgebung ausübten. Die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat läßt sich unter diese Rechtsprechung aus oben genannten Gründen nicht subsumieren.²⁸⁷ Jedoch kann daraus geschlossen werden, daß Art. 45 Abs. 2 AEUV nicht nur individualarbeitsrechtliche Beschäftigungsbedingungen erfaßt.²⁸⁸ Dies folgt auch schon daraus, daß Art. 8 FreizügVO in Konkretisierung von Art. 45 AEUV²⁸⁹ auch Beteiligungsrechte in den Gewerkschaften sowie in betrieblichen Arbeitnehmervertretungen umfaßt – beides kollektivrechtliche Beschäftigungsbedingungen ohne unmittelbaren Einfluß auf das individuelle Arbeitsverhältnis.

Daß die Vorschriften zur Sozialpolitik der Union in Art. 153 Abs. 1 AEUV explizit zwischen „Arbeitsbedingungen“ (lit. b) und „Vertretung und kollektiver Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung“ (lit. f) unterscheiden, kann nicht zu

286 EuGH vom 4.7.1991 – C-213/90 (*ASTI I*) – Slg. 1991, 3507; vom 18.5.1994 – C-118/92 (*ASTI II*) – Slg. 1994, 1891; vom 16.9.2004 – C-465/01 (*Kommission/Österreich*) – Slg. 2004, 8291. Gleiches gilt für türkische Arbeitnehmer in der EWG, EuGH vom 8.5.2003 – C-171/01 (*Wählergruppe Gemeinsam*) – Slg. 2003, 4301; eingehend *Feik*, FS Hofer-Zeni, S. 57 (68 ff.).

287 Zutreffend *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 181.

288 So aber *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (265), im Widerspruch zu *dies.*, a.a.O., 268 f.; i.E. auch *Lubitz*, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 128; ähnlich schon zum gleichlautenden Art. 48 Abs. 2 EWGV *M. Schubert*, Unternehmensmitbestimmung, S. 99; offen gelassen von *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 182.

289 Art. 46 Abs. 1 AEUV ermächtigt die Union durch Richtlinien und Verordnungen alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, „um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Sinne des Artikels 45 herzustellen“; Entsprechendes regelte auch Art. 49 EWGV, auf dessen Grundlage die FreizügVO erlassen wurde.

dem Umkehrschluß führen, daß Mitbestimmung nicht Arbeitsbedingung sei. Der Katalog des Art. 153 AEUV ist noch weniger trennscharf formuliert als Art. 74 GG und dient nicht zuletzt der Verfahrensgestaltung nach Art. 153 Abs. 2 AEUV. Für Regelungen aus dem Bereich der Mitbestimmung verlangt nämlich Art. 153 Abs. 2 UAbs. 3 AEUV einen einstimmigen Ratsbeschluß und die Durchführung eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens, während für Regelungen aus dem Bereich der Arbeitsbedingungen das ordentliche Gesetzgebungsverfahren durchzuführen ist, Art. 153 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV. „Arbeitsbedingungen“ im Sinne des Art. 153 Abs. 1 lit. b können aus diesem Grund nicht mit „sonstigen Arbeitsbedingungen“ im Sinne des Art. 45 Abs. 2 AEUV gleichgesetzt werden.

- 126** Dies bestätigt sich auch darin, daß trotz des expliziten Entzugs des Koalitionsrechts aus der sozialpolitischen Unionskompetenz gem. Art. 153 Abs. 5 AEUV die FreizügVO gestützt auf Art. 49 EWGV (Art. 46 AEUV) Regelungen zum Gewerkschaftszugang für EU-Ausländer trifft (Art. 8 Abs. 1 Satz 1 FreizügVO) und staatsangehörigkeitsdiskriminierende Tarif- und Kollektivvereinbarungen für nichtig erklärt (Art. 7 Abs. 4 FreizügVO). Grundfreiheiten aus Titel IV und Sozialpolitik aus Titel X des AEUV korrespondieren eben schon aus historischen Gründen²⁹⁰ nur beschränkt miteinander. Art. 153 Abs. 5 AEUV beginnt nicht umsonst mit den Worten: „Dieser Artikel gilt nicht für [...]“. Kompetenzvorschriften können den Geltungsbereich der Grundfreiheiten ohnehin nicht einschränken, wie der EuGH in seinen Entscheidungen in den Rechtssachen *Viking* und *Laval* erneut hervorgehoben hat, weil „es den Mitgliedstaaten in den Bereichen, für die die Gemeinschaft nicht zuständig ist, zwar grundsätzlich weiterhin freisteht, die Bedingungen für den Bestand der fraglichen Rechte und die Modalitäten ihrer Ausübung festzusetzen, dass sie aber gleichwohl gehalten sind, das Gemeinschaftsrecht bei der Ausübung dieser Befugnis zu beachten“.²⁹¹
- 127** „Sonstige Arbeitsbedingungen“ im Sinne des Art. 45 Abs. 2 AEUV können also durchaus auch solche des kollektiven Arbeitsrechts sein, denn weder ist der Begriff im Einklang mit der Kompetenzvorschrift des Art. 153 AEUV auszulegen, noch hat er durch die FreizügVO abschließende Konkretisierung erfahren.

cc) Formelle und materielle Arbeitsbedingungen

- 128** „Arbeitsbedingungen“ im Sinne der Freizügigkeit sind nicht nur die Rechte und Pflichten, die aus dem konkreten Arbeitsvertrag fließen,

²⁹⁰ Grabitz/Hilf/Langefeld, vor Art. 136 EGV, Rn. 1 ff.

²⁹¹ EuGH vom 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking*) – Slg. 2007, 10779 (Rn. 40); vom 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*) – Slg. 2007, 11767 (Rn. 81).

sondern sind umfassend zu verstehen. Maßgeblich folgen die Bedingungen, unter denen ein Arbeitsverhältnis durchgeführt wird, zwar aus dem konkreten Arbeitsvertrag und dem auf diesen anwendbaren (Arbeits-)Recht (Vertragsstatut). Es existieren aber auch Arbeitsbedingungen, die außerhalb der konkreten Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber wurzeln und dennoch mit dieser in Zusammenhang stehen.

Diese Arbeitsbedingungen im weiteren Sinne fallen ebenfalls unter den Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Dies ergibt sich bereits aus der FreizügVO, welche Art. 45 AEUV (freilich nicht abschließend) konkretisiert: 129

- Art. 7 Abs. 1 FreizügVO: „Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, darf aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten [...] nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer“. Die Verordnung richtet sich an Arbeitnehmer, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates haben, aber in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten (vgl. Art. 1 Abs. 1 FreizügVO). Sie müssen nicht ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber in dem Mitgliedstaat aufweisen, in dem sie tatsächlich arbeiten, sondern nur in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Herkunftsmitgliedstaat beschäftigt sein. Freilich ist die Rechtsprechung in Ausgestaltung der primärrechtlichen Freizügigkeitsgarantie darüber längst hinausgegangen, indem sich auch Arbeitnehmer, die in ihrem Herkunftsmitgliedstaat arbeiten, in den Anwendungsbereich der Freizügigkeit einbezieht, wenn ihr Arbeitsverhältnis anderweitig grenzüberschreitenden Bezug in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht aufweist.²⁹² 130

- Art. 7 Abs. 1 FreizügVO verlangt nicht einmal, daß Arbeitnehmer arbeiten: 131

„Ein Arbeitnehmer [...] darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit [...] falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer“.

Arbeitsbedingungen Arbeitsloser können nicht auf ihre individualrechtlichen Arbeitsbedingungen zurückgeführt werden, weil sie in gar keinem Arbeitsverhältnis stehen. Sie müssen einzig im fremden Mitgliedstaat vorher gearbeitet haben, verlieren aber den Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht automatisch mit Beendigung ihrer Tätigkeit.²⁹³ Diese „Nachwirkung“²⁹⁴ der Freizügigkeit läßt sich nicht

²⁹² Streinz/*Franzen*, Art. 39 EGV Rn. 35 m.w.N.

²⁹³ Beachte aber Art. 45 Abs. 3 lit. d AEUV.

mehr vertragsakzessorisch, sondern nur noch im weitesten Sinne beschäftigungsakzessorisch erklären.

- 132 • Art. 1 bis 6 FreizügVO befassen sich eingehend mit dem Zugang zur Beschäftigung im fremden Mitgliedstaat und sprechen konsequent nicht von „Arbeitnehmern“, sondern von „Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates“. Arbeitnehmer sind sie nämlich zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht. Diese „Vorwirkung“ der Freizügigkeit kann ebenso wie die eben dargestellte „Nachwirkung“ nicht mit einer Anknüpfung an das individuelle Beschäftigungsverhältnis erklärt werden, denn ein solches haben die Arbeitssuchenden noch nicht und werden es vielleicht auch nie bekommen. Dennoch können sie sich bereits auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen.

- 133 • Art. 7 Abs. 2 FreizügVO: „Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer“. Soziale und steuerliche Vergünstigungen folgen nicht aus dem Arbeitsvertrag, weil der Mitgliedstaat das Sozial- und Steuerrecht setzt und nur das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses tatbestandsseitig zum Anlaß nimmt, um Regelung zu treffen, die mit dem Arbeitsverhältnis selbst nichts mehr zu tun haben, sondern nur noch das Verhältnis des Arbeitnehmers als (Unions-)Bürger zum (Mitglied-)Staat betreffen. Insbesondere im Sozialversicherungs- und Einkommensteuerrecht werden nicht die Arbeitsbeziehungen ausgestaltet, sondern aus dem bloßen Faktum der abhängigen Beschäftigung gegen Entgelt die Pflicht zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen und Einkommenssteuer abgeleitet. Insofern handelt es sich nicht mehr um Arbeitsbedingungen im materiellen, sondern nur noch im weiteren, im formellen Sinne, weil die konkrete Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehung gar nicht oder nur hinsichtlich Abrechnungs- und Abführungsmodalitäten berührt wird. Dennoch fallen auch solche allgemeinen Rechtsbedingungen in den Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

- 134 • Art. 8 Abs. 1 Satz 1 FreizügVO gewährt dem Arbeitnehmer gleiche Gewerkschaftsrechte im Mitgliedstaat, einschließlich des „Zugangs zur Verwaltung oder Leitung von Gewerkschaften“. Die Beziehung eines Arbeitnehmers zur Gewerkschaft steht zu seinem konkreten Arbeitsverhältnis nur in äußerst losem Zusammenhang und betrifft nicht einmal mehr den formellen staatlichen Einfluß auf das Arbeitsverhältnis durch daran anknüpfende Steuer- und Sozialversicherungspflichten, sondern vom konkreten Arbeitsverhältnis losgelöste Beziehungen zwischen Privaten (Arbeitnehmer und

Gewerkschaften). Daß die gewerkschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten eines Arbeitnehmers noch zu den Arbeitsbedingungen im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit gehören und nicht nur unter das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Unionsbürgerschaft aus Art. 18, 21 AEUV fallen,²⁹⁵ verdeutlicht den weiten Schutzanspruch des Unionsrechts hinsichtlich der für Arbeitnehmer geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen.

„Arbeitsbedingungen“ im Sinne des Art. 45 Abs. 2 AEUV sind also sehr weit zu verstehen²⁹⁶ und knüpfen nur an den formellen Status als Arbeitnehmer, ja auch nur den früheren oder potentiellen Status als Arbeitnehmer an. Ein Arbeitsvertrag mit einem Arbeitgeber im betreffenden Mitgliedstaat ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates mit einem anderen Mitgliedstaat und den dortigen Rechtsbedingungen für ehemalige, gegenwärtige oder künftige Arbeitnehmer in Beziehung tritt. Dafür muß er dort aber weder seinen Wohnsitz, noch seinen tatsächlichen Beschäftigungsort begründen (wollen). Dies bestätigt sich in der EuGH-Entscheidung zur Rechtssache *Lair*:

„[Es] ergibt sich aus der Gesamtheit der Vorschriften dieser [Freizügigkeits-]Verordnung sowie aus ihrer Zielsetzung, daß zu den Vergünstigungen, die sie auf Arbeitnehmer ausdehnt, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, alle Vergünstigungen gehören, die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnorts im Inland gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, deshalb als geeignet erscheint, deren Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern“.²⁹⁷

Nicht jedes mitgliedstaatliche Recht ist automatisch Arbeitsbedingung – nicht jede Arbeitsbedingung verlangt Recht des Mitgliedstaates. Recht ist nur dann Arbeitsbedingung, wenn es den Arbeitnehmer als solchen formell oder materiell anspricht. So gilt Polizeirecht für den Arbeitnehmer nicht weil er Arbeitnehmer ist, sondern schlicht weil er sich in einem Mitgliedstaat aufhält (Jedermannsrecht). „Arbeitspolizeirecht“ im Sinne

295 Ob Arbeitslose ebenfalls aus Art. 8 Abs. 1 Satz 1 FreizügVO Anspruch auf diskriminierungsfreien Gewerkschaftszugang haben, ist angesichts von Art. 7 Abs. 1 zweifelhaft, da sie dort nur „im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung und Wiedereinstellung“ genannt werden. Andererseits ist auch Art. 7 FreizügVO nicht abschließend („insbesondere“) und kann Art. 18 AEUV als Auffangregelung herangezogen werden.

296 Ebenso *Dietrich*, Freizügigkeit der Arbeitnehmer, S. 441 f.

297 EuGH vom 21.6.1988 – C-39/86 (*Lair*) – Slg. 1988, 3161 (Rn. 21); ebenso schon EuGH vom 31.5.1979 – 207/78 (*Even*) – Slg. 1979, 2019 (LS 3).

öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz- und Arbeitssicherheitsrechts²⁹⁸ hingegen gilt – auch wenn es in erster Linie die Arbeitgeber verpflichtet – für Arbeitnehmer, weil sie einer Arbeit nachgehen (Arbeitnehmerrecht). Welche Form das Recht annimmt, ist unerheblich.²⁹⁹ Es genügt, daß es mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang steht.³⁰⁰ Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist also keinesfalls streng beschäftigungs- oder arbeitsvertragsakzessorisch, sondern nur arbeitnehmerakzessorisch im weitesten Sinne zu verstehen.

- 137 Nur rein hypothetische Beschäftigungswünsche können den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht eröffnen, wie der EuGH in der Rechtssache *Moser* 1984 für einen deutschen Lehramtskandidaten entschieden hat, dem seine DKP-Mitgliedschaft vom Land Baden-Württemberg als fehlendes Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung ausgelegt wurde. Herr *Moser* wollte die Arbeitnehmerfreizügigkeit für sich in Anspruch nehmen, weil die Anwendung der fraglichen Landesgesetze ihn im Ergebnis auch daran hindere, sich um Lehrerstellen an Schulen in anderen Mitgliedstaaten zu bewerben, indem sie es ihm bereits unmöglich machten, seine Ausbildung als Lehrer abzuschließen.³⁰¹ Mit dieser Argumentation ließe sich freilich immer die Arbeitnehmerfreizügigkeit aktivieren, denn daß ein Arbeitnehmer irgendwann auch mal ein Arbeitsverhältnis zu einem ausländischen Arbeitgeber begründen kann, trifft auf jeden Unionsbürger zu. Der EuGH hat folglich zu Recht entschieden:

„Rein hypothetische berufliche Aussichten in einem anderen Mitgliedstaat stellen keinen Bezug zum Gemeinschaftsrecht her, der hinreichend eng wäre, um die Anwendung des Artikels 48 EWG-Vertrag [jetzt: Art. 45 AEUV] zu rechtfertigen“.³⁰²

c) Unternehmensmitbestimmung als Arbeitsbedingung

aa) Arbeitnehmerrelevanz

- 138 Die deutsche Unternehmensmitbestimmung ist als Organbeteiligung im Grunde Gesellschaftsrecht.³⁰³ Dennoch knüpft sie an das Arbeitsverhältnis an, indem sie nicht nur (formell) die Anzahl der in einem Unternehmen

298 Nicht zu verwechseln mit der Bundesarbeitspolizei („Finanzkontrolle Schwarzarbeit“), welche in Deutschland Mindestlöhne kontrolliert; dazu *Rieble*, NJW-Spezial 2009, 414.

299 EuGH vom 12.2.1974 – 152/73 (*Sotgiu*) – Slg. 1974, 153 (Rn. 9).

300 Zu eng deshalb *Calliess/Ruffert/Brechmann*, Art. 39 EGV Rn. 61: „aufgrund des Arbeitsverhältnisses“.

301 EuGH vom 28.6.1984 – 180/83 (*Moser*) – Slg. 1984, 2539 (Rn. 17).

302 EuGH vom 28.6.1984 – 180/83 (*Moser*) – Slg. 1984, 2539 (Rn. 18).

303 Dazu Rn. 299.

regelmäßig bestehenden Arbeitsverhältnisse zum Kriterium der Mitbestimmungsintensität macht, sondern vor allem (materiell) Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat bittet, die wiederum von Arbeitnehmern gewählt werden. Damit ist das Recht der Unternehmensmitbestimmung, soweit es formell oder materiell an den Arbeitnehmerstatus anknüpft „sonstige Arbeitsbedingung“ im Sinne des Art. 45 Abs. 2 AEUV.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß „Arbeitnehmer“ im Sinne des deutschen Mitbestimmungsrechts gerade nur Arbeitnehmer in den der Mitbestimmung unterliegenden Unternehmen seien und deshalb nur eine Unternehmensanknüpfung vorliege, die keinen Bezug zum Arbeitnehmerstatus habe und sich damit zur Arbeitnehmerfreizügigkeit neutral verhalte.³⁰⁴ Wer Arbeitnehmer im Sinne des europäischen Freizügigkeitsrechts ist, unterliegt der autonomen Begriffsbestimmung durch das Unionsrecht und dessen Auslegung durch den EuGH. Voraussetzung ist nur eine weisungsgebundene Erbringung von Leistungen für einen Dritten gegen Vergütung.³⁰⁵ Den Mitgliedstaaten ist es verwehrt, den Arbeitnehmerbegriff durch nationales Recht einzuschränken, wenn ein Freizügigkeitsbezug besteht.³⁰⁶ 139

Daß das deutsche Mitbestimmungsrecht formal Teil des Gesellschaftsrechts ist und somit grundsätzlich am Unternehmen anknüpft, läßt es aber nicht aus dem Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit fallen. Denn soweit es Regelungen enthält, die am Arbeitnehmerstatus anknüpfen (beim Zählen und Wählen), regelt es genauso Arbeitsbedingungen wie das Sozial- und Steuerrecht. Diese sind für den Arbeitnehmer als solchen (nicht nur als Unionsbürger) sogar bedeutsamer, da nicht nur wie im Steuer- und Sozialversicherungsrecht allgemeine Rechtsbedingungen im Zusammenhang mit dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gesetzt werden, sondern dem Arbeitnehmer Teilhaberechte an der Ausgestaltung seiner konkreten Arbeitsbedingungen eingeräumt werden. 140

bb) Freizügigkeitsrelevanz

Die deutsche Unternehmensmitbestimmung hat – wie bereits oben dargestellt – auch Freizügigkeitsrelevanz. Es wäre unzutreffend anzunehmen, die Unternehmensmitbestimmung entfalte keinen grenzüberschreitenden Bezug, weil das Freizügigkeitsrecht nur den einzelnen ausländischen Arbeitnehmer im einzelnen fremden Mitgliedstaat 141

304 So aber *Lutter*, FS Zweigert, S. 251 (261); *Nienerza*, Unternehmerische Mitbestimmung, S. 63.

305 EuGH vom 17.7.2008 – C-94/07 (*Raccanelli*) – Slg. 2008, 5939 (Rn. 33); ErfK/*Wißmann*, Art. 45 AEUV Rn. 7.

306 EuGH vom 21.6.1988 – C-39/86 (*Lair*) – Slg. 1988, 3161 (Rn. 41).

schütze.³⁰⁷ Natürlich ist das deutsche Mitbestimmungsrecht nicht Arbeitsbedingung für alle Beschäftigten in der EU, sondern nur für Beschäftigte bei nach deutschem Recht mitbestimmten Unternehmen und – soweit die Konzernmitbestimmung reicht – deren Tochterunternehmen. Die deutsche Unternehmensmitbestimmung knüpft ausweislich ihres gesellschaftsrechtsakzessorischen Regelungsansatzes im Gegensatz zur deutschen Betriebsverfassung³⁰⁸ zunächst nicht an einen konkreten Lebenssachverhalt an, der auf deutschem Boden stattfindet, sondern abstrakt am Gesellschaftsstatut eines Unternehmens. Der Unterschied zwischen betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung wird solange nicht deutlich, wie ein Unternehmen nur Betriebe und Tochterunternehmen mit Betrieben in Deutschland hat. Sobald aber ein Unternehmen auch nur einen Arbeitnehmer selbst oder bei einer Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt, wird der Unterschied augenfällig: Im Auslandsbetrieb gilt kein BetrVG, weil der Auslandsbetrieb kein Betrieb auf deutschem Boden ist; die Beschäftigten im Auslandsbetrieb sind aber immer noch solche des deutschen Unternehmens.³⁰⁹ Gleiches gilt für Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen und deren Beschäftigte, denn nach § 5 Abs. 1 MitbestG und § 2 Abs. 1 DrittelbG gelten sie als Arbeitnehmer des Mutterunternehmens. Eine solche Tochtergesellschaft kann auch ein ausländisches Unternehmen sein, wenn es gem. § 18 Abs. 1 AktG von einem deutschen Unternehmen beherrscht wird.³¹⁰

- 142 Die Arbeitsbedingung „Teilhabe an der Unternehmensmitbestimmung“ ist zwar unternehmens- bzw. konzernbezogen, steht aber gleichwohl mit dem Arbeitnehmerstatus in Zusammenhang, weil nur Arbeitnehmer an der Mitbestimmung teilhaben können. Ist ein Arbeitnehmer bei einem Unternehmen beschäftigt, das dem deutschen Mitbestimmungsrecht unterliegt oder das von einem Unternehmen beherrscht wird, das dem deutschen Mitbestimmungsrecht unterliegt, muß ihm diese Arbeitsbedingung diskriminierungs- und beschränkungsfrei eingeräumt werden. Sowenig das Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber und ein etwaiges Konzernverhältnis des Arbeitgebers zu seinem Mutterunternehmen durch einen tatsächlichen bzw. rechtlichen grenzüberschreitenden Bezug beeinflusst wird, sowenig darf ein grenzüberschreitender Bezug auf die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers einschließlich seiner Teilhaberechte im Rahmen der Mitbestimmung Einfluß haben, weil sonst das Arbeiten in einem anderen Mitgliedstaat bzw. das Eingehen eines Arbeitsverhältnisses mit einem Tochterunternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat weniger

307 So aber *Nienerza*, Unternehmerische Mitbestimmung, S. 63.

308 ErfK/*Koch*, § 1 BetrVG Rn. 5.

309 Insoweit zutreffend *Nienerza*, Unternehmerische Mitbestimmung, S. 87 f.

310 Insoweit zutreffend *Nienerza*, Unternehmerische Mitbestimmung, S. 51.

attraktiv wird. Der einzelne Arbeitnehmer im fremden Mitgliedstaat bzw. mit einem Beschäftigungsverhältnis zu einem Unternehmen aus einem fremden Mitgliedstaat ist nämlich mehr als das. Er ist Arbeitnehmer bei einem Unternehmen, das bzw. dessen Mutterunternehmen seinen Beschäftigten eine Beteiligung im Aufsichtsrat gewähren muß.

Der grenzüberschreitende Bezug der Unternehmensmitbestimmung folgt aus der Tatsache, daß der ständige Beschäftigungsort von Arbeitnehmern und der Sitz des Unternehmens, bei dem ihre Mitbestimmungsrechte bestehen, in unterschiedlichen Mitgliedstaaten liegen können.³¹¹ In den Fällen der Konzernmitbestimmung folgt der grenzüberschreitende Bezug daraus, daß Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis zu einem (Tochter-)Unternehmen eingehen können, das in einem anderen Mitgliedstaat seinen Sitz hat als das (Mutter-)Unternehmen, bei dem ihre Mitbestimmungsrechte bestehen. 143

cc) Kein Rechtsexport

Am deutschen Mitbestimmungswesen soll nicht die Welt genesen. Unternehmensmitbestimmung nach deutschen Gesetzen findet nur in Deutschland statt. Beschäftigte ausländischer Tochtergesellschaften haben *bei diesen* nach deutschem Recht keine Mitbestimmungsrechte, sondern nur nach dem dort geltenden mitgliedstaatlichen Recht, soweit dieses Unternehmensmitbestimmung vorsieht. Arbeitnehmer müssen aber in Deutschland mitbestimmen können, wenn sie bei einem deutschen Unternehmen oder Konzern beschäftigt sind, denn das deutsche Recht kennt Mitbestimmung. Dieses individuelle Partizipationsrecht der Arbeitnehmer darf an einer Binnenmarktgrenze nicht haltmachen, weil sie dasselbe Interesse an Beteiligung der sie betreffenden, in Deutschland zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen haben, gleich in welchem Mitgliedstaat ihr Betrieb liegt oder das sie beschäftigende Tochterunternehmen seinen Sitz hat. 144

Damit wird kein deutsches Mitbestimmungsrecht ins Ausland exportiert. Das deutsche Mitbestimmungsrecht verlangt keinen einzigen Arbeitnehmervertreter in Aufsichts- oder Verwaltungsgremien ausländischer Unternehmen. Kann es gar nicht verlangen, wie das deutsche Betriebsverfassungsrecht auch keinen einzigen Betriebsrat bei ausländischen Betrieben deutscher Unternehmen verlangen kann.³¹² Es sind nur die Beschäftigungsorte der Arbeitnehmer, die im Ausland liegen, dort aber nach deutschem Recht zu keinerlei Berechtigung führen. Sie führen am 145

311 Ebenso zum „genuine link“ *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 250.

312 BAG vom 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119 (1121); ErfK/Koch, § 1 BetrVG Rn. 5.

Sitz des Unternehmens in Deutschland zu Mitbestimmungsberechtigung. Dies folgt zwanglos aus dem Gesellschaftsstatut,³¹³ ohne daß es auf Sitz- oder Gründungstheorie ankäme. Gleiches gilt für Arbeitnehmer ausländischer Tochterunternehmen, für die unabhängig von ihrem Beschäftigungsort das deutsche Recht zu keinerlei Berechtigung beim ausländischen Tochterunternehmen, sondern nur am Sitz des Mutterunternehmens in Deutschland zur Mitbestimmungsberechtigung führt.

dd) Legitime Sachverhaltsanknüpfung

- 146 Daß auch an Sachverhalte angeknüpft werden muß, die sich im Ausland zutragen, nämlich das Beschäftigtsein in einem ausländischen Betrieb bzw. bei einem ausländischen Tochterunternehmen, ist innerhalb der EU hinzunehmen.³¹⁴ Diesbezüglich hat der EuGH bereits 1978 klare Worte gefunden:

„Nach Artikel 7 und 48 des Vertrages [jetzt: Art. 18 und 45 AEUV] [...] ist es den Trägern der Mitgliedstaaten nicht verboten, Tatsachen, die sich im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates zutragen, entsprechenden Tatsachen gleichzustellen, die hätten sie sich im eigenen Staat zugetragen, einen Grund für den Verlust oder das Ruhen des Anspruchs auf Geldleistung bilden würden. Die Entscheidung hierüber fällt in die Zuständigkeit der nationalen Stellen, wobei jedoch die Staatsangehörigkeit unberücksichtigt bleiben muß und die tatsächlichen Voraussetzungen nicht in einer Weise beschrieben werden dürfen, daß dadurch tatsächlich eine Diskriminierung gegenüber Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten bewirkt wird“.³¹⁵

- 147 Es steht den Mitgliedstaaten also frei, an ausländische Sachverhalte Rechtswirkungen im Inland zu knüpfen,³¹⁶ wenn dies diskriminierungsfrei geschieht. Ob deutsches Recht nur an Sachverhalte auf deutschem Boden anknüpft (in der Betriebsverfassung der Betriebsort) oder an universellen Sachverhalten, die sich auch jenseits des Staatsgebiets zutragen können (in der Unternehmensmitbestimmung das Arbeitsverhältnis zu einem mitbestimmten Unternehmen oder Tochterunternehmen eines mitbestimmten Konzerns), liegt grundsätzlich im Ermessen des deutschen Gesetzgebers. Er darf dabei aber keinesfalls eine Regelung erlassen, die Angehörige anderer Mitgliedstaaten auch nur mittelbar ausnimmt oder Unionsbürgern unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit das Herbeiführen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts weniger attraktiv macht.

313 Zutreffend *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 249 ff.

314 Ebenso *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (615).

315 EuGH vom 28.6.1978 – 1/78 (*Kenny*) – Slg. 1978, 1489 (Rn. 20).

316 Ebenso bereits *Zilius*, NJW 1957, 325.

d) Gewerkschaftsfreizügigkeit?

Soweit die Unternehmensmitbestimmung auch Gewerkschaften einbezieht, stellt sich die Frage, ob sich nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Gewerkschaften auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die damit verbundenen Binnenmarktprivilegien berufen können. 148

aa) Gewerkschaftsrelevanz der Unternehmensmitbestimmung

Die Gewerkschaften werden nach deutschem Recht dergestalt in die Unternehmensmitbestimmung einbezogen, daß nach § 7 Abs. 2 MitbestG stets zwei bzw. drei Arbeitnehmersitze im Aufsichtsrat Gewerkschaftsvertretern zustehen. Damit korrespondiert ein alleiniges Vorschlagsrecht der Gewerkschaften für die Wahl der Gewerkschaftsvertreter in den Aufsichtsrat nach § 16 Abs. 2 MitbestG. „Gewerkschaften“ in diesem Zusammenhang sind aber immer nur im Unternehmen oder wahlberechtigten Tochterunternehmen vertretene Gewerkschaften (§ 7 Abs. 4 MitbestG). Gewerkschaften, die (nur) in ausländischen Betrieben und Tochterunternehmen vertreten sind, haben diese Rechte nicht. Zwar können Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat auch solche ausländischer Gewerkschaften sein, doch müssen sie von inländischen Gewerkschaften vorgeschlagen werden.³¹⁷ Eigene Wahlvorschläge können sie gerade nicht einreichen.³¹⁸ 149

bb) Gewerkschaften als Arbeitnehmer?

Damit sich in ausländischen Betrieben oder Tochterunternehmen vertretene Gewerkschaften auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen können, ist erforderlich, daß sie in deren persönlichen Schutzbereich fallen. Gewerkschaften müssen also als „Arbeitnehmer“ im Sinne des Art. 45 AEUV verstanden werden können. 150

[1] Keine Bereichsausnahme

Dem steht Art. 153 Abs. 5 AEUV („Koalitionsrecht“) zumindest insoweit nicht entgegen, als nicht die Sozialpolitik, sondern die Freizügigkeit im Binnenmarkt betroffen ist.³¹⁹ 151

[2] Arbeitnehmerakzessorietät des Vorschlagsrechts

Allerdings ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit arbeitnehmerakzessorisch,³²⁰ knüpft also wenigstens formell am Arbeitnehmerstatus an. Ob dies beim 152

317 Dazu Rn. 346 ff.

318 WWKK/*Wißmann*, § 7 MitbestG Rn. 45.

319 Dazu Rn. 125 f.

320 Dazu Rn. 128 ff.

gewerkschaftlichen Wahlvorschlagsrecht auch der Fall ist, könnte mit dem Argument abgelehnt werden, daß nicht einmal mittelbar ein Arbeitnehmer berechtigt oder verpflichtet wird, weil die Gewerkschaften vorschlagen können, wen sie wollen. Insbesondere müssen sie nicht Arbeitnehmer aus dem Unternehmen oder Mitglieder aus ihren Reihen vorschlagen.³²¹

- 153 Freilich ist Voraussetzung, daß die Gewerkschaft im Unternehmen vertreten ist, was wenigstens einen einzigen Arbeitnehmer im Unternehmen oder einem Tochterunternehmen erfordert, der Mitglied der Gewerkschaft ist.³²² Insofern ist das gewerkschaftliche Vorschlagsrecht also doch (obgleich sehr formal) arbeitnehmerakzessorisch, was für die prinzipielle Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausreicht – soweit sich Arbeitnehmer auf die Freizügigkeit berufen.

[3] Persönlicher Anwendungsbereich

- 154 Allerdings ist die Gewerkschaft kein Arbeitnehmer. Zwar wird die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch Arbeitgebern zuteil, wenn sie an der Beschäftigung von Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten gehindert werden,³²³ doch treten Gewerkschaften im mitbestimmungsrelevanten Zusammenhang nicht als Arbeitgeber auf.³²⁴
- 155 Im Interesse der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) der Arbeitnehmerfreizügigkeit kann sich auch ein privater Arbeitsvermittler auf Art. 45 AEUV berufen, soweit seine Tätigkeit darin besteht, Arbeitnehmern beim Zugang zur Beschäftigung unter Inanspruchnahme ihrer Freizügigkeit behilflich zu sein.³²⁵ Eine solche „Hilfe zur Freizügigkeit“ könnte man Gewerkschaften in diesem Zusammenhang deshalb attestieren, weil sie Aufsichtsratsmandate „vermitteln“. Doch ist das Aufsichtsratsmandat kein Arbeitsverhältnis im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit, denn ihm liegt weder ein Arbeits- noch ein Dienstvertrag zugrunde, sondern ein korporationsrechtliches Verhältnis – dies gilt auch für Arbeitnehmervertreter.³²⁶ Aufsichtsräte nehmen ihre Aufgaben im Interesse des Unternehmens wahr. Die Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds ist folglich kein Arbeitsverhältnis im Sinne einer weisungs-

321 Ulmer/Habersack/Henssler, § 16 MitbestG Rn. 4, § 7 MitbestG Rn. 78

322 Ulmer/Habersack/Henssler, § 7 MitbestG Rn. 70 m.w.N.

323 EuGH vom 7.5.1998 – C-350/96 (*Clean Car Autoservice*) – Slg. 1998, 2521 (Rn. 17 ff.).

324 Im übrigen aber eingehend *Lessner-Sturm*, Gewerkschaften als Arbeitgeber (2009).

325 EuGH vom 11.1.2007 – C-208/05 (*ITC*) – Slg. 2007, 181 (LS 1); ErfK/Wißmann, Art. 45 AEUV Rn. 13.

326 MüKo-AktG/Habersack, § 101 Rn. 67.

gebundenen Erbringung von Leistungen für einen anderen gegen Vergütung, weil Aufsichtsräte schon nicht weisungsgebunden sind.³²⁷

Auch Art. 8 Abs. 1 FreizügVO kann insofern nicht fruchtbar gemacht werden, denn er räumt nur *den Arbeitnehmern* Anspruch auf gleiche Behandlung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte ein. Zwar ist das Vorschlagsrecht in der deutschen Unternehmensmitbestimmung ein gewerkschaftliches Recht, doch nicht ein solches derjenigen Gewerkschaft, welcher der im Ausland oder bei einem ausländischen Tochterunternehmen beschäftigte Arbeitnehmer regelmäßig angehört. Die Norm kann nicht derart uminterpretiert werden, daß *Gewerkschaften selbst* Anspruch auf gleiche Behandlung hinsichtlich gewerkschaftlicher Rechte innerhalb der Union haben müssen. Gewerkschaften können nicht zugleich Berechtigte und Verpflichtete aus dieser Regelung sein, denn sie betrifft nur das Verhältnis des Arbeitnehmers zur Gewerkschaft. Darüber hinaus wird keine Regelung über Rechte von Gewerkschaften gegenüber Mitgliedstaaten getroffen. 156

Eine andere Auslegung würde die Kompetenzsperre aus Art. 153 Abs. 5 AEUV aktivieren, denn ein Gleichbehandlungsgrundsatz der Gewerkschaften in der EU wäre ein Eingriff in die nationalen Koalitionsrechte, der über das zur Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit Notwendige hinausginge (Art 48 Abs. 1 AEUV). *Freiwillig* kann solche eine Anerkennung erfolgen.³²⁸ Eine *Pflicht*, ausländische Gewerkschaften inländischen gleichzustellen, hieße aber, den aus Art. 9 Abs. 3 GG herausgebildeten Gewerkschaftsbegriff des deutschen Rechts öffnen zu müssen. Gerade dies will Art. 153 Abs. 5 AEUV aufgrund der sehr unterschiedlichen Gewerkschaftstraditionen in den Mitgliedstaaten verhindern. Daran ändern auch weder Art. 11 Abs. 1 Halbsatz 2 i.V.m. Art. 14 EMRK noch Art. 12 Abs. 1 GRCh etwas, die nur das freie und gleiche Recht zur Gründung und zum Beitritt zu Gewerkschaften gewährleisten, sich also an Arbeitnehmer richten. Auch Art. 28 GRCh räumt den Gewerkschaften nur das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen, aber kein generelles Gleichbehandlungsrecht ein, sondern verweist auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Art. 8 Abs. 1 FreizügVO kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit deshalb nicht zur Gewerkschaftsfreizügigkeit verlängern, soweit Gewerkschaftsfreizügigkeit mehr als kollektive Arbeitnehmerfreizügigkeit bedeuten würde. 157

327 MüKo-AktG/*Habersack*, vor § 95 Rn. 15, § 111 Rn. 136 ff.

328 So geschehen im deutsch-polnischen Abkommen über Oberschlesien vom 15.5.1992, RGBl. II 1922, 238 ff.; dazu *Rieble/Kolbe*, EuZA 2008, 453 (478).

- 158 Dies bestätigt sich in den Vorschriften der Richtlinie 2001/86/EG über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE (SE-BeteiligungsRL) zur Besetzung des besonderen Verhandlungsgremiums, das die Interessen verschiedener Belegschaften aus mehreren Mitgliedstaaten durch Arbeitnehmervertreter aus den jeweiligen Belegschaften in einem europäischen Mitbestimmungsorgan bündelt:
- Art. 3 Abs. 2 lit. b UAbs. 2 SE-BeteiligungsRL erlaubt zwar den Mitgliedstaaten vorzusehen, daß dem besonderen Verhandlungsgremium Gewerkschaftsvertreter auch dann angehören können, wenn sie nicht Arbeitnehmer einer beteiligten Gesellschaft oder einer betroffenen Tochtergesellschaft oder eines betroffenen Betriebs sind. Wer „Gewerkschaftsvertreter“ ist, definiert die Richtlinie aber nicht, sondern überläßt die Auslegung den Mitgliedstaaten.³²⁹
 - Deswegen ist es unschädlich, daß nach dem 19. Erwägungsgrund der SE-BeteiligungsRL Gewerkschaftsvertreter im besonderen Verhandlungsgremium insbesondere dann vorgesehen werden können, wenn „Gewerkschaftsvertreter nach ihrem einzelstaatlichen Recht stimmberechtigte Mitglieder des Aufsichts- oder des Leitungsorgans sein dürfen“,³³⁰ Maßgebend ist in bezug auf Gewerkschaftsrechte immer das mitgliedstaatliche Recht.
 - Schließlich erwähnt auch Art. 3 Abs. 5 SE-BeteiligungsRL Gewerkschaftsvertreter, spricht aber einzig die „einschlägigen Gewerkschaftsorganisationen auf Gemeinschaftsebene“ an, welche keine mitgliedstaatlichen, sondern überstaatliche „Unionsgewerkschaften“ sind. Dazu zählt vor allem der Europäische Gewerkschaftsbund (EGB), der im Sozialen Dialog nach Art. 154 f. AEUV mit europäischen Arbeitgeberverbänden Vereinbarungen über Arbeitsbedingungen schließen kann.
- 159 Da Gewerkschaften im Rahmen ihrer Aufgaben in der deutschen Unternehmensmitbestimmung weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber sind und auch keine Arbeitnehmer in Arbeitsverhältnisse vermitteln, fallen sie aus dem persönlichen Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit heraus. Ausländische Gewerkschaften können für sich nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit geltend machen, soweit ihnen Vorschlagsrechte bei der Besetzung von Aufsichtsräten vorenthalten werden.

329 Zum SEBG MüKo-AktG/*Jacobs*, vor § 1 SEBG Rn. 34, § 2 SEBG Rn. 27.

330 Zum unionsrechtswidrigen Zwang zur Übernahme von Gewerkschaftsvorschlägen nach dem SEBG *Ulmer/Habersack/Henssler*, Einl. SEBG Rn. 175.

cc) Mitbestimmung und Gewerkschaftsbeteiligung

Es erscheint somit theoretisch möglich, durch Erstreckung des exklusiven Vorschlagsrechts der in inländischen Betrieben und Tochterunternehmen vertretenen Gewerkschaften auf alle Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat die Unternehmensmitbestimmung ganz aus dem Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit *de lege ferenda* herauszulösen und zur reinen Gewerkschaftsmitbestimmung überzugehen, um unionsrechtliche Vorgaben nicht mehr beachten zu müssen. Bereits *de lege lata* fahren die deutschen Gewerkschaften ein „*closed-shop-Modell*“ im Wahlvorschlagswesen. Zwar haben sie nur ein *Wahlvorschlagsrecht* und können nicht autonom festlegen, wer letztlich auf „ihren“ Sitzen im Aufsichtsrat Platz nehmen wird. Doch haben sie ein *exklusives* Vorschlagsrecht für die Gewerkschaftssitze, so daß die wahlberechtigten Arbeitnehmer (selbst wenn man solche in Auslandsbetrieben einbeziehen würde) nur die vorgeschlagenen Gewerkschaftsvertreter wählen könnten, die typischerweise nicht ein Spiegelbild der Belegschaftsverteilung auf die Mitgliedstaaten sind. 160

[1] Keine „Flucht ins Koalitionsrecht“

Schließt der Gesetzgeber durch Zwischenschaltung inländischer Gewerkschaften ausländische Belegschaften von der Teilhabe in der Unternehmensmitbestimmung aus oder gewährleistet bei der Gewerkschaftsbeteiligung nicht gleiche Beteiligungsmöglichkeiten der Belegschaften (nicht zwangsweise aller Gewerkschaften) aus anderen Mitgliedstaaten, trifft er nicht eine Regelung zum Koalitionsrecht (Art. 153 Abs. 5 AEUV), sondern zum Mitbestimmungsrecht (Art. 153 Abs. 1 lit. f AEUV). Aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit folgt zwar kein Anspruch ausländischer Gewerkschaften inländischen gleichgestellt zu werden, aber dem nationalen Gesetzgeber ist es *wegen* der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Mitbestimmung als Arbeitsbedingung) verwehrt, durch Gewerkschaftsbeteiligung eine Überrepräsentierung inländischer Interessenvertreter herbeizuführen, die tendenziell zugunsten inländischer Standorte entscheiden werden. Nur wenn trotz Gewerkschaftsbeteiligung sichergestellt ist, daß keine Ungleichbehandlung der Belegschaften aus anderen Mitgliedstaaten herbeigeführt wird, können Gewerkschaftssitze im Aufsichtsrat fortbestehen. 161

Mitbestimmungsrecht kann grundsätzlich *Gewerkschaften* mit einbeziehen.³³¹ Dafür spricht schon, daß nach dem 19. Erwägungsgrund der SE-BeteiligungsRL im besonderen Verhandlungsgremium – einem ebenfalls aus Belegschaften mehrerer Mitgliedstaaten zusammengesetzten Organ der Mitbestimmung – Gewerkschaftsvertreter insbesondere dann 162

331 Ebenso Ulmer/Habersack/Henssler, Einl. SEBG Rn. 175.

vorgesehen werden können, wenn „Gewerkschaftsvertreter nach ihrem einzelstaatlichen Recht stimmberechtigte Mitglieder des Aufsichts- oder des Leitungsorgans sein dürfen“. Doch darf die Gewerkschaftsbeteiligung in der Mitbestimmung im Ergebnis keine Ungleichbehandlung zwischen den *Arbeitnehmern* aus Betrieben und Tochterunternehmen verschiedener Mitgliedstaaten herbeiführen. Deshalb wird es bei den Mitbestimmungsverhandlungen für eine SE auch als unzulässig erachtet, wenn im besonderen Verhandlungsgremium bestimmte Gewerkschaftsvertreter zwingend vertreten sein müssen, weil die SE-BeteiligungsRL ausweislich ihres 3. Erwägungsgrundes nur die „Beteiligung der Arbeitnehmer“ verfolgt, was mit einem maßgebenden Gewerkschaftseinfluß unvereinbar ist.³³² Ebenso dürfen die Arbeitnehmervertretungen aus den Mitgliedstaaten im besonderen Verhandlungsgremium auch nicht gezwungen werden, einen unternehmensfremden Funktionär zu wählen, dem sie kein Vertrauen entgegenbringen.³³³ Dies gilt jedenfalls dann, wenn nur Gewerkschaften aus einem Mitgliedstaat vorschlagsberechtigt sind.³³⁴ Durch „Flucht ins Koalitionsrecht“ kann sich der Gesetzgeber seiner Pflicht zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung nicht entziehen.

[2] Arbeitnehmer- statt Gewerkschaftsmitbestimmung

- 163 Mitbestimmung ist auch ihrem Sinn und Zweck nach nicht *Gewerkschaftsmitbestimmung*, sondern *Arbeitnehmermitbestimmung*. § 7 Abs. 1 MitbestG spricht nicht umsonst von Aufsichtsratsmitgliedern „der Arbeitnehmer“ und zählt gem. § 7 Abs. 2 MitbestG auch die Gewerkschaftsvertreter zu den Aufsichtsratsmitgliedern „der Arbeitnehmer“. Freilich ist diese Bezeichnung klassenkämpferisch in Abgrenzung zu den Aufsichtsratsmitgliedern „der Anteilseigner“ zu verstehen und setzt also nur voraus, daß der „Arbeitnehmervertreter“ nicht über seine Anteile an der Gesellschaft oder ein satzungsrechtliches Sonderentsendungsrecht in das Gremium gelangt ist. Vor dem Geltungsanspruch der Mitbestimmung, der richtiger Ansicht nach auf vertragsrechtsakzessorischer Teilhabe beruht,³³⁵ aber auch nach dem wirtschaftsdemokratischen Verständnis³³⁶

332 *Kallmeyer*, ZIP 2004, 1442 (1443); *Wisskirchen/Prinz*, DB 2004, 2638 (2639).

333 Deshalb ist § 6 Abs. 3 i.V.m. § 8 Abs. 1 SEBG richtlinienwidrig; *Ulmer/Habersack/Henssler*, Einl. SEBG Rn. 175; *Kallmeyer*, ZIP 2004, 1442 (1443).

334 A.A. *BegrRegE* zu § 8 Abs. 1 SEBG, BT-Drs. 15/4305, S. 47.

335 Eingehend *Brocker*, Mitbestimmung und Corporate Governance, S. 133 ff.

336 *BegrRegE* zum MitbestG, BT-Drs. 6/334, S. 65; *WWKK/Wißmann*, Vorbem. Rn. 3.

materielle Partizipation der Betroffenen verlangt,³³⁷ die über das bloße Aktivwahlrecht hinaus geht, kann ein übermäßiger Gewerkschaftseinfluß auf die Besetzung der Arbeitnehmersitze im Aufsichtsrat keinen Bestand haben. Ein Mitbestimmungsansatz, der nicht mehr den Arbeitnehmer, sondern die Gewerkschaft in den Mittelpunkt stellt, wird sich nicht finden lassen.

Mitbestimmungsrecht muß auch bezüglich etwaiger Gewerkschaftssitze im Mitbestimmungsgremium eine anteilsgerechte Vertretung der europäischen Belegschaften im Aufsichtsrat hervorbringen, denn Vertreter der Arbeitnehmerschaft meint schon nach dem Sinn und Zweck der Mitbestimmung die gesamte Arbeitnehmerschaft des Unternehmens, die von den unternehmerischen Entscheidungen betroffen wird. Ob dies das mitgliedstaatliche Recht durch freiwillige Gleichstellung ausländischer Gewerkschaften mit inländischen gewährt, die dann eigene Wahlvorschläge allen europäischen Arbeitnehmern unterbreiten können, oder auf eine Einbeziehung von Gewerkschaften in der Unternehmensmitbestimmung ganz verzichtet, ist Sache des Mitgliedstaates. Ist einmal eine Entscheidung für Teilhabe der Arbeitnehmerschaft an unternehmerischen Entscheidungen getroffen, muß dieser *telos* mit geeigneten Mitteln und einem europäischen Verständnis von Arbeitnehmerschaft umgesetzt werden. 164

dd) Gewerkschaften und Kollektivvertragsmitbestimmung

Das Problem der Gewerkschaftsbeteiligung in Fragen der Mitbestimmung stellt sich in verschärfter Weise in Mitgliedstaaten, welche die Teilhabe in Unternehmensfragen (auch) den Tarifparteien überantwortet haben.³³⁸ Besteht die Gewerkschaftsbeteiligung nicht in Vorschlags- oder Sitzrechten im Mitbestimmungsorgan, sondern in der Befähigung, Mitbestimmungskollektivverträge mit der Unternehmensleitung abzuschließen,³³⁹ wird nicht nur der Zugang zur Mitbestimmung, sondern die materielle Mitbestimmung selbst, den Gewerkschaften überantwortet. Angesichts der Tatsache, daß Mitbestimmung auch Arbeitsbedingung im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist, kollidieren Tarifautonomie und Grundfreiheit, wenn Gewerkschaften im mitgliedstaatlichen Sinne mit der 165

337 *Ulmer/Habersack/Henssler*, Einl. Mitbest Rn. 3; *WWKK/Wißmann*, Vorbem. Rn. 2.

338 So vor allem in Schweden, in Frankreich theoretisch möglich; eingehend *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 170 ff., S. 148 ff.

339 In Deutschland nicht von der Tarifmacht gedeckt, *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 23; *MüHdbArbR/Rieble/Klumpp*, § 168 Rn. 28 ff. Auch ist die Modifizierung der gesetzlichen Organbeteiligung jedenfalls insoweit unzulässig, als anwendbare Mitbestimmung modifiziert würde, eingehend *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 20 ff.

Unternehmensleitung Vereinbarungen treffen, die Auswirkungen auf alle Arbeitnehmer im Unternehmen einschließlich solcher in ausländischen Betrieben und Tochterunternehmen entfalten.

- 166 Als fiktives Beispiel kann ein schwedisches Automobilunternehmen dienen, daß mit einer schwedischen Gewerkschaft einen Kollektivvertrag schließt, nach dem eine neue Modellreihe nur in schwedischen Werken hergestellt wird, während für die Werke in Finnland und Ungarn nur die Herstellung von Auslaufmodellen bleibt und deshalb dort die Belegschaften reduziert werden. Auf diese Entscheidung können die betroffenen Arbeitnehmer in Finnland und Ungarn nicht Einfluß nehmen.
- 167 Zwar ist es ausländischen Arbeitnehmern unbenommen an dieser Form der Mitbestimmung zu partizipieren und den Mitbestimmungs-kollektivvertrag zu beeinflussen, indem sie (auch) Mitglied der Gewerkschaft am Sitz des (Mutter-)Unternehmens werden, selbst wenn sie nicht im selben Mitgliedstaat beschäftigt sind.³⁴⁰ Doch werden sie dadurch gegenüber ihren Kollegen im Mitgliedstaat der Niederlassung benachteiligt, weil sie ggf. doppelt Gewerkschaftsbeiträge zu entrichten haben und zur Mitwirkung in Gewerkschaftsangelegenheiten nicht nur ins Ausland reisen müssen, sondern in Konflikt mit dem (Kollektiv-)Arbeitsrecht in ihrem Beschäftigungsland geraten können. Auch wenn ihre ausländische Gewerkschaft im Mitgliedstaat des Unternehmenssitzes die gleiche rechtliche Anerkennung wie die dort etablierten Gewerkschaften erfahren würde, hätte sie eine ungleich geringere Durchsetzungsfähigkeit. Nur wenn sie am ausländischen Standort durch Maßnahmen des Arbeitskamps hinreichenden Druck auf das Unternehmen im anderen Mitgliedstaat ausüben und damit die Verhandlungen über den Kollektivvertrag mit beeinflussen könnte, wären die Belegschaften der Mitgliedstaaten in dieser Form der Mitbestimmung gleichberechtigt.
- 168 Doch führen die damit verbundenen Probleme vom Gegenstand der vorliegenden Untersuchung weg, denn damit werden koalitions- und tarifrechtliche Mitbestimmungsfragen angesprochen, die nicht mehr in den Bereich der Unternehmensmitbestimmung als Organbeteiligung und damit als Teil des Gesellschaftsrechts fallen. Hingewiesen sei noch darauf, daß der EuGH in seiner *Viking*-Entscheidungen verdeutlicht hat, daß die *Niederlassungsfreiheit* hinreichenden Schutz gegen kollektive Maßnahmen bietet, die Belegschaften aus ausländischen Mitgliedstaaten zu diskriminieren versuchen, indem sie die Erstreckung inländischer Tarifverträge auf Arbeitnehmer bei ausländischen Tochtergesellschaften erzwingen wollen.³⁴¹ In der *Laval*-Entscheidung hat der Gerichtshof außerdem hervorgehoben, daß die *Dienstleistungsfreiheit* gegen kollektive

340 *Paukner*, Streikrecht ausländischer Arbeitnehmer, S. 59 f.

341 EuGH vom 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking*) – Slg. 2007, 10779 (Rn. 90).

Maßnahmen von Gewerkschaften Anwendung findet, die erreichen sollen, daß ein ausländischer Dienstleister den von ihm entsandten Arbeitnehmern bessere Arbeitsbedingungen gewährt, als die allgemeinen Rechtsvorschriften im Staat der Dienstleistungserbringung vorsehen.³⁴²

2. Niederlassungsfreiheit

Nachdem die mitbestimmungsrechtlichen Bezüge der Arbeitnehmerfreizügigkeit aufgezeigt wurden, ist nun auf die Bezüge des Mitbestimmungsrechts zur Niederlassungsfreiheit einzugehen. Während die Arbeitnehmerfreizügigkeit vor allem den einzelnen Arbeitnehmer und seine Teilhaberechte in Unternehmensfragen als Arbeitsbedingung für Diskriminierungen und Beschränkungen schützt, richtet die Niederlassungsfreiheit den Blick auf die mitbestimmten Unternehmen. Freilich können aus der Niederlassungsfreiheit für einen allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung der *Arbeitnehmer* in der Unternehmensmitbestimmung vor allem nur Rechtserkenntnisse gewonnen werden, wie das Unionsrecht mit Mitbestimmungsfragen umgeht, wenn grenzüberschreitende Bezüge in internationalen Unternehmensstrukturen die Gleichbehandlung der Belegschaften aus den verschiedenen Mitgliedstaaten in Frage stellen. Auf eine Untersuchung der generellen Vereinbarkeit von Unternehmensmitbestimmung mit der Niederlassungsfreiheit kann hier verzichtet werden,³⁴³ weil nicht der Anspruch erhoben wird, geltendes Mitbestimmungsrecht über seinen enumerativen Geltungsbereich hinaus auf Unternehmen ausländischen Rechts anzuwenden. Es gilt einzig die Gleichheit im geltenden Mitbestimmungsrecht für die Arbeitnehmer herzustellen.

a) Aufsichtsratsmandat als Niederlassung

Ein Unionsrechtsbezug der Unternehmensmitbestimmung kann nicht nur aus den damit verbundenen Teilhaberechten der Arbeitnehmer, sondern auch aus dem Aufsichtsratsmandat als solchem abgeleitet werden. Die Niederlassungsfreiheit erfaßt nämlich nach Art. 49 Abs. 2 AEUV nicht nur „die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten“, sondern auch „die Gründung und Leitung von Unternehmen“.

342 EuGH vom 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*) – Slg. 2007, 11767 (Rn. 111).

343 Eingehend *Bartsch*, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit (2006); *Bock*, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit (2008); auch MüKo-AktG/*Altmeppen*, Europ. Niederlassungsfreiheit, Kap. 5 Rn. 46 ff.; *Braun*, Sicherung der Unternehmensmitbestimmung, S. 173 ff.; MüKo-BGB/*Kindler*, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 592 ff.; *Thüsing*, Europäische Perspektiven, Rn. 11 ff.

aa) Niederlassungsrelevanz des Aufsichtsratsmandats**[1] Rechtsprechung des EuGH**

- 171 Weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur wurde die Zuordnung der Aufsichtsratsstätigkeit zu einer der Grundfreiheiten – soweit ersichtlich – bislang erörtert. Der EuGH hat sich nur mehrfach der Zuordnung von Gesellschaftern und Geschäftsführern gewidmet, dabei aber keinen stringenten dogmatischen Ansatz erkennen lassen:
- 172 • In der Rechtssache *Factortame* entschied der EuGH, daß es einem Mitgliedstaat „nach dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere nach Artikel 52 EWG-Vertrag“ (jetzt Art. 49 AEUV) untersagt ist, als Eintragungsvoraussetzungen in sein nationales Schiffsregister zu verlangen, daß die „Eigentümer, Charterer, Manager und Betreiber“ des Schiffes Staatsangehörige dieses Mitgliedstaats oder in diesem Staat registrierte Gesellschaften sind.³⁴⁴
- 173 • In einer Entscheidung zum spanischen Wohnsitzerfordernis für Sicherheitsdienste ließ der Gerichtshof eine Entscheidung für die Anwendbarkeit einer bestimmten Grundfreiheit offen und stellte nur fest, daß eine einzelstaatliche Regelung, nach der die „Geschäftsführer und Direktoren“ auf dem Gebiet des Mitgliedstaates wohnen müssen, in dem ihr Unternehmen seinen Sitz hat, die „Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit“ beeinträchtigt.³⁴⁵
- 174 • In der Rechtssache *Clean Car Autoservice* hat der Gerichtshof den Geschäftsführer unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit gefaßt.³⁴⁶

[2] Aufsichtsratsmandat als Erwerbstätigkeit

- 175 „Erwerbstätigkeit“ im Sinne des Art. 49 Abs. 2 AEUV ist weit auszulegen und erfaßt alle Tätigkeiten, die entgeltlich erbracht werden und eine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellen.³⁴⁷ Aufsichtsräte gehen in ihrem Amt einer unternehmerischen Erwerbstätigkeit nach, wofür sie in aller Regel ein Entgelt (§ 113 AktG) erhalten.³⁴⁸ Die Zuordnung zur Niederlassungsfreiheit oder Dienstleistungsfreiheit richtet sich vor allem

344 EuGH vom 22.7.1991 – C-221/89 (*Factortame*) – Slg. 1991, 3905 (Rn. 33).

345 EuGH vom 29.10.1998 – C-114/97 – Slg. 1998, 6717 (LS 3).

346 Selbstverständlich vorausgesetzt in EuGH vom 7.5.1998 – C-350/96 (*Clean Car Autoservice*) – Slg. 1998, 2521 (Rn. 26 ff.); teleologisch argumentiert GA *Fennelly*, Schlußanträge vom 4.12.1997 – in selber Sache – Slg. 1998, 2523 (Rn. 18 ff.); ähnlich bereits EuGH vom 10.12.1991 – C-179/90 (*Merci convenzionali porto di Genova*) – Slg. 1991, 5889 (Rn. 13).

347 *Schwarze/Schlag*, Art. 43 EGV Rn. 21.

348 Zu den Rechtstatsachen *MüKo-AktG/Habersack*, § 113 Rn. 7.

nach der Dauerhaftigkeit der Tätigkeit.³⁴⁹ Das Aufsichtsratsmandat des einzelnen Mitglieds ist zwar von vornherein zeitlich beschränkt (§ 102 AktG), doch ist eine Wiederwahl nach Ablauf der Mandatszeit ohne weiteres möglich und üblich.³⁵⁰ Das einzelne Aufsichtsratsmitglied ist in diesem Amt folglich nicht nur auf vorübergehende Dienstleistungserbringung, sondern auf beständiges Wahrnehmen seiner Aufgaben eingestellt.³⁵¹

[3] Aufsichtsrat als Teil der Unternehmensleitung

Auch gehört der Aufsichtsrat zur „Leitung von Unternehmen“. Zwar räumt das dualistische System in Deutschland dem Aufsichtsrat vorwiegend Kontrollbefugnisse ein, doch steht dem Aufsichtsrat nach § 84 AktG auch die Personalkompetenz bei Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder sowie bei Abschluß, Änderung und Beendigung des Anstellungsvertrags zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft zu.³⁵² Nach § 111 Abs. 1 AktG hat er die Geschäftsführung zu überwachen, was bedeutet, daß er mit dem Vorstand auch die künftige Geschäftspolitik berät und die Tätigkeit des Vorstands „im Sinne einer präventiven Kontrolle begleitend“ mitgestaltet („Teilhabe an der Leitungsaufgabe“).³⁵³

Daß der Aufsichtsrat zur Unternehmensleitung im Sinne der Niederlassungsfreiheit zu zählen ist, bestätigt sich durch folgende Kontrollüberlegung: In monistischen Systemen fallen Aufsichtsrat und Vorstand im Verwaltungsrat zusammen, was zwangsläufig eine Subsumtion aller Verwaltungsratsmitglieder unter den Begriff der „Unternehmensleitung“ mit sich bringt. Doch werden die Aufgaben des Aufsichtsrates natürlich auch im Verwaltungsrat von dessen dafür gremiumsintern zuständigen Mitgliedern wahrgenommen, ohne daß an deren Einordnung als „Teil der Unternehmensleitung“ zu zweifeln wäre. Eine Aufspaltung der Leitungsbefugnisse in zwei Gremien ist deshalb für eine Beurteilung der Tätigkeit der jeweiligen Organmitglieder unerheblich. Der Aufsichtsrat hat also zumindest eine unternehmergleiche Führungsposition³⁵⁴ und ist somit als „Leitung des Unternehmens“ im Sinne der Niederlassungsfreiheit zu verstehen.

349 Streinz/Müller-Graff, Art. 43 EGV 16 f.

350 MüKo-AktG/Habersack, § 102 Rn. 20.

351 Die Intention des Tätigen hat Indizcharakter; vgl. Streinz/Müller-Graff, Art. 43 EGV Rn. 17.

352 MüKo-AktG/Habersack, vor § 95 Rn. 2.

353 MüKo-AktG/Habersack, vor § 95 Rn. 2.

354 Darauf abstellend Schwarze/Schlag, Art. 43 EGV Rn. 24.

bb) Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit

- 178 Wie oben dargelegt, liegt dem Aufsichtsratsmandat ein korporationsrechtliches Verhältnis zugrunde, das keine weisungsgebundene Erbringung von Leistungen für einen anderen zum Gegenstand hat. Aufsichtsräte sind in dieser Funktion keine Arbeitnehmer.³⁵⁵
- 179 Freilich geht der EuGH davon aus, daß eine Subsumtion unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht schon deshalb ausscheidet, „[weil] zwischen dem Arbeitnehmer, der sich in einem Abhängigkeitsverhältnis gegenüber dem Unternehmen befindet, und den anderen Arbeitnehmern dieses Unternehmens ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis besteht“.³⁵⁶ Die Weisungsgebundenheit wird also nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß ein Arbeitnehmer zugleich Gesellschafter desselben Unternehmens ist, wenn er sonst hinsichtlich der Ausführung seiner Arbeit in einem Weisungsverhältnis zum Arbeitgeber steht.³⁵⁷ Doch stehen Aufsichtsräte, selbst wenn sie zugleich Arbeitnehmer im Unternehmen sind, im Gegensatz zu Geschäftsführern oder Gesellschaftern nicht in einem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis zu den anderen Arbeitnehmern, sondern nur zur Gesellschaft. Auch stehen sie hinsichtlich ihrer Aufsichtsratsarbeit in keinerlei Weisungsverhältnis, so daß sie als Organmitglieder in dieser Funktion der Niederlassungsfreiheit zuzuordnen sind.³⁵⁸
- 180 Unschädlich ist auch, daß der EuGH gelegentlich Geschäftsführer unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit faßt.³⁵⁹ Geschäftsführer stehen nämlich grundsätzlich in einem Unterordnungsverhältnis zum Gesellschafter.³⁶⁰ Aufsichtsräte sind in ihrer Tätigkeit aber niemandem untergeordnet. Entsprechend ging der EuGH für einen Geschäftsführer einer Gesellschaft, dessen alleiniger Geschäftsführer er war, von einer selbständigen Tätigkeit aus.³⁶¹

355 Dazu Rn. 155.

356 EuGH vom 10.12.1991 – C-179/90 (*Merci convenzionali porto di Genova*) – Slg. 1991, 5889 (Rn. 13).

357 Calliess/Ruffert/*Brechmann*, Art 39 EGV Rn. 12.

358 Abstellend auf die Organmitgliedschaft *Streinz/Müller-Graff*, Art. 43 EGV Rn. 14.

359 Vgl. Nachweise in Fn. 346 (S. 104).

360 Entsprechend auch die streitgegenständliche Norm im Ausgangsverfahren des EuGH vom 7.5.1998 – C-350/96 (*Clean Car Autoservice*) – Slg. 1998, 2521 (Rn. 4).

361 EuGH vom 27.6.1996 – C-107/94 (*Asscher*) – Slg. 1996, 3089 (Rn. 26); undifferenziert EuGH vom 29.10.1998 – C-114/97 – Slg. 1998, 6717 (Rn. 44 ff.).

cc) Konsumtion durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit

Auch wenn die Aufsichtsrats Tätigkeit an sich nicht der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterfällt, erfaßt die Arbeitnehmerfreizügigkeit all diejenigen Aspekte des Aufsichtsratsmandates, die mit dem Arbeitnehmerstatus in Verbindung stehen, d.h. insbesondere die Zugangsmodalitäten für Vertreter aus Reihen der Arbeitnehmer.³⁶² Der Zugang der Arbeitnehmer zum Aufsichtsratsamt ist bereits „Arbeitsbedingung“ im Sinne des Art. 45 Abs. 2 AEUV und somit der Niederlassungsfreiheit entzogen. Der Ausübung des Aufsichtsratsamtes fehlt zwar eine Anknüpfung am Arbeitnehmerstatus, so daß insoweit die Niederlassungsfreiheit Platz greifen kann. Doch enthält das (deutsche) Mitbestimmungsrecht keine Mandatsausübungsregelungen, welche diskriminierenden oder benachteiligenden Charakter gegenüber Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten oder gegenüber Arbeitnehmern ausländischer Betriebe oder Tochterunternehmen aufweisen könnten. Im Gegenteil: § 26 MitbestG und § 9 DrittelbG schützen gerade die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer vor Benachteiligungen und Behinderungen, obgleich damit kein absoluter Kündigungsschutz wie nach § 15 KSchG für Betriebsratsmitglieder einher geht, sondern nur Kündigungen ausgeschlossen werden, die zum Zwecke der Beendigung des Aufsichtsratsmandats (§ 24 Abs. 1 MitbestG) oder der Maßregelung für die Ausübung des Mandats ausgesprochen werden.³⁶³ Das Behinderungs- und Benachteiligungsverbot bindet nicht nur den konkreten Arbeitgeber der Arbeitnehmervertreter, sondern auf Einhaltung dessen muß auch ein Konzernmutterunternehmen kraft seiner Konzernleitungsmacht bei Einbeziehung von Vertretern ausländischer Tochterunternehmen hinwirken.³⁶⁴

Daß die Aufsichtsräte regelmäßig zu ihren Sitzungen zum Unternehmenssitz nach Deutschland reisen müssen und dieser Anreiseweg für im Ausland ansässige Mitglieder länger ist, als für im Inland ansässige, würde zwar bei Einbeziehung von Vertretern ausländischer Betriebe und Tochterunternehmen regelmäßig zutreffen. Doch haben alle Aufsichtsräte einen Anspruch auf Aufwandsentschädigungen nach allgemeinen Vorschriften (§ 670 BGB), auch ohne daß eine besondere Vergütungsregelung nach § 113 Abs. 1 AktG getroffen wird.³⁶⁵ Erstattungsfähig sind vor allem die im Rahmen der Sitzungsteilnahme entstehenden Reise-, Aufenthalts- und Übernachtungskosten.³⁶⁶ Finanzielle Mehrbelastungen

362 Dazu Rn. 138 ff.

363 Ulmer/Habersack/Henssler, § 26 MitbestG Rn. 12 f.

364 Ebenso Heuschmid, Europäisches Grundrecht, S. 243.

365 MüKo-AktG/Habersack, § 113 Rn. 21.

366 MüKo-AktG/Habersack, § 113 Rn. 22.

der Arbeitnehmervertreter ausländischer Betriebe und Tochterunternehmen sind also von der Gesellschaft auszugleichen. Im übrigen ist es für deutsche Unternehmen nicht mehr verpflichtend, den Verwaltungssitz auch in Deutschland zu haben,³⁶⁷ so daß auch auf Aufsichtsratsmitglieder aus dem Inland erhöhte Mehrkosten einer Aufsichtsratssitzung am ausländischen Verwaltungssitz zukommen können, die zu erstatten sind.

- 183 Daß Arbeitnehmer ihr Aufsichtsratsmandat verlieren, wenn sie in einen ausländischen Betrieb oder in ein ausländisches Tochterunternehmen wechseln (§ 24 Abs.1 MitbestG), ist eine am Arbeitnehmerstatus anknüpfende Zugangsmodalität, die deshalb der Arbeitnehmerfreizügigkeit zuzuordnen ist. Sie verlieren mit Wechsel ihres Betriebsorts oder ihres Konzernarbeitgebers ihre Wählbarkeit und damit ihr Mandat aufgrund einer Veränderung in ihrem Arbeitnehmerstatus, weil das deutsche Mitbestimmungsrecht formal nur im Inland und bei inländischen Tochterunternehmen beschäftigte Arbeitnehmer als solche im Sinne des Mitbestimmungsrechts anerkennt und an eine Änderung in diesem Status mitunter nachteilige Rechtsfolgen knüpft. Im Konkreten wird die Arbeitnehmerfreizügigkeit betroffen, sofern die Statusänderung einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist, indem der Arbeitnehmervertreter seinen regelmäßigen Beschäftigungsort in einen anderen Mitgliedstaat verlagert oder ein Arbeitsverhältnis zu einem Tochterunternehmen begründet, daß aufgrund seines ausländischen Sitzes nicht bei der Konzernmitbestimmung berücksichtigt wird.
- 184 Obzwar die Niederlassungsfreiheit das Aufsichtsratsmandat erfaßt, betreffen die nach Beschäftigungsort und -verhältnis diskriminierenden Mitbestimmungsregeln des deutschen Rechts nur den Zugang zum Aufsichtsratsmandat, nicht seine Ausübung. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit konsumiert damit ihrem sachlichen Anwendungsbereich nach die Niederlassungsfreiheit, soweit die Teilhabe der Arbeitnehmer an der Unternehmensmitbestimmung betroffen ist.

b) Europäisches Mitbestimmungsrecht am Beispiel der Verschmelzungsrichtlinie

- 185 Auch wenn die Unternehmensmitbestimmung aus Arbeitnehmersicht eine Arbeitsbedingung darstellt und somit der Arbeitnehmerfreizügigkeit zuzurechnen ist, birgt auch die Niederlassungsfreiheit unionsrechtliche Vorgaben, die für die Gleichbehandlung der in verschiedenen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer eines Unternehmens oder Konzerns unter Mitbestimmungsgesichtspunkten relevant sind. Die Niederlassungsfreiheit hat nämlich sekundärrechtliche Konkretisierung durch die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus

367 Dazu Fn. 5 (S. 29).

verschiedenen Mitgliedstaaten (VerschmelzungsRL) erfahren.³⁶⁸ Das Besondere dieser Richtlinie liegt darin, daß sie auch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft regelt, aber die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft nicht als SE oder SCE, sondern (weiterhin) in einer mitgliedstaatlichen Rechtsform geführt wird. Soweit mitgliedstaatliches Mitbestimmungsrecht gesellschaftsrechtsakzessorisch ist, muß die Richtlinie also nationale und europäische Mitbestimmungsprinzipien in Einklang bringen. Die Art und Weise, in der das geschieht, läßt über den konkreten Anwendungsbereich der Richtlinie (grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten) hinaus Rückschlüsse auf unionsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung von Mitbestimmung zu. Phänomenologisch erfaßt die VerschmelzungsRL nämlich den Fall, daß ein Unternehmen Arbeitnehmer in mehreren Mitgliedstaaten beschäftigt. Gerade in diesem Fall zeigen aber nationale Mitbestimmungsrechte bislang deutliche Schwierigkeiten bei der Gewährung gleicher Teilhaberechte für Arbeitnehmer.

aa) Grundsatz der Sitzanknüpfung im Mitbestimmungsrecht

Hinsichtlich der Arbeitnehmermitbestimmung stellt Art. 16 Abs. 1 186 VerschmelzungsRL den Grundsatz auf, daß auf die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft das Mitbestimmungsrecht am Sitz dieser Gesellschaft Anwendung findet. Dies birgt für das deutsche Mitbestimmungsrecht keinerlei Neuerungen, denn aufgrund seines beschränkten Anwendungsbereichs gilt es ohnehin nur für Gesellschaften deutschen Rechts mit Satzungssitz im Inland.

bb) Ausnahme bei Mitbestimmungsverlust

Art. 16 Abs. 2 lit. b VerschmelzungsRL bestimmt hingegen, daß die Sitzanknüpfung nicht gilt, wenn das für aus einer Verschmelzung hervorgehende Unternehmen maßgebende mitgliedstaatliche Recht für Arbeitnehmer in Betrieben, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden, nicht den gleichen Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmungsrechten vorsieht, wie sie den Arbeitnehmern in innerstaatlichen Betrieben gewährt werden. Diese Ausnahmeregelung ist maßgeschneidert für das deutsche Mitbestimmungsrecht, das gerade Beschäftigte in Auslandsbetrieben

368 ABl. 2005, L 310/1; dazu auch *Brandes*, ZIP 2008, 2193 (2195 f.); *Habersack*, ZHR 171 (2007), 161 ff.; *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (264), sprechen mißverständlich von der „Internationalen Fusionsrichtlinie“, obwohl dieser Begriff von der Richtlinie 90/434/EWG „über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen“ belegt ist.

ignoriert.³⁶⁹ Auch andere Mitgliedstaaten weisen ähnlich diskriminierendes Recht auf.³⁷⁰

cc) Alternativregelung

- 188 Interessant ist vor allem die Konsequenz: Die Mitbestimmung in den von der Ausnahmevorschrift betroffenen Unternehmen (aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Kapitalgesellschaften deutschen Rechts mit Sitz in Deutschland) muß „neu geregelt“ werden.³⁷¹ Was das genau heißt, wird äußerst diffizil in Art. 16 Abs. 3 bis 7 VerschmelzungsRL unter Verweis auf die Verordnung 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO) sowie die Richtlinie 2001/86/EG über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE (SE-BeteiligungsRL) ausgeführt:
- 189 • Art. 16 Abs. 3 VerschmelzungsRL: Entsprechend Art. 12 Abs. 2 SE-VO kann eine Gesellschaft erst eingetragen werden, wenn die Mitbestimmungsfrage geklärt ist.
- 190 • Art. 16 Abs. 4 lit. a VerschmelzungsRL: Es muß den Gesellschaftsorganen der zu verschmelzenden Gesellschaften möglich sein, direkt und ohne vorhergehende Verhandlung mit den Arbeitnehmern auf die Auffangregelung nach Teil 3 lit. b des Anhangs zur SE-BeteiligungsRL zurückzugreifen. Diese besagt, daß die Arbeitnehmer der Gesellschaft, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe und/oder ihr Arbeitnehmervertretungsorgan das Recht haben, einen Teil der Mitglieder des Verwaltungs- oder des Aufsichtsorgans der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen. Die Zahl dieser Mitglieder (Arbeitnehmervertreter) richtet sich nach dem höchsten maßgeblichen Anteil in den beteiligten Gesellschaften vor der Verschmelzung. Bestanden in keiner der beteiligten Gesellschaften solche Organbeteiligungsrechte für Arbeitnehmer, bleibt die Gesellschaft mitbestimmungsfrei. Das Organ zur Vertretung der Arbeitnehmer entscheidet über die Verteilung der Sitze im Verwaltungs- oder im Aufsichtsorgan auf die Mitglieder, *entsprechend den jeweiligen Anteilen der in den einzelnen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer der Gesellschaft.*

369 Dazu Rn. 331.

370 BegrRegE zum MgVG, BT-Drs. 16/2922, 16; Brandes, 2193 (2195): „Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer bei der Mitbestimmung ist in Europa der Regelfall“; Heuschmid, Europäisches Grundrecht, S. 238 f.; zur Rechtslage in Österreich Feik, FS Hofer-Zeni, S. 57 ff.

371 13. Erwägungsgrund VerschmelzungsRL.

- Art. 16 Abs. 4 lit. b VerschmelzungsRL: Das besondere Verhandlungsgremium muß die Möglichkeit haben, mit doppelter Zwei-Drittel-Mehrheit (der Mitglieder und der vertretenen Arbeitnehmer aus mindestens zwei Mitgliedstaaten) das Mitbestimmungsrecht am Sitz der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zur Anwendung zu bringen. 191
- Art. 16 Abs. 4 lit. c VerschmelzungsRL: Die Mitgliedstaaten können den Anteil der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsorgan (nicht im Aufsichtsorgan) begrenzen. Wurde in einer der beteiligten Gesellschaften mindestens eine Drittelbeteiligung im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan gewährt, darf die Begrenzung im Verwaltungsorgan aber nicht weniger als ein Drittel betragen. 192
- Art. 16 Abs. 5 VerschmelzungsRL: Entscheidet sich ein Mitgliedstaat dafür, sein Mitbestimmungsrecht auf Beschäftigte in ausländischen Betrieben zu erstrecken, darf der Mitgliedstaat das Mitzählen der ausländischen Beschäftigten bei Schwellenwerten des nationalen Mitbestimmungsrechts ausschließen, wenn (und nur dann) bei der Überschreitung Mitbestimmungsrechte nach innerstaatlichem Recht *entstehen*. Folglich zählen sie ab Entstehung von Mitbestimmungsrechten mit – im deutschen Recht also bei Bestimmung der Mitbestimmungsintensität (Drittelbeteiligung oder quasi-paritätische Mitbestimmung). 193
- Art. 16 Abs. 6 VerschmelzungsRL: Gilt für mindestens eine an der Verschmelzung beteiligte Gesellschaft Mitbestimmungsrecht im Sinne des Art. 16 Abs. 2 VerschmelzungsRL (lit. b für das deutsche Recht) und soll dieses auf die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft Anwendung finden, muß die Gesellschaft eine Rechtsform annehmen, welche die Ausübung der Mitbestimmungsrechte auch ermöglicht. Sich zunächst für deutsches Recht zu entscheiden und anschließend aus der Verschmelzung eine Private Limited Company hervorgehen zu lassen, scheidet somit wegen des damit verbundenen Mitbestimmungsverlustes aus. 194

dd) Schlußfolgerungen

Die VerschmelzungsRL erlaubt im hier interessierenden Zusammenhang vor allem drei Rückschlüsse auf den Umgang des europäischen Rechts mit den verschiedenen Mitbestimmungsrechten der Mitgliedstaaten: 195

[1] Kein Grundrecht auf Unternehmensmitbestimmung

Gab es in keiner der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bislang Mitbestimmung, muß sie auch nicht in der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft eingeführt werden (Art. 16. Abs. 3 lit. h 196

VerschmelzungsRL i.V.m. Anhang, Teil 3 lit. b SE-BeteiligungsRL). Dies korrespondiert mit der Achtung der gerade im Bereich der Unternehmensmitbestimmung vorherrschenden „Vielfalt der einzelstaatlichen Gepflogenheiten“ (Art. 151 Abs. 2 AEUV). Daran ändert auch die Verpflichtung der Union auf die „Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen“ (Art. 151 Abs. 1 AEUV) nichts. Ein unionsrechtliches „Grundrecht auf Mitbestimmung“ gibt es zumindest im Bereich der Beteiligung in den Unternehmensorganen nicht.³⁷²

[2] Mitbestimmungsabschmelzung versus „soziales Rückschrittsverbot“

- 197 Weder (quasi-)paritätische noch Drittelbeteiligung sind Mindeststandard in Europa. Nur wenn eine an der Verschmelzung beteiligte Gesellschaft bislang wenigstens einer Drittelbeteiligung unterfiel, muß diese gewahrt werden (Art. 16 Abs. 4 lit. c VerschmelzungsRL). Auch wenn die Regelung nur auf monistische Gesellschaften zugeschnitten ist,³⁷³ zeigt sich in ihr, daß ein Zurückfahren der paritätischen Mitbestimmung (im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan einer aufzuschmelzenden Gesellschaft) bis auf Drittelniveau (im Verwaltungsorgan der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft) erfolgen kann. Beteiligungen von weniger als einem Drittel können noch weiter gesenkt werden. Die Mitgliedstaaten sind also nicht gezwungen, paritätische Mitbestimmung in ihre Rechtsordnung zu importieren.³⁷⁴ Ausgeschlossen ist auch nicht, daß mit den Arbeitnehmervertretern eine Mitbestimmungsvereinbarung erzielt wird, nach der in Zukunft ganz auf Beteiligung in Unternehmensorganen verzichtet wird.³⁷⁵ Das „soziale Rückschrittsverbot“³⁷⁶ ist offenbar weniger schneidig als gedacht.³⁷⁷

372 Ebenso *Joost*, FS Richardi, S. 573 (575); selbst *Heuschmid*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 192 ff., erkennt bloß ein allgemeines „Beteiligungsgrundrecht“ an unternehmerischen Entscheidungen, dessen Ausgestaltung den Mitgliedstaaten obliegt.

373 *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613 (625 f.).

374 *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (249).

375 Bspw. bei der Hager SE, *Rehberg*, Verhandlung über Arbeitnehmerbeteiligung, Rn. 22.

376 *Heuschmid*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 192.

377 Nach *Braun*, Sicherung der Unternehmensmitbestimmung, S. 128, wird die paritätische Mitbestimmung in monistischen Gesellschaften keine Rolle spielen und sich auch in dualistischen kaum durchsetzen können; *Kämmerer/Veil*, ZIP 2005, 369, halten die paritätische Mitbestimmung in der monistischen SE nach dem SEBG sogar für verfassungswidrig.

[3] Keine Zwei-Klassen-Mitbestimmung

Schließlich die hier wichtigste Erkenntnis: In der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft darf die Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen nicht nach Beschäftigungs-
orten der Arbeitnehmer differieren. Den Mitgliedstaaten, die solche
Regelungen haben (z.B. Deutschland)³⁷⁸, wird die Sitzanknüpfung für das
Mitbestimmungsstatut verweigert (Art. 16 Abs. 2 lit. b VerschmelzungsRL).
Darin liegt schon eine Grundentscheidung des Unionsrechts, den *status quo*
nicht zu tolerieren, sondern die Mitgliedstaaten zu animieren, die Diskriminierung
ausländischer Belegschaften abzustellen.³⁷⁹ 198

Ein Mitgliedstaat, der diskriminierendes Mitbestimmungsrecht hat, muß
statt dessen für aus grenzüberschreitenden Verschmelzungen hervorgehende
Unternehmen Rechtsanpassung oder Sonderrechtsschaffung betreiben (Art. 16
Abs. 3 VerschmelzungsRL). Dabei darf im wesentlichen auf das bekannte
Instrumentarium der SE-VO und SE-BeteiligungsRL zurückgegriffen werden,
doch liegt gerade in der gem. Art. 16 Abs. 3 lit. h VerschmelzungsRL einzig
zulässigen Auffangregelung aus Teil 3 lit. b des Anhangs zur SE-BeteiligungsRL
die zentrale Maßgabe: 199

„Das Vertretungsorgan entscheidet über die Verteilung der Sitze im
Verwaltungs- oder im Aufsichtsorgan auf die Mitglieder, *die Arbeitnehmer aus
verschiedenen Mitgliedstaaten vertreten*, oder über die Art und Weise, in der
die Arbeitnehmer der [Gesellschaft] Mitglieder dieser Organe empfehlen oder
ablehnen können, *entsprechend den jeweiligen Anteilen der in den einzelnen
Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer der [Gesellschaft]. Bleiben
Arbeitnehmer aus einem oder mehreren Mitgliedstaaten bei der anteilmäßigen
Verteilung unberücksichtigt*, so bestellt das Vertretungsorgan eines
der Mitglieder aus einem dieser Mitgliedstaaten, und zwar vorzugsweise –
sofern angemessen – aus dem Mitgliedstaat, in dem die [Gesellschaft] ihren
Sitz haben wird.“³⁸⁰

Das neue Recht darf die Beschäftigten in anderen Mitgliedstaaten nicht
ignorieren. Es ist zentrales Regelungsanliegen, die Arbeitnehmer in ein
und demselben Unternehmen, die aber in verschiedenen Mitgliedstaaten
beschäftigt sind, an der Mitbestimmung gleich zu beteiligen,³⁸¹ sofern eine
solche Beteiligung vereinbart wird oder subsidiär greift. Die Entscheidung
für oder gegen eine Beteiligung der Arbeitnehmer in Unternehmens- 200

378 Offenbar aber auch andere Mitgliedstaaten, vgl. Nachweise in Fn. 370 (S. 110).

379 Brandes, ZIP 2008, 2193 (2196).

380 Hervorhebung durch Verf.

381 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. 2004, C 117/43 (45 f.); Brandes, ZIP 2008, 2193 (2195); Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (264).

organen kann zwar im Einzelfall, wenn das besondere Verhandlungsgremium entsprechend votiert, negativ ausfallen. Doch zeigt sich auch schon in der für diesen Beschluß erforderlichen Mehrheit von „zwei Dritteln seiner mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer vertretenden Mitglieder, mit der Maßgabe, daß diese Mitglieder Arbeitnehmer in mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten vertreten müssen“ (Art. 16 Abs. 4 lit. b VerschmelzungsRL) ein deutlich internationalerer Ansatz als in der reinen „Deutschümmelei“ bei der Aufsichtsratsbesetzung: Die Belegschaften aus den verschiedenen Mitgliedstaaten sind gleichberechtigt!

- 201** Wenn das Tor zur Mitbestimmung geöffnet wird bzw. bleibt, dann müssen auch die Belegschaften anteilmäßig gleiche Mitspracherechte erhalten. Nach der Auffangregelung sind sie „entsprechend den jeweiligen Anteilen der in den einzelnen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer“ zu repräsentieren und selbst die dabei nicht repräsentierten bekommen noch ihren eigenen Minderheitenvertreter.
- 202** Auch die übrigen „Segelanweisungen“ (Art. 16 Abs. 4 bis 7 VerschmelzungsRL) verdeutlichen, wie das Mitbestimmungsrecht unionsrechtskonform zu gestalten ist:
- 203** • Damit grenzüberschreitende Verschmelzungen nicht durch wochenlanges Feilschen mit dem besonderen Verhandlungsgremium ausgebremst werden und damit letztlich das Ziel der Richtlinie, die Verschmelzungen im Interesse der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit gerade zu erleichtern,³⁸² *ad absurdum* geführt wird, ist den beteiligten Gesellschaften zwingend die Möglichkeit einzuräumen „ohne jede vorhergehende Verhandlung unmittelbar“ die genannte Auffangregelung aus dem Anhang der SE-BeteiligungsRL anzuwenden (Art. 16 Abs. 4 lit. a VerschmelzungsRL). Dadurch erfährt die Auffangregelung und ihr Postulat der gerechten Beteiligung aller Belegschaften eine nicht zu unterschätzende Aufwertung. Wenn schon ohne Beteiligung der Arbeitnehmer das Mitbestimmungsstatut unternehmensseitig diktiert wird, dann wenigstens unter anteilsgerechter Beteiligung der Belegschaften aus allen Mitgliedstaaten.³⁸³ Wer eine zügige Verschmelzung anstrebt, kommt daran nicht vorbei.

382 2. Erwägungsgrund VerschmelzungsRL.

383 Ob die Verteilung der Arbeitnehmersitze und ggf. die Bestellung ausländischer Arbeitnehmervertreter nach deutschem Recht dennoch dem besonderen Verhandlungsgremium obliegt, ist strittig: bejahend C. Schubert, ZIP 2009, 791 f.; ablehnend Brandes, ZIP 2008, 2193 (2197 f.).

- Einziges Entgegenkommen gegenüber der derzeitigen Rechtslage in Deutschland enthält Art. 16 Abs. 5 VerschmelzungsRL: Nur beim Einstieg ins Mitbestimmungsrecht brauchen Arbeitnehmer ausländischer Betriebe bei der Berechnung der Schwellenwerte nicht mitgezählt zu werden. Diese Ausnahme bestätigt aber nur die Regel der Gleichbehandlung aller Belegschaften, denn unausgesprochen wird natürlich vorausgesetzt, daß „Arbeitnehmer“ im europäischen Mitbestimmungssinne alle Arbeitnehmer im Unternehmen sind, gleich in welchem Mitgliedstaat sie ihren Beschäftigungsort haben. Sie müssen bei Schwellenwertberechnungen (Beteiligungsintensität, Größe des Aufsichtsrats) selbstverständlich auch immer alle mitgezählt werden.³⁸⁴ Die Existenz der Ausnahmegvorschrift zeigt somit zweierlei:
 - Gäbe es kein Gleichbehandlungsgebot beim Zählen von Arbeitnehmern, wäre die Norm überflüssig. 205
 - Es wird nur die einzige aller auslandsrelevanten Regelungen der deutschen Mitbestimmung toleriert, die keine diskriminierende Wirkung zeigt! Vom bloßen Zählen beim „Ob“ der Mitbestimmung sind in- wie ausländische Belegschaften nämlich gleichermaßen betroffen. Daß ausländische Belegschaften bei der Startschwelle zur Unternehmensmitbestimmung (nach § 1 Abs. 1 DrittelbG 500 Arbeitnehmer) nicht mitgezählt werden müssen, bewirkt keine Ausgrenzung, da den in Deutschland Beschäftigten daraus kein Vorteil erwächst und ausländische Belegschaften nicht benachteiligt werden. Es handelt sich nur um eine Schutzvorschrift zugunsten schwellenwertnaher Unternehmen, nicht erstmals in die Mitbestimmung zu rutschen. Bezogen auf die Gleichbehandlung in der Mitbestimmung ist sie neutral. 206
- Schließlich zeigen Art. 16 Abs. 6 und 7 VerschmelzungsRL wie wichtig die Einhaltung und effektive Umsetzung der Prämissen ist: Die Wahl einer mitbestimmungsfreien Rechtsform ist mit der Wahl eines Mitbestimmungsstatuts, das an Rechtsformen anknüpft, unvereinbar und das Unternehmen (!) muß auch bei späteren innerstaatlichen Fusionen (und ggf. Verlust seiner mitbestimmungspflichtigen Rechtsform) die Weitergeltung des Mitbestimmungssystems für drei Jahre gewährleisten. 207

384 Ob Grenzwertüberschreitungen bei Unternehmen im Anwendungsbereich des MgVG einen Wechsel von Drittelbeteiligung zur paritätischen Beteiligung (oder umgekehrt) erforderlich machen, wird von *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (253), abgelehnt; ebenso zum „Einfrieren der Mitbestimmung“ bei der SE *Rieble*, BB 2006, 2018 (2021).

ee) Mitbestimmung europäisch

- 208** Die Niederlassungsfreiheit macht in ihrer Konkretisierung durch die VerschmelzungsRL deutlich, wie diskriminierungsfreie Unternehmensmitbestimmung zu gewährleisten ist. Der Spagat zwischen Nicht-harmonisierung und zugleich diskriminierungsfreier Gewährleistung dessen, was an Mitbestimmung in den Mitgliedstaaten vorhanden ist, gelingt durch die von der SE bekannte Mischung aus Selbstbestimmung und Auffangregelung immer im Hinblick auf die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften und das für sie maßgebliche Gesellschaftsstatut.
- 209** Warum sekundärrechtlich nur ein grenzüberschreitendes Verschmelzen für diskriminierungsfreie Mitbestimmung sorgen kann, nicht aber ein grenzüberschreitendes Expandieren von Unternehmen, sei der nur schrittweise verfahrenen Integrationspolitik geschuldet. Vom letztlich geregelten Lebenssachverhalt gibt es in tatsächlicher Hinsicht keinen Unterschied und darf es einen solchen auch nicht in rechtlicher Hinsicht geben.
- 210** Der Unionsrechtssetzer hat die Defizite in den mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsrechten, insbesondere im deutschen Recht, erkannt und durch die VerschmelzungsRL, wie auch schon zuvor durch die SE-BeteiligungsRL, den Reformdruck auf das deutsche „Inländerprivilegierungsrecht“ verstärkt.³⁸⁵ Im Unterschied zur SE-BeteiligungsRL ist es durch die VerschmelzungsRL aber nun möglich, eine Kapitalgesellschaft deutschen Rechts durch grenzüberschreitende Verschmelzung aus den auslandsblinden DrittelbG und MitbestG herauszulösen und binnenmarkttauglicher Mitbestimmung zu unterstellen, ohne die Rechtsform ändern zu müssen.³⁸⁶ Dem introvertierten deutschen Betriebsrats- und Gewerkschaftsvorschlagswesen kann endlich entflohen werden. Ein Gestaltungsmittel, das gerade Unternehmen mit paritätisch besetzten Aufsichtsräten, dienlich sein kann.

3. Kapitalverkehrsfreiheit

- 211** Nach Auffassung *Meilickes* hat die Unternehmensmitbestimmung ausschließlich inländischer Arbeitnehmer im Aufsichtsrat dieselbe Wirkung wie eine „Goldene Aktie“ und verstößt deshalb gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.³⁸⁷ Dem kann hinsichtlich der allgemeinen Mitbestimmung nicht gefolgt werden. Sofern *Meilicke* davon ausgehen sollte, daß Arbeitnehmer im Aufsichtsrat aufgrund staatlicher Intervention

³⁸⁵ Ähnlich *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613 (642 f.).

³⁸⁶ *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (253).

³⁸⁷ *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (805); zustimmend *Hirte/Bücker*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 1 Rn. 51.

(DrittelbG, MitbestG) mehr Mitsprachemöglichkeiten erhalten, als ihnen nach allgemeinen Regeln (Kapitalanteil oder satzungsrechtliche Entsendungsrechte) eigentlich zustünden, da nicht ein Drittel bzw. die Hälfte des Gesellschaftskapitals in ihrer Hand ist, aber dennoch entsprechend viele Aufsichtsratsitze, ist dies zwar in der Sache richtig, führt aber nicht zu einem Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.

Art. 63 Abs. 1 AEUV verbietet „alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs“, was nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere Direktinvestitionen erfaßt. Direktinvestitionen werden weit verstanden und sind Investitionen jeder Art durch natürliche oder juristische Personen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die diese Mittel bereitstellen, und den Unternehmen, für die die Mittel zum Zweck einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind. Dies setzt voraus, daß die Aktien ihrem Inhaber die Möglichkeit geben, sich aktiv an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen.³⁸⁸ Es genügt bereits die Eignung einer Regelung, den Erwerb von Aktien des betreffenden Unternehmens zu beschränken oder ausländische Investoren in sonstiger Weise von Direktinvestitionen abzuhalten.³⁸⁹ 212

Doch werden durch die Arbeitnehmervertreter in den Unternehmensorganen weder Aktionäre gegenüber anderen bevorzugt, noch bekommt der Staat Sonderrechte,³⁹⁰ geschweige denn liegt eine Einschränkung des Aktienerwerbs vor. Zur Machtverteilung, den internen Beteiligungsrechten der Kapitaleseite und den Anteilerwerbsrechten trifft das allgemeine Mitbestimmungsrecht keine Regelung, die mit der Kapitalverkehrsfreiheit unvereinbar wäre. *Per se* sitzt den Vertretern der Anteilseigner im Aufsichtsrat immer eine Gruppe von Arbeitnehmervertretern gegenüber, die kapitalunabhängig grundsätzlich dieselben Rechte hat wie die Vertreter der Kapitaleseite. Dieses Prinzip gilt auch im Auffangmodell der Arbeitnehmerbeteiligung bei der SE.³⁹¹ 213

388 EuGH vom 23.10.2007 – C-112/05 (*VW-Gesetz*) – Slg. 2007, 8995 (Rn. 18); vom 26.3.2009 – C-326/07 – EuZW 2009, 458 (Rn. 35).

389 EuGH vom 23.10.2007 – C-112/05 (*VW-Gesetz*) – Slg. 2007, 8995 (Rn. 55); GA Mengozzi, Schlußanträge vom 2.12.2009 zu EuGH – C-171/08 (*Portugal Telecom*) – Rn. 68; EuGH vom 8.7.2010 – C-171/08 (*Portugal Telecom*) – WM 2010, 1362 (Rn. 50).

390 Zu diesem Erfordernis GA Mengozzi, Schlußanträge vom 2.12.2009 zu EuGH – C-171/08 (*Portugal Telecom*) – Rn. 56 ff.; nachfolgend EuGH vom 8.7.2010 – in selber Sache – WM 2010, 1362 (Rn. 48 ff.); ebenso BGH vom 8.6.2009 – II ZR 111/08 – ZIP 2009, 1566.

391 Anhang, Teil 3 lit. b Abs. 4 SE-BeteiligungsRL – freilich nur sofern im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan Arbeitnehmervertreter vorgesehen sind.

- 214 Allerdings konkretisiert das Sekundärrecht auch das Minimum, das Unternehmensmitbestimmung der Kapitalverkehrsfreiheit und damit den Investoren belassen muß: Art. 42 Satz 2 SE-VO sieht in der dualistischen SE zwingend vor, daß der Aufsichtsratsvorsitzende von der Anteilseignerseite bestimmt wird. Art. 50 Abs. 2 SE-VO erzwingt ein ausschlaggebendes Stimmgewicht des Aufsichtsratsvorsitzenden, wenn der Aufsichtsrat hälftig mit Arbeitnehmervertretern besetzt ist. Daraus lassen sich die Grenzen der Mitbestimmung im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit ableiten.³⁹² Dem entspricht das *allgemeine* deutsche Mitbestimmungsrecht, denn das Letztentscheidungsrecht bleibt immer bei der Kapitalseite,³⁹³ so daß für Investoren eine aktive Beteiligung an der Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens nicht gefährdet wird. Die Arbeitnehmerbank ist im übrigen auch weder eine staatliche Institution, noch sind die entsandten Arbeitnehmer mittelbare Vertreter des Staates. Eine „Goldene Aktie“ stellt das *allgemeine* Mitbestimmungsrecht folglich nicht dar.³⁹⁴ Die Montanmitbestimmung und das VW-Gesetz fordern allerdings zu einer gesonderten Beurteilung heraus angesichts des fehlenden Letztentscheidungsrechts der Anteilseigner montanmitbestimmter Unternehmen³⁹⁵ bzw. des gesetzlichen Veto-Rechts der Arbeitnehmervertreter im VW-Aufsichtsrat bei Standortentscheidungen³⁹⁶.

4. Unionsbürgerliches Diskriminierungsverbot

- 215 Art. 18 AEUV ist das *lex generalis* aller Diskriminierungsverbote. Kein Unionsbürger darf im sachlichen Anwendungsbereich der Verträge aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert werden.³⁹⁷

a) Beschäftigungsortanknüpfung

- 216 Das allgemeine Diskriminierungsverbot erfaßt nicht nur direkte Diskriminierungen, die unmittelbar nach Staatsangehörigkeit differenzieren, sondern auch indirekte Diskriminierungen, die mittelbar auf Ungleichbehandlungen wegen der Staatsangehörigkeit hinauslaufen, indem sie zwar an einem anderen Merkmal anknüpfen, aber typischerweise zur Schlechterstellung aufgrund der Staatsangehörigkeit führen oder auch nur dazu geeignet sind.³⁹⁸ Eine mittelbare Diskriminierung ist immer dann anzunehmen, wenn „die Neutralität der innerstaatlichen

392 Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (270).

393 § 27 Abs. 2, § 29 Abs. 2 MitbestG.

394 Ebenso Lubitz, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 131 f.

395 Dazu Rn. 516.

396 Dazu Rn. 689.

397 EuGH vom 12.5.1998 – C-85/96 (Sala) – Slg. 1998, 2691 (Rn. 62); Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 207.

398 Grabitz/Hilf/v. Bogdandy, Art. 12 EGV Rn. 10, 15.

Regelung nur scheinbar wäre und in Wirklichkeit, auch wenn sie das Diskriminierungsverbot der Form nach beachtete, protektionistische Ziele zum Vorteil der Bürger des betreffenden Staates verfolgte“.³⁹⁹

Solange die Unionsbürger zum Großteil noch in dem Mitgliedstaat 217 wohnen, dessen Staatsangehörigkeit sie auch haben, wird die Wohnsitzanknüpfung das Paradebeispiel für mittelbare Staatsangehörigkeitsdiskriminierungen bleiben.⁴⁰⁰ Solange die Arbeitnehmer unter den Unionsbürgern zum Großteil noch in dem Mitgliedstaat arbeiten, dessen Staatsangehörigkeit sie auch haben, ist aber auch die Beschäftigungs-ortanknüpfung als Paradebeispiel für mittelbare Staatsangehörigkeitsdiskriminierungen geeignet. Allerdings werden Beschäftigungsortanknüpfungen häufig bereits von spezielleren Grundfreiheiten, insbesondere der Arbeitnehmerfreizügigkeit, erfaßt und erscheinen nicht in Reinform als die mittelbaren Staatsangehörigkeitsdiskriminierungen, die sie – versteckt unter den Deckmänteln von Personalstatut und „Territorialitätsprinzip“ – auch sind.

b) Staatsangehörigkeitsdogma und Binnengrenzen

In Art. 18 AEUV und seinem Verbot der Staatsangehörigkeits- 218 diskriminierung kommt das „grundlegende Prinzip der Gleichbehandlung“ zum Ausdruck.⁴⁰¹ Auf der Gleichheit der Mitgliedstaaten basiert die Union insgesamt und achtet deren nationale Identitäten sowie ihre grundlegenden Funktionen als Staaten (Art. 4 Abs. 2 EUV). Die Union will „ihren Bürgerinnen und Bürgern“ aber auch einen Raum ohne Binnengrenzen bieten (Art. 3 Abs. 2 EUV) und errichtet zu diesem Zweck einen Binnenmarkt (Art. 3 Abs. 3 EUV). Auch wenn die Union „ihren“ Bürgern gern grenzenlose Freizügigkeit gewährte und ihnen allen unterschiedslos ein „gleiches Maß an Aufmerksamkeit“ zuteil werden lassen möchte (Art. 9 Satz 1 EUV), muß sie nach wie vor damit zu Recht kommen, daß die Unionsbürgerschaft keine Unionsstaatsangehörigkeit ist, sondern nur zu den nationalen Staatsangehörigkeiten hinzutritt, ohne diese zu ersetzen (Art. 9 Satz 3 EUV).

Derzeit sind Unionsbürger vor allem eines: Staatsangehörige eines Mit- 219 gliedstaates, genauer: Staatsangehörige *ihres* jeweiligen Mitgliedstaates. Bewegen sie sich jenseits von dessen Grenzen laufen sie Gefahr, rechtliche

399 GA *Capotorti*, Schlußanträge vom 27.5.1981 zu EuGH – 155/80 (*Oebel*) – Slg. 1981, 2012 (Rn. 2).

400 EuGH vom 14.2.1995 – C-279/93 (*Schumacker*) – Slg. 1995, 225 (Rn. 28); vom 7.5.1998 – C-350/96 (*Clean Car Autoservice*) – Slg. 1998, 2521 (Rn. 30); vom 29.4.1999 – C-224/97 (*Ciola*) – Slg. 1999, 2517 (Rn. 14); GA *Mazák*, Schlußanträge vom 23.2.2010 zu EuGH – C-64/08 (*Engelmann*) – Rn. 51 f.

401 EuGH vom 7.9.2004 – C-456/02 (*Trojani*) – Slg. 2004, 7573 (Rn. 40).

Nachteile zu erleiden – im eigenen, wie im fremden Mitgliedstaat. Entsprechend sind Art. 18 AEUV und seine auf Herstellung und Gewährleistung des Binnenmarktes gerichteten Konkretisierungen in Gestalt der Personenverkehrsfreiheiten primär auf Beseitigung von Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (Inländergleichbehandlung) gerichtet⁴⁰² und unterbinden damit – mit Fortschreiten des Integrationsprozesses immer mehr – Ungleichbehandlungen zwischen Unionsbürgern.

- 220** Es sind dank umfangreicher Rechtsetzung und Rechtsprechung der Unionsorgane seit Inkrafttreten der Römischen Verträge 1958 deshalb immer weniger die Staatsangehörigkeiten, die zu binnenmarktwidrigen Rechtsfolgen führen, sondern es sind bei genauer Betrachtung der tatsächliche oder rechtliche Grenzüberschritt und die mit ihm verbundenen Folgen.⁴⁰³ Solange Binnengrenzen mit Rechtsgrenzen verbunden sind, laufen sie aber dem Binnenmarktgedanken zuwider. Die Rechtsgrenzen gilt es deshalb aus Sicht der Europäischen Integration zu beseitigen, soweit sie nicht in der jeweils zu respektierenden nationalen Identität wurzeln. Dies gilt solange, bis es keine Rechtsgrenzen mehr gibt, die auf den Binnenmarkt nachteilige Folgen haben könnten.
- 221** Für die Unternehmensmitbestimmung bedeutet dies, daß Gleichbehandlung nicht durch gleiche Teilhabe der Arbeitnehmer nach ihrer Staatsangehörigkeit herzustellen ist, denn die Staatsangehörigkeit ist für Zwecke der Mitbestimmung nur insoweit relevant, als das Mitbestimmungsrecht unmittelbar oder mittelbar nach Staatsangehörigkeit, insbesondere durch Beschäftigungsortanknüpfungen, differenziert. Um Staatsangehörigkeitsdiskriminierungen zu erfassen, genügt aber wie dargestellt die Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁴⁰⁴ Die Gleichbehandlung muß statt dessen aus dem fundamentalen Binnenmarktkonzept heraus durch gleiche Teilhabe der Arbeitnehmer nach Mitgliedstaaten erfolgen, solange mit den Binnengrenzen noch Rechtsgrenzen verbunden sind und somit die Belegschaften in den Mitgliedstaaten jeweils unterschiedlichem Recht unterworfen sind.

402 *Streinz*, Europarecht, Rn. 793.

403 Deswegen können sich auch Staatsangehörige eines Mitgliedstaates ggü. diesen auf Grundfreiheiten berufen, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, EuGH vom 7.7.1992 – C-370/90 (*Singh*) – Slg. 1992, 4265 (Rn. 21); deswegen verbietet das Unionsrecht aber auch Inländerdiskriminierungen nicht, *Streinz*, Europarecht, Rn. 813.

404 Dazu Rn. 138 ff.

5. Gesamtschau

Zur Feststellung eines allgemeinen unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung sind die gefundenen mitbestimmungsrelevanten Regelungen zusammenzutragen und einer wertenden Gesamtschau zu unterziehen. 222

a) Erkenntnisse

Zunächst sind die aus dem primären und sekundären Unionsrecht erlangten Erkenntnisse zusammenzutragen und daraus die übergreifenden Prinzipien abzuleiten. 223

aa) Vorgaben des Primärrechts

[1] Unternehmensmitbestimmung als Arbeitsbedingung

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit erfaßt die Teilhabe an den Mitbestimmungsrechten im Unternehmen bzw. bei seinem Mutterunternehmen als Arbeitsbedingung der Arbeitnehmer. Deshalb darf diese weder unmittelbar noch mittelbar staatsangehörigkeitsdiskriminierend ausgestaltet oder in einer Weise beschränkt werden, welche den tatsächlichen oder auch nur rechtlichen Grenzüberschritt für Arbeitnehmer weniger attraktiv macht. Folglich ist eine Ausgestaltung der Unternehmensmitbestimmung durch unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Beschäftigungsorte in einem bestimmten Mitgliedstaat untersagt, weil eine nach dem Ort der Beschäftigung wechselnde Teilhabemöglichkeit trotz Weiterbeschäftigtseins im selben Unternehmen den Arbeitnehmer von der Aufnahme einer Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat abhalten könnte und damit dem Binnenmarktgedanken zuwider liefe. Aus dem gleichen Grund ist eine Ausgestaltung der Konzernmitbestimmung durch Anknüpfung an den Sitz des Tochterunternehmens untersagt, weil es für die Mitbestimmung beim Mutterunternehmen unerheblich ist, ob ein Arbeitsverhältnis zu einem inländischen oder ausländischen Tochterunternehmen besteht, wenn die unternehmerischen Entscheidungen des Mutterunternehmens auf alle Tochterunternehmen und damit die bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer gleichermaßen Wirkung entfalten. Die Einbeziehung aller EU-Belegschaften eines Unternehmens oder Konzerns in die mitgliedstaatlich eingeräumte Unternehmensmitbestimmung ist deshalb unionsrechtlich zwingend geboten.⁴⁰⁵ 224

Soweit der Zugang zum Mitbestimmungsmandat Gewerkschaften an die Hand gegeben wird, sind diese verpflichtet, weder unmittelbar noch mittelbar nach der Staatsangehörigkeit ungleich zu behandeln. Der Mitgliedstaat darf sich aber nicht darauf berufen, auf die Gewerkschaften in 225

405 Angedeutet von *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 241 f.

dieser Hinsicht keinen Einfluß zu haben, sondern muß die Gewerkschafts-einbeziehung in einer Weise ausgestalten, welche die Teilhabemöglichkeiten der Arbeitnehmer über die Grenzen des Mitgliedstaates hinaus einheitlich gewährleistet. Dies ist ihm insoweit ohne weiteres möglich, wie er die Rechte der Gewerkschaften im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung einfachgesetzlich einführen, ausgestalten und auch wieder abschaffen kann. Zur Gleichstellung ausländischer Gewerkschaften mit inländischen ist er nicht verpflichtet.

[2] Diskriminierungsfreie Ausübung des Mitbestimmungsmandats

- 226 Die Niederlassungsfreiheit erfaßt die Mitbestimmung als Beteiligung in Organen der Unternehmensleitung. Können Arbeitnehmer in ein Leitungsorgan berufen werden, geht die Arbeitnehmerfreizügigkeit insoweit der Niederlassungsfreiheit vor, als der Zugang zum Mitbestimmungsmandat (aktives und passives Wahlrecht) betroffen ist. Die Niederlassungsfreiheit selbst verlangt nur, daß das Mitbestimmungsrecht die Mandatsausübung nicht in diskriminierender Weise ausgestaltet.

bb) Vorgaben des Sekundärrechts

- 227 Es sei daran erinnert, daß der EuGH bei der Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze aus dem Sekundärrecht verlangt, daß es hinreichend bestimmte Inhalte setzt, die nicht nur spezielle Situationen regeln, sondern einen allgemeinen übergreifenden Charakter erkennen lassen.⁴⁰⁶

[1] Mitbestimmung als Betroffenenbeteiligung

- 228 Unternehmensmitbestimmung ist Mitbestimmung durch die, die es angeht. Dies versteht sich von selbst vor dem Zweck, den Unternehmensmitbestimmung, gleich nach welcher Ansicht⁴⁰⁷, verfolgt. Das Sekundärrecht folgt diesem Grundsatz:
- 229 • Werden Regelungen zur Mitbestimmung getroffen, sind immer die Arbeitnehmer oder Arbeitnehmervertreter⁴⁰⁸ oder die Organe zur Vertretung der Arbeitnehmer angesprochen.⁴⁰⁹
- 230 • Mitbestimmungsrechte sind immer den von unternehmerischen Entscheidungen betroffenen Arbeitnehmern oder Arbeitnehmer-

406 EuGH vom 15.10.2009 – C-101/08 (*Audiolux*) – EuZW 2009, 894 (Rn. 45, 50).

407 Zum Meinungsstand eingehend *Brockner*, Mitbestimmung und Corporate Governance, S. 97 ff.

408 Art. 1 Abs. 1, Art. 2 lit. f und g AnhörungsRL.

409 Art. 2 lit. k SE-BeteiligungsRL, Art. 16 VerschmelzungsRL, vgl. auch Art. 8 FreizügVO.

vertretern zu gewähren. Dies gilt von Informationsrechten⁴¹⁰, über Anhörungs- und Unterrichtsrechte⁴¹¹ bis hin zu Mitentscheidungsrechten in unternehmerischen Angelegenheiten einer Gesellschaft.⁴¹²

- Bei unternehmensbezogenen Maßnahmen sind betroffene Arbeitnehmer solche in allen Betrieben und Tochterunternehmen.⁴¹³ 231

Dieser Grundsatz stellt keine deutsche Besonderheit dar. Soweit *Krause* 232 anderes vertritt,⁴¹⁴ steht dies dem Grundsatz nicht entgegen. Er stützt sich nämlich auf Art. 3 Abs. 4 SE-BeteiligungsRL⁴¹⁵, wonach das besondere Verhandlungsgremium nur mit besonders qualifizierter Mehrheit beschließen darf, wenn sein Verhandlungsergebnis (die Mitbestimmungsvereinbarung) eine Minderung der Mitbestimmungsrechte zur Folge hätte. Die Vorschrift macht es zur Voraussetzung, daß sich die abzusenkende Mitbestimmung auf mindestens 25 Prozent bzw. 50 Prozent der „Gesamtzahl der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften erstreckt“.⁴¹⁶ Kurz gesagt: Eine Mitbestimmungsabsenkung ist erst dann beachtlich, wenn sie eine hinreichende Anzahl von Arbeitnehmern betreffen würde. Welche Arbeitnehmer aber betroffen sind, ist gerade strittig. Art. 2 lit. b der Richtlinie definiert „beteiligte Gesellschaften“ als solche, die „unmittelbar an der Gründung einer SE beteiligt sind“, so daß nach reiner Wortlautauslegung Arbeitnehmer in Tochterunternehmen unberücksichtigt blieben, obwohl sie von der Mitbestimmungsabsenkung (jedenfalls nach deutschem Recht) ebenso erfaßt wären. Da die deutschen Umsetzungsgesetze in dieser Beziehung ausnahmslos auch Tochterunternehmen einbeziehen,⁴¹⁷ ist in der Literatur Streit über deren Richtlinienkonformität entbrannt.⁴¹⁸

410 Art. 7 RL 2001/23/EG.

411 Art. 4 AnhörungsRL, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2, Anhang Teil 2 lit. a SE-BeteiligungsRL.

412 Art. 3 Abs. 2, Art. 2 Abs. 2 lit. h, k SE-BeteiligungsRL, Art. 16 Abs. 3 VerschmelzungsRL.

413 Art. 3 Abs. 2, Art. 2 lit. d, f, i, Anhang Teil 1 lit. a, e, Anhang Teil 2 lit. a, Anhang Teil 3 lit. B SE-BeteiligungsRL.

414 *R. Krause*, BB 2005, 1221 (1227).

415 Teilweise in Bezug genommen von Art. 16 Abs. 3 lit. a VerschmelzungsRL.

416 Gleiche Formulierungen enthält Art. 7 Abs. 2 lit. b und c SE-BeteiligungsRL, teilweise in Bezug genommen und quotal modifiziert von Art. 16 Abs. 3 lit. e VerschmelzungsRL.

417 § 15 Abs. 3, § 34 Abs. 1 Nr. 2 und 3 SEBG, § 17 Abs. 3, § 24 Abs. 1 MgVG.

418 Für Richtlinienkonformität BegrRegE, BR-Drs. 438/04, S. 124 f.; MüKo-AktG/*Jacobs*, § 15 SEBG Rn. 9 f.; *Niklas*, NZA 2004, 1200 (1202 f.); dagegen *Habersack*, ZHR 171 (2007), 613 (639 f.); *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (273 ff.); *Kallmeyer*, ZIP 2004, 1442 (1443).

- 233 Darauf kommt es hier aber gar nicht an. Die Richtlinien enthalten in den fraglichen Passagen nur Berechnungsvorschriften. Es werden keine Regelungen zu Anhörungs-, Unterrichts- oder Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer getroffen, denn in der Frage der Mitbestimmungsabschmelzung haben auch die betroffenen Arbeitnehmer gerade das stärkste aller Mitbestimmungsrechte in Gestalt einer freien Entscheidung im besonderen Verhandlungsgremium über Ja oder Nein. Das besondere Verhandlungsgremium ist nämlich das Gremium zur „Vertretung der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften sowie der betroffenen Tochtergesellschaften oder betroffenen Betriebe“ (Art. 3 Abs. 2 SE-BeteiligungsRL) und je mehr Arbeitnehmer in Tochtergesellschaften beschäftigt sind, desto mehr Sitze haben die Vertreter der betroffenen Arbeitnehmer im Gremium (Art. 3 Abs. 2 lit. a Nr. i SE-BeteiligungsRL). Folglich können die Betroffenen selbst mitentscheiden, ob sie eine Mitbestimmungsabschmelzung hinnehmen wollen oder nicht. Dies entspricht voll und ganz dem Grundsatz der Betroffenenbeteiligung.

[2] Zählwertgleichheit

- 234 Aus dem Grundsatz der Betroffenenbeteiligung folgt *a maiore ad minus*, daß die zur Information, Anhörung, Unterrichtung oder Mitentscheidung berufenen Arbeitnehmer auch bei Grenzwertberechnungen mitzählen. Art. 16 Abs. 5 VerschmelzungsRL erlaubt den Mitgliedstaaten einzig bei Schwellenwerten, die zum Einstieg ins Mitbestimmungsrecht führen, Arbeitnehmer ausländischer Betriebe nicht mitzählen zu müssen. Aus der Existenz dieser Ausnahmegesetzgebung folgt *e contrario*, daß Arbeitnehmer im übrigen immer mitzählen, insbesondere wenn die Beteiligungsintensität oder die Größe des Mitbestimmungsorgans zu ermitteln ist.⁴¹⁹

[3] Anteilsgerechte Repräsentierung

- 235 Die hier herangezogene VerschmelzungsRL und SE-BeteiligungsRL haben einen über ihren Anwendungsbereich hinausweisenden Regelungsgehalt und sind auch insoweit primärrechtlich verankert, als sie für den Lebenssachverhalt, daß ein Unternehmen Arbeitnehmer in mehreren Mitgliedstaaten beschäftigt, zwei Grundprinzipien aufstellen:
- Arbeitnehmer eines Unternehmens sind alle Arbeitnehmer aus allen Mitgliedstaaten, gleich wo sie in der EU ihren Beschäftigungsort haben.
 - Die Arbeitnehmer in einem Unternehmen sind bei der Mitsprache in Unternehmensfragen gemäß ihren Belegschaftsstärken in den Mitgliedstaaten anteilsgerecht zu berücksichtigen.

419 Bereits Rn. 204 ff.

Insbesondere die zweite Feststellung überdehnt nicht die Richtlinien, **236** denn einerseits orientiert sie sich am Binnenmarktkonzept und andererseits folgt sie streng dem vom EuGH anerkannten⁴²⁰ Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, konkretisiert diesen und setzt keine darüber hinaus gehenden Inhalte. Eine „gleichere“ und damit „unionsrechtskonformere“ Form der Gleichbehandlung bei Sitzverteilungen auf Arbeitnehmergruppen aus mehreren Mitgliedstaaten als eine anteilsgerechte Repräsentierung der mitgliedstaatlichen Belegschaften ist nämlich nicht möglich: Eine feste Zahl von Sitzen für jeden Mitgliedstaat, in dem Arbeitnehmer des Unternehmens beschäftigt sind ohne Berücksichtigung der Anzahl der jeweils vertretenen Arbeitnehmer, führte zu einer mittelbaren Diskriminierung der Arbeitnehmer aus Mitgliedstaaten mit großer Belegschaftsstärke, da deren Belange ungleich schwächer gegenüber den Belangen der Vertreter aus Mitgliedstaaten mit kleinerer Belegschaftsstärke repräsentiert wären. Damit würden sie aufgrund ihres Beschäftigungsortes und damit mittelbar wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert. Eine anteilsgerechte Vertretung nach Staatsangehörigkeiten der im Unternehmen oder Konzern beschäftigten Arbeitnehmer würde hingegen dem Binnenmarktgedanken nicht hinreichend Rechnung tragen, da es bei der europaweiten Mitbestimmung nicht mehr nur auf die Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer ankommt, sondern auf die Überschreitung von (Rechts-)Grenzen. Anteilsgerechtigkeit nach Mitgliedstaaten ist somit mehr als ein „praktisches Vorbild“⁴²¹ – Anteilsgerechtigkeit nach Mitgliedstaaten ist ein unionsrechtliches Gebot.

Es läßt sich dem Sekundärrecht nicht entnehmen, daß jede mitgliedstaatliche Belegschaft, so klein sie auch sein mag, Anspruch auf einen Vertreter im Mitbestimmungsorgan hat. Es soll gem. Art. 3 Abs. 2 lit. b **237** UAbs. 1 SE-BeteiligungsRL nur „nach Möglichkeit“ jede Belegschaft mit mindestens einem Mitglied im Gremium vertreten sein. „Die Gesamtzahl der Mitglieder darf durch diese Maßnahme [aber] nicht erhöht werden“.

Auch die Größe des Mitbestimmungsgremiums bzw. die Anzahl der Arbeitnehmersitze im Mitbestimmungsorgan entzieht sich, soweit im **238** Sekundärrecht dazu Maßgaben enthalten sind⁴²², einer Verallgemeinerung, denn sie sind auf die spezifische Situation des besonderen Verhandlungsgremiums zugeschnitten, machen Detailvorgaben, die primärrechtlich nicht verankert sind und somit jenseits des Anwendungsbereichs der Richtlinien keine allgemeine Geltung beanspruchen können. Die Bestimmung der Größe des späteren Mitbestimmungsorgans, sofern

420 EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) – Slg. 2005, 9981 (Rn. 74); vom 19.1.2010 – C-555/07 (*Kücükdeveci*) – NZA 2010, 85 (Rn. 50).

421 So *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 242.

422 Art. 3 Abs. 2 lit. a SE-BeteiligungsRL.

es ein solches geben soll, wird gerade dem besonderen Verhandlungsgremium überantwortet.⁴²³

- 239 Gleiches gilt für die Umsetzung der anteilsgerechten Repräsentierung, denn wie die Verteilung der Arbeitnehmersitze im Mitbestimmungsorgan auf die mitgliedstaatlichen Belegschaften im Detail erfolgt, ist von der Größe des Gremiums und der Anzahl der Arbeitnehmersitze abhängig. Gibt es nach mitgliedstaatlichem Recht nur einen Arbeitnehmervertreter, muß dieser aus dem belegschaftsstärksten Mitgliedstaat kommen. Gibt es mehrere Arbeitnehmersitze, sind diese auf die Mitgliedstaaten so zu verteilen, daß die zahlenmäßigen Anteile der mitgliedstaatlichen Belegschaften an der Gesamtbelegschaft des Unternehmens oder Konzerns prinzipiell gewahrt bleiben. Dies fordert weder die Einführung einer Stufenregelung nach Vorbild des Art. 3 Abs. 2 lit. a Nr. i SE-BeteiligungsRL noch des Höchstzahlverfahrens nach *D'Hondt* oder des Quotenverfahrens nach *Hare-Niemeyer*. Die Grenze zur „Anteilsungerechtigkeit“ wird aber jedenfalls dann überschritten, wenn ein Verfahren gewählt wird, daß für die Belegschaft eines Mitgliedstaates zu mehr Sitzen als für die übrige Gesamtbelegschaft führt, obwohl die übrige Gesamtbelegschaft größer ist.

[4] Gewerkschaften als „Arbeitnehmervertreter“

- 240 Es ginge zu weit, einen Grundsatz gewerkschaftsfreier Unternehmensmitbestimmung aus dem Sekundärrecht herzuleiten, denn die Richtlinien erkennen mitgliedstaatliches Recht, das Gewerkschaften in der Unternehmensmitbestimmung beteiligt, grundsätzlich an. Doch meinen die Richtlinien mit Mitbestimmung stets Beteiligung der Arbeitnehmer, weil sie es sind, die von unternehmerischen Entscheidungen aufgrund ihres Beschäftigungsverhältnisses unmittelbar betroffen werden. Deshalb müssen sich Gewerkschaftsvertreter immer als Arbeitnehmervertreter im weiteren Sinne⁴²⁴ verstehen lassen, wenn sie nach mitgliedstaatlichem Recht den Mitwirkungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer zugerechnet werden, was eine anteilsgerechte Repräsentierung der europäischen Belegschaften auch unter den Gewerkschaftsvertretern erforderlich macht.

423 Eingehend *R. Krause*, BB 2005, 1221 (1226 f.).

424 Im engeren Sinne sind „Arbeitnehmervertreter“ die nach den mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehenen Vertreter der Arbeitnehmer (Art. 2 lit. e SE-BeteiligungsRL), was aber betriebsverfassungsrechtliche Gremien meint; vgl. § 2 Abs. 6 SEBG.

[5] Kein allgemein zwingendes Mitbestimmungsmodell

Im übrigen lassen die untersuchten Richtlinien aber keinen allgemeinen übergreifenden Charakter erkennen, insbesondere läßt sich aus ihnen nicht zwingend ein unionsrechtliches Mitbestimmungsmodell als allgemeiner Rechtsgrundsatz ableiten, den es von allen Mitgliedstaaten zu beachten gälte. Die SE-BeteiligungsRL erkennt zwei Mitbestimmungsmodelle an⁴²⁵: 1. Das Recht für Arbeitnehmer oder Arbeitnehmervertreter einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans zu wählen oder zu bestellen und 2. das Recht für Arbeitnehmer oder Arbeitnehmervertreter die Bestellung eines Teils der oder aller Mitglieder des Aufsichts- oder des Verwaltungsorgans zu empfehlen oder abzulehnen. Darin verdeutlicht sich die Bandbreite der mitgliedstaatlichen Mitbestimmungstraditionen, welche vom Unionsrecht allesamt als solche anerkannt und respektiert werden. In materieller Hinsicht ist entsprechend nur irgendeine Einflußnahmemöglichkeit auf die Beschlußfassung innerhalb der Gesellschaft erforderlich, um von „Beteiligung der Arbeitnehmer“ sprechen zu können, wozu auch schon das bloße Recht auf Unterrichtung zählt.⁴²⁶

Eine unionsrechtliche Pflicht, mitgliedstaatliches Mitbestimmungsrecht für Verhandlungslösungen zu öffnen, meint dagegen *Habersack* zu erkennen:

„Geschuldet ist deshalb zumindest die Einführung einer Verhandlungslösung nach dem Vorbild des SEBG, des SCEBG und des MgVG, mithin die Öffnung des § 5 MitbestG für ein Verhandlungsverfahren, das aus Sicht der deutschen Konzernmutter obligatorisch zu sein hat und den Auslandstöchtern die Gelegenheit geben muß, sich am Abschluß einer Mitbestimmungsvereinbarung in Bezug auf die Konzernmutter zu beteiligen. Entsprechende Vorschläge de lege ferenda liegen auf dem Tisch. Deren Umsetzung steht freilich entgegen der bislang dominierenden Sicht nicht im rechtspolitischen Belieben des Gesetzgebers, sondern ist gemeinschaftsrechtliche Pflicht“.⁴²⁷

Dies steht im Widerspruch zum Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 3, Abs. 4 EUV), denn um eine Gleichbehandlung der europäischen Belegschaften zu erreichen, ist Mitbestimmungsautonomie in Gestalt von Verhandlungslösungen nicht zwingend erforderlich. Die Mitgliedstaaten können selbst für die Herstellung des unionsrechtskonformen Zustandes sorgen. Ob sie sich dabei für eine Verhandlungslösung entscheiden, bleibt ihnen ebenso überlassen, wie die Einführung oder Abschaffung von Unternehmensmitbestimmung generell. Außerdem

425 Art. 2 lit. k SE-BeteiligungsRL.

426 Art. 2 lit. h SE-BeteiligungsRL

427 *Habersack*, AG 2007, 641 (648 f.).

geht selbst das Unionsrecht nicht von einer strengen Verhandlungspflicht aus, denn Art. 16 Abs. 4 lit. a VerschmelzungsRL *verpflichtet* die Mitgliedstaaten, es den an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften zu ermöglichen, „ohne jede vorhergehende Verhandlung“ sich für das organbeteiligende Auffangmodell zu entscheiden.

b) Völkerrechtliche Bestätigung

- 244 Art. 151 Abs. 1 AEUV enthält als allgemeiner Programmsatz⁴²⁸ zwar keine bindenden Vorgaben, nimmt aber auf die Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (SozGRCh) vom 9. Dezember 1989⁴²⁹ und die Europäische Sozialcharta (ESC) vom 18. Oktober 1961⁴³⁰ Bezug, „eingedenk“ derer die Union und die Mitgliedstaaten ihre Sozialpolitik gestalten wollen. Insoweit können ihre Bestimmungen als Auslegungshilfe⁴³¹, Interpretationsgrundlage und Orientierungsmaßstab herangezogen werden.⁴³²

aa) Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer

- 245 Die SozGRCh regelt unter Nr. 17 und 18 Rechte der Arbeitnehmer, welche die Mitbestimmung betreffen:
- 246 • Nr. 17 SozGRCh: „Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung der Arbeitnehmer müssen in geeigneter Weise unter Berücksichtigung der in den verschiedenen Mitgliedstaaten herrschenden Gepflogenheiten weiterentwickelt werden. Dies gilt insbesondere für Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse mit Betriebsstätten bzw. Unternehmen in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft“.

Dies bestätigt die bisherigen unionsrechtlichen Erkenntnisse umfassend: Es ist Rücksicht auf die verschiedenen Mitbestimmungstraditionen der Mitgliedstaaten zu nehmen (von Unterrichtung bis Beteiligung⁴³³). Sie dürfen aber nicht unbesehen toleriert werden, sondern müssen „weiterentwickelt“ werden, vor allem soweit grenzüberschreitende Unternehmen und Konzerne mit

428 Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 136 Rn. 31.

429 KOM (1989), 248 endg.

430 BGBl. 1964 II, S. 1262; zuletzt geändert durch Änderungsbekanntmachung zur ESC vom 3.9.2001, BGBl. II, S. 970.

431 Schwarze/Rebhahn/Reiner, Art. 136 EGV Rn. 10.

432 Grabitz/Hilf/Langefeld, Art. 136 EGV Rn. 4, 11.

433 „Mitwirkung“ im Sinne der SozGRCh meint gerade in Abgrenzung zu Anhörung und Unterrichtung materielle Teilhaberechte, Heuschmid, Europäisches Grundrecht S. 183 f.

Belegschaften in mehreren Mitgliedstaaten nach bisher „herrschenden Gepflogenheiten“ unzureichend berücksichtigt wurden. Insbesondere zählt die SozGRCh zu Arbeitnehmern auch solche in Tochterunternehmen („Unternehmenszusammenschlüsse“) in anderen Mitgliedstaaten, was bestätigt, daß Mitbestimmung als Betroffenenbeteiligung prinzipiell alle Arbeitnehmer eines Konzerns einzubeziehen hat und die Konzernmitbestimmung keine deutsche Besonderheit ist.

- Nr. 18 SozGRCh: „Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung sind rechtzeitig vor allem in folgenden Fällen vorzusehen [...] bei der Umstrukturierung oder Verschmelzung von Unternehmen, wenn dadurch die Beschäftigung der Arbeitnehmer berührt wird; [...] im Falle von Arbeitnehmern, insbesondere Grenzgängern, die von den Beschäftigungsmaßnahmen des sie beschäftigenden Unternehmens betroffen sind“.

Hier kommt nochmals die Betroffenenbezogenheit der Mitbestimmung zum Ausdruck: Mitbestimmung ist rechtzeitig für die vorzusehen, die von den unternehmerischen Maßnahmen des sie beschäftigenden Unternehmens betroffen sind. Der explizite Verweis auf die Grenzgänger verdeutlicht nochmals, daß Mitbestimmung an der Grenze nicht enden darf.

bb) Europäische Sozialcharta

Die Europäische Sozialcharta ist weniger ergiebig: 248

- Nach Art. 18 Nr. 1 und 3 ESC verpflichten sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechts auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet jeder anderen Vertragspartei zu gewährleisten, bestehende Vorschriften „großzügig“ anzuwenden und die Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer einzeln oder gemeinschaftlich zu liberalisieren. Daraus kann im hier interessierenden Zusammenhang entnommen werden, daß sowohl der den Arbeitnehmer entlassende Staat als auch der Aufnahmestaat ihr Recht jedenfalls nicht mitbestimmungsfeindlich gestalten dürfen, soweit Mitbestimmungsrechte für inländische Arbeitnehmer im Ausland bestehen. 249
- Nach Art. 21 ESC verpflichten sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechts der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Anhörung im Unternehmen zu gewährleisten, den Arbeitnehmern oder ihren Vertretern die Möglichkeit zu geben, (a.) über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des sie beschäftigenden Unternehmens unterrichtet zu werden und (b.) rechtzeitig zu beabsichtigten Entscheidungen gehört zu werden, welche die 250

Interessen der Arbeitnehmer erheblich berühren könnten, insbesondere zu Entscheidungen, die wesentliche Auswirkungen auf die Beschäftigungslage im Unternehmen haben könnten. Darin bestätigt sich, daß Mitbestimmung – und sei es auch nur auf Stufe der Unterrichtung – immer Beteiligung der betroffenen Arbeitnehmer oder *ihrer* Vertreter ist.

- 251 • Nach Art. 29 ESC verpflichten sich die Vertragsparteien, um die wirksame Ausübung des Rechts der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Anhörung bei Massenentlassungen zu gewährleisten, sicherzustellen, daß die Arbeitnehmervertreter rechtzeitig vor solchen Massenentlassungen von den Arbeitgebern über die Möglichkeit unterrichtet und dazu gehört werden. Damit wird auch auf der zweiten Stufe der Mitbestimmung (Anhörung) den Arbeitnehmern und vor allem den Arbeitnehmervertretern ein Recht auf Beteiligung in Angelegenheiten eingeräumt, die sie selbst betreffen.

c) Der allgemeine Grundsatz des Unionsrechts

- 252 Es läßt sich somit ein allgemeiner unionsrechtlicher Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung feststellen, der folgenden Inhalt hat:
- 253 • Teilhaberechte an unternehmerischen Entscheidungen müssen, sofern sie von einem Mitgliedstaat nach seinem nationalen Recht gewährt werden, denjenigen zukommen, die von den unternehmerischen Entscheidungen betroffen werden. Dies sind in der Mitbestimmung die Arbeitnehmer.
- 254 • Soweit die Gestaltungsmacht des Gremiums reicht, in dem die Beteiligung nach mitgliedstaatlichem Recht realisiert wird, sind die von seinen Entscheidungen betroffenen Arbeitnehmer zu beteiligen. Dies umfaßt auch das Mitzählen der betroffenen Arbeitnehmer bei der Berechnung von Schwellenwerten für die Beschäftigtenzahl, es sei denn, bei deren Überschreiten entstehen für die Arbeitnehmer überhaupt erst Teilhaberechte.
- 255 • Stehen die im Recht eines Mitgliedstaates vorgesehenen Mitbestimmungsorgane an der Spitze eines Unternehmens oder Konzerns und haben sie Gestaltungsmacht für die gesamte Unternehmens- bzw. Konzernpolitik, sind alle im Unternehmen bzw. Konzern beschäftigten Arbeitnehmer an den Mitbestimmungsmöglichkeiten zu beteiligen.
- 256 • Hat das Unternehmen Betriebe oder Tochterunternehmen in mehreren Mitgliedstaaten und erfaßt die unternehmerische Gestaltungsmacht des Gremiums, in dem die Mitbestimmung

realisiert wird, auch die ausländischen Betriebe oder Tochterunternehmen, ist auch den dort beschäftigten Arbeitnehmern Teilhabe zu gewähren.

- Die Ausgestaltung der Teilhabe muß die betroffenen Arbeitnehmer unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit erfassen, darf insbesondere ihren Beschäftigungsort nicht zum Anknüpfungspunkt für solche Differenzierungen machen, die sich auf die Teilhaberechte negativ auswirken können. 257
- Besteht die Teilhabe in einer Anzahl von Sitzen für Arbeitnehmervertreter in Unternehmensorganen, sind die Verteilungsmodalitäten für diese Sitze so auszugestalten, daß eine anteilsgerechte Verteilung der Sitze auf die Belegschaften der Mitgliedstaaten erreicht wird. Dies muß nicht zu einer Erhöhung der Anzahl der Sitze führen. Nicht berücksichtigte Belegschaften aus einem oder mehreren Mitgliedstaaten können einen gemeinsamen Sitz erhalten. 258
- Besteht die Teilhabe in Sitzen für Arbeitnehmervertreter in Unternehmensorganen und wird ein Teil dieser Sitze den im Unternehmen oder Konzern vertretenen Gewerkschaften eingeräumt, ist auch insoweit eine anteilsgerechte Verteilung der Sitze gemäß den Beschäftigtenzahlen in den jeweiligen Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Diese Sitze müssen nicht mit Arbeitnehmern des Unternehmens oder seiner Tochterunternehmen besetzt werden. Das mitgliedstaatliche Recht muß aber sicherstellen, daß durch die Einräumung von Sitzen für im Unternehmen oder Konzern vertretene Gewerkschaften die anteilsgerechte Repräsentierung der Belegschaften aus den Mitgliedstaaten nicht gefährdet wird. Das mitgliedstaatliche Recht kann zu diesem Zweck vorsehen, daß in Betrieben oder Tochterunternehmen in anderen Mitgliedstaaten vertretene Gewerkschaften inländischen Gewerkschaften für die Zwecke der Unternehmensmitbestimmung gleichgestellt werden. 259

d) Vereinbarkeit mit Grundsätzen der EU

aa) Ausgangspunkte

Art. 5 Abs. 1 EUV verpflichtet die Union auf Achtung der Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. *Begrenzte Einzelermächtigung* heißt nach Art. 5 Abs. 2 EUV, daß die Union nur im Rahmen ihrer Zuständigkeit handelt, die ihr die Mitgliedstaaten übertragen haben. *Subsidiarität* bedeutet nach Art. 5 Abs. 3 EUV, daß die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig wird, sofern die Ziele der Maßnahmen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer 260

Wirkung auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. *Verhältnismäßigkeit* verlangt nach Art. 5 Abs. 4 EUV, daß die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen.

- 261 Der EuGH verlangt außerdem, daß aus Gründen der Gewaltenteilung sowie dem Prinzip der Rechtssicherheit ein allgemeiner Rechtssatz des Unionsrechts nicht solche Detailvorgaben machen darf, die eine Interessenabwägung des Unionsrechtsetzers notwendig machten.⁴³⁴

bb) Begrenzte Einzelermächtigung

- 262 Der hier festgestellte unionsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in der Unternehmensmitbestimmung enthält nur solche Vorgaben, die sich aus dem Unionsrecht, insbesondere den Grundfreiheiten und ihren Konkretisierungen durch sekundäres Unionsrecht bereits nach derzeitigem Stand der Europäischen Integration entnehmen lassen. Dazu gehört in erster Linie, jeglichen Regelungen, die auf eine unmittelbare oder mittelbare Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit hinaus liefen, die (diskriminierende) Anwendbarkeit zu versagen, denn auf dem Prinzip der Gleichbehandlung aller Unionsbürger, insbesondere in Beschäftigung und Beruf, basiert das gesamte Binnenmarktkonzept.⁴³⁵
- 263 Der Grundsatz verlangt keine Unternehmensmitbestimmung, denn er gilt nur dann, wenn ein Mitgliedstaat sich für die Einführung von Unternehmensmitbestimmung in seinem Recht entschieden hat. Der Grundsatz gilt nur *in* der Mitbestimmung.
- 264 Der Grundsatz macht auch keine Vorgaben zum Koalitionsrecht. Weder verlangt er Gewerkschaften im Mitbestimmungsrecht, noch verbietet er sie. Da aber Mitbestimmungsrecht immer Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist, darf durch Einschaltung von Gewerkschaften nicht die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer umgangen werden.

cc) Subsidiarität

- 265 Der hier festgestellte Grundsatz muß auf Unionsebene angesiedelt sein, weil die länderübergreifende Gleichbehandlung von Arbeitnehmern durch die Mitgliedstaaten selbst nicht einheitlich realisierbar ist. Die Mitgliedstaaten können zwar im Inland für Gleichbehandlung sorgen und tun dies auch aufgrund ihrer eigenen (verfassungsrechtlichen) Gleichheitssätze, doch können sie die Gleichbehandlung von in- und ausländischen Belegschaften nicht gleichermaßen verwirklichen, wie wenn das Unionsrecht

434 EuGH vom 15.10.2009 – C-101/08 (*Audiolux*) – EuZW 2009, 894 (Rn. 58, 62).

435 Dazu Rn. 215 ff.

die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im gesamten Binnenmarkt und zwischen allen Mitgliedstaaten verwirklicht.

Der Grundsatz macht keine materiellen Vorgaben, wie Unternehmensmitbestimmung stattzufinden hat, wenn ein Mitgliedstaat sich für die Einführung von Teilhabemöglichkeiten für Arbeitnehmer in Unternehmensfragen entschieden hat. Insbesondere bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, ob sie Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Leitungsgremium zulassen wollen, wie stark diese dort insgesamt repräsentiert sein sollen und welche Rechte sie haben. 266

dd) Verhältnismäßigkeit

Der hier festgestellte Grundsatz geht nicht über das zur Erreichung der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung erforderliche Maß hinaus, sondern beschränkt sich darauf, den mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsstatuten ihren inländerprivilegierenden Charakter zu nehmen und damit nicht nur den Grundsatz der Gleichheit der Unionsbürger, sondern die ungehinderte Freizügigkeit im Binnenmarkt zu gewährleisten. 267

Der Grundsatz fordert eine anteilsgerechte Repräsentierung der europäischen Belegschaften in den Gremien, in denen die Arbeitnehmerbeteiligung nach nationalem Recht erfolgt, weil dies für eine materielle Gleichbehandlung der Arbeitnehmer erforderlich ist, ohne in eine Diskriminierung durch Gleichschaltung der Belegschaften ohne Rücksicht auf ihre Stärke zu verfallen. 268

Der Grundsatz verlangt aber gerade aus Gründen der Verhältnismäßigkeit keine streng anteilsgerechte Repräsentativität, sondern nimmt eine nach mitgliedstaatlichem Recht gedeckelte Sitzanzahl für Arbeitnehmervertreter um den Preis einer Unter- oder auch Nichtrepräsentierung kleinerer Belegschaften in Kauf. Streng anteilsgerechte Repräsentativität hieße nämlich, daß aus jedem Mitgliedstaat, in dem auch nur ein Arbeitnehmer des Unternehmens oder Konzerns dauerhaft beschäftigt ist, auch mindestens ein Vertreter in das Mitbestimmungsorgan zu entsenden wäre und aus größeren Belegschaften ihrem Anteil entsprechend mehr. Dies ginge aber über das zur Erreichung des Ziels der Gleichbehandlung erforderliche Maß hinaus, weil dadurch die Mitbestimmungsorgane ihrer Funktionsfähigkeit beraubt und damit die Mitbestimmung selbst *ad absurdum* geführt würde. 269

Ausdruck der Verhältnismäßigkeit ist schließlich auch, daß die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer nicht durch Zwischenschaltung nationaler Gewerkschaften umgangen werden darf, wobei der Grundsatz eine Gleichstellung von ausländischen Gewerkschaften mit inländischen aber gerade nicht fordert. Zur Erreichung der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer ist 270

lediglich erforderlich, daß die ggf. mitgliedstaatlich vorgesehenen Gewerkschaftsvertreter auch Belegschaften aus anderen Mitgliedstaaten anteils-gerecht repräsentieren.

ee) Keine Überreglementierung

- 271 Der hier festgestellte Grundsatz greift nicht unzulässig in den legislativen Verantwortungsbereich über, weil seine Inhalte bereits im Unionsrecht enthalten sind. Eine Interessenabwägung durch den Unionsrechtssetzer ist nicht erforderlich, weil die Entscheidung über Ob und Wie der Mitbestimmung nach wie vor den Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Entscheiden sie sich für die Einführung von Unternehmensmitbestimmung, müssen sie dabei freilich die allgemeinen Prinzipien des Unionsrechts beachten. Im Unterschied zu den strittigen Fällen der Gleichbehandlung wegen des Alters⁴³⁶ und der Gleichbehandlung von Aktionären einer Aktiengesellschaft⁴³⁷ liegt hier eine mittelbare Staatsangehörigkeitsdiskriminierung zugrunde, was gegen elementare Prinzipien des Unionsrechts (Art. 9 Satz 1 EUV, Art. 18 AEUV, Art. 21 Abs. 2 GRCh) verstößt.
- 272 Eine Interessenabwägung durch den Unionsrechtssetzer ist auch deshalb nicht erforderlich, weil sich der Grundsatz strikt auf die Bereiche der Unternehmensmitbestimmung beschränkt, die unter den allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf fallen. Detailvorgaben werden nur insoweit gemacht, als bekannte unionsrechtswidrige Mitbestimmungsregeln in den unionsrechtskonformen Zustand überführt werden. Mitgliedstaaten, die Unternehmensmitbestimmung bereits eingeführt haben, müssen diese weder nach Wirkungsweise noch nach Intensität umgestalten, solange nicht ausländische Belegschaften im Inland mitbestimmungspflichtiger Unternehmen ungleich behandelt werden. Mitgliedstaaten, die überdies Konzernmitbestimmung kennen, müssen nur dafür Sorge tragen, daß – soweit die Konzernzurechnung die Beschäftigten bei Tochterunternehmen erfassen kann – nicht nach dem Sitz der Tochterunternehmen unterschieden wird.
- 273 Auch ist das mitgliedstaatliche Recht nicht derart überreglementiert, daß ein Gleichbehandlungsgrundsatz dem Unionsrechtssetzer vorbehalten bleiben müßte. Der Zugang zur Unternehmensmitbestimmung richtet sich nach der Zugehörigkeit zur Belegschaft eines Unternehmens, also dem Arbeitnehmerstatus, oder der Möglichkeit, von Gewerkschaften als Arbeitnehmervertreter vorgeschlagen zu werden. Beide Wege toleriert der

436 Angenommen durch EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) – Slg. 2005, 9981; Vereinbarkeit mit dem GG bestätigt durch BVerfG vom 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – EuZW 2010, 828.

437 Abgelehnt durch EuGH vom 15.10.2009 – C-101/08 (*Audiolux*) – EuZW 2009, 894.

Grundsatz und verlangt nur eine alle Arbeitnehmer gleichbehandelnde Ausgestaltung.

Der hier festgestellte Grundsatz verlangt zwar eine anteilsgerechte Repräsentierung der europäischen Belegschaften in den Gremien, in denen die Arbeitnehmerbeteiligung nach nationalem Recht erfolgt, doch ist diese Form der Repräsentierung die einzig diskriminierungsfreie⁴³⁸ und somit keine Abwägung erforderlich. Werden Gewerkschaftsvertreter als Arbeitnehmersvertreter eingeschaltet, ist die anteilsgerechte Repräsentierung der Belegschaften zwar komplizierter auszugestalten, um verdeckte Überrepräsentierungen zu vermeiden, doch macht das Unionsrecht insoweit keine Vorgaben, verlangt insbesondere keine europaweite Gleichstellung der einzelstaatlich organisierten Gewerkschaften. Dies bleibt einer Regelung durch die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ selbst vorbehalten. 274

Steht nationales Recht im Widerspruch zu allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts, führt dies nicht zu seiner Unionsrechtswidrigkeit *per se*, sondern ist prinzipiell einer Rechtfertigung zugänglich. 275

VI. Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen

Schließlich sind die Kriterien zu ermitteln, anhand derer ein Verstoß mitgliedstaatlichen Rechts gegen den unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung gerechtfertigt werden kann. 276

1. Rechtfertigungsprinzipien im Unionsrecht

Art. 18 AEUV verbietet Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, die willkürlich sind, weil sie nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind, die nicht auf der Staatsangehörigkeit als solcher basieren. Die fragliche Regelung kann aus objektiven Umständen gerechtfertigt sein, wenn eine Abwägung ergibt, daß sie mit den Vertragszielen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Einklang zu bringen ist.⁴³⁹ 277

In den Entscheidungen zu dem Verbot der Altersdiskriminierung hat der EuGH die Rechtfertigungsmöglichkeiten aus der diesen Gleichbehandlungsgrundsatz konkretisierenden Richtlinie abgeleitet: 278

„Nach Art. 6 Abs. 1 UnterAbs. 1 der Richtlinie 2000/78 stellt eine Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung dar, sofern sie objektiv und angemessen ist und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel,

438 Dazu Rn. 235 ff.

439 Streinz/*ders.*, Art. 12 EGV Rn. 57.

worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“.⁴⁴⁰

- 279 Beschränkungen von Grundfreiheiten sind nach der Gebhard-Formel gerechtfertigt, wenn sie nicht in diskriminierender Weise angewandt werden, zwingende Gründe des Allgemeininteresses verfolgen und zu deren Erreichung geeignet und erforderlich sind.⁴⁴¹

2. Rechtfertigung von Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung

- 280 Der hier festgestellte Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung ist eine besondere Ausformung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, so daß eine Übertragung des Rechtfertigungsmaßstabs aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2000/78/EG prinzipiell in Frage kommt. Allerdings regelt diese Richtlinie merkmalspezifisch den Gleichbehandlungsgrundsatz, während der hier festgestellte Gleichbehandlungsgrundsatz bereichsspezifisch ist und vor allem in der Arbeitnehmerfreizügigkeit und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit wurzelt. Als Rechtfertigungsmaßstab können deshalb nur zwingende Gründe des Allgemeininteresses in Betracht kommen, welchen das nationale Recht in geeigneter Weise Rechnung trägt und über das dafür erforderliche Maß nicht hinausgeht.

VII. Fazit

- 281 Aus dem Unionsrecht läßt sich ein allgemeiner Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung herleiten, der eine anteilsgerechte Repräsentation der Arbeitnehmer nach den Mitgliedstaaten ihres Beschäftigungsortes bei solchen Unternehmen verlangt, die nach dem für sie geltenden mitgliedstaatlichen Recht ihren Arbeitnehmern und ggf. auch Arbeitnehmern ihrer Tochtergesellschaften Beteiligungsrechte in Unternehmensangelegenheiten zu gewähren haben. Dieser Grundsatz beansprucht dann Geltung, wenn Mitgliedstaaten Unionsrecht mit Mitbestimmungsrelevanz durchführen oder Mitbestimmungsrecht setzen, das auch Sachverhalte mit tatsächlichem oder rechtlichem grenzüberschreitendem Bezug erfassen kann.

440 EuGH vom 19.1.2010 – C-555/07 (*Küçükdeveci*) – NZA 2010, 85 (Rn. 33); vgl. vom 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) – Slg. 2005, 9981 (Rn. 58).

441 *Streinz*, Europarecht, Rn. 804.

Inwiefern das deutsche Mitbestimmungsrecht mit diesem Grundsatz vereinbar oder unvereinbar ist, wird gesondert untersucht.⁴⁴²

442 Dazu Rn. 330 ff.

§ 3 Systemimmanente Ungleichbehandlungen

282 Systemimmanente Ungleichbehandlungen sind Gleichbehandlungsprobleme, die das allgemeine Mitbestimmungsrecht an sich hervorbringt. Sie folgen prinzipiell aus dem gemeinsamen Regelungsansatz der allgemeinen Mitbestimmungsgesetze (DrittelbG und MitbestG), ohne daß sie in beiden Niederschlag gefunden haben müssen. Ungleichheiten bestehen sowohl hinsichtlich der von der Mitbestimmung überhaupt erfaßten Unternehmen, als auch hinsichtlich der mitbestimmungsberechtigten Arbeitnehmer.

A. Mitbestimmungsfreie Unternehmen

I. Mitbestimmungsfreiheit von Einzelunternehmen

283 „Unternehmen“ im mitbestimmungsrechtlichen Sinne ist nicht jede wirtschaftliche Organisations- und Wirkungseinheit, die Entscheidungen mit Wirkung für ihre Arbeitnehmer trifft. Der *organbeteiligende, gesellschaftsrechtsakzessorische Regelungsansatz* der deutschen Mitbestimmung verlangt vielmehr, daß das Unternehmen gesellschaftsrechtlich anerkannte Organe aufweist, welche zum Anknüpfungspunkt für die Arbeitnehmerbeteiligung gemacht werden können. Tritt eine natürliche Person als Unternehmer auf, gibt es in diesem sog. Einzelunternehmen aber keine Unternehmensorgane, weil die natürliche Person mit dem Unternehmen identisch ist und deshalb auch das Unternehmen als solches selbst handeln kann. Gleich wie viele Arbeitnehmer ein Einzelunternehmen beschäftigt, kann schon mangels Existenz eines Unternehmensorgans bei ihm keine Beteiligung der Arbeitnehmer in Unternehmensfragen nach den Mitbestimmungsgesetzen stattfinden.⁴⁴³ Auch nach dem *Haftungsprinzip* können Einzelunternehmen nicht von ihren Arbeitnehmern mitbestimmt werden, weil der Einzelunternehmer unbeschränkt persönlich für seine Entscheidungen haftet.

II. Mitbestimmungsfreiheit von Personengesellschaften

1. GbR, OHG, KG

284 Schließen sich mehrere natürliche Personen zur gemeinsamen Verfolgung eines unternehmerischen Zwecks zusammen, bildet diese Unternehmung zwar eine Gesellschaft zur Gesamthand, die als sog. Personengesellschaft selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Je nach

⁴⁴³ Kübler/Schmidt/Simitis, Mitbestimmung, S. 250.

Geschäftsumfang und interner Aufgabenverteilung handelt es sich dabei um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), eine Offene Handelsgesellschaft (OHG) oder eine Kommanditgesellschaft (KG). Die Versammlung der Personengesellschafter ist aber kein taugliches Mitbestimmungsgremium, denn es handelt sich nicht um ein gesellschaftsrechtlich gefordertes Organ, geschweige denn um einen Aufsichtsrat. Wie Einzelunternehmen bestehen Personengesellschaften aus natürlichen Personen und können selbst durch ihre Gesellschafter handeln, ohne auf ein besonderes Gremium angewiesen zu sein. Unabhängig von der Anzahl ihrer Beschäftigten können Personengesellschaften deshalb nach dem *Aufsichtsratsdogma* – wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter aber auch nach dem *Haftungsprinzip* – nicht der Unternehmensmitbestimmung unterfallen.⁴⁴⁴

2. Keine Arbeitnehmerzurechnung bei der kapitalistischen KGaA

Die KGaA ist zwar formal auch eine Personengesellschaft, materiell 285 handelt es sich freilich um eine Mischform aus KG und AG.⁴⁴⁵ Da sie zwingend einen Aufsichtsrat hat (§ 287 AktG) und dem Mitbestimmungsrecht unterfällt, stellt sie aus Sicht des *Aufsichtsratsdogmas* keine Systemwidrigkeit dar. Aus Sicht des *Haftungsprinzips* sind zwar die persönlich haftenden Komplementäre (§ 278 Abs. 1 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 128 HGB) mit einem mitbestimmten Aufsichtsrat nicht zu vereinbaren, doch sowenig dadurch das Haftungsprinzip als Erklärungsansatz für den Geltungsbereich der Mitbestimmung widerlegt wird, ist die Mitbestimmung der KGaA auch keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung, weil der auf Überwachung der Komplementäre beschränkte Aufsichtsrat und damit die dort vertretenen Arbeitnehmer keinen wesentlichen Einfluß auf unternehmerische Entscheidungen haben.⁴⁴⁶

Hat eine KGaA allerdings keinen persönlich haftenden Komplementär, 286 weil dieser keine natürliche Person, sondern eine GmbH oder AG ist (kapitalistische KGaA),⁴⁴⁷ bleibt dieses Gesellschaftskonstrukt *als solches* mitbestimmungsfrei, d.h. die KGaA und ihre Komplementärgesellschaft können jeweils für sich nach allgemeinen Regeln mitbestimmt sein, aber eine § 4 MitbestG entsprechende Arbeitnehmerzurechnung der Beschäftigten der KGaA zur Komplementärgesellschaft findet nicht statt. Eine *GmbH & Co. KGaA*, die von ihren insgesamt 2.100 Arbeitnehmern

444 Kübler/Schmidt/Simitis, Mitbestimmung, S. 250.

445 Raiser/Veil, Kapitalgesellschaftsrecht, § 23 Rn. 3.

446 Dazu Rn. 20; Hauth, Probleme des VVaG, S. 174 f.; Raiser/Veil, Kapitalgesellschaftsrecht, § 23 Rn. 34.

447 Eine solche Konstruktion ist zulässig, BGH vom 24.2.1997 – II ZB 11/96 – NJW 1997, 1923; vgl. nun auch § 279 Abs. 2 AktG (angepaßt zum 1.7.1998).

bei der GmbH 200 und bei der KGaA 1.900 anstellt, hat nur einen drittelparitätisch mitbestimmten KGaA-Aufsichtsrat (die GmbH bleibt mitbestimmungsfrei), während bei einer solchen *GmbH & Co. KG* die Arbeitnehmer der KG der GmbH (unter den weiteren Voraussetzungen des § 4 MitbestG) zugerechnet werden und damit der GmbH-Aufsichtsrat paritätisch zu besetzen ist (die KG bleibt mitbestimmungsfrei). Bei gleicher Belegschaftsverteilung hat also die GmbH & Co. KGaA nur einen drittelmitbestimmten Aufsichtsrat mit stark eingeschränkten Befugnissen, während die GmbH & Co. KG einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat mit allen Befugnissen hat, die das GmbHG und das MitbestG, insbesondere § 4 Abs. 2 MitbestG ihm einräumen.

- 287 Dieser Zustand wird vielfach als unbefriedigend empfunden und deshalb eine analoge Anwendung des § 4 MitbestG auf die kapitalistische KGaA befürwortet.⁴⁴⁸ Art. 3 Abs. 1 GG erfordert eine Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA indes nicht, weil nicht wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird. Im Unterschied zur Kapitalgesellschaft & Co. KG droht bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA keine „Flucht aus der Mitbestimmung“ durch Wahl einer atypischen Personengesellschaft als Rechtsform⁴⁴⁹, denn die KGaA unterfällt – im Gegensatz zur KG – der Mitbestimmung. Ihrer Atypik wurde also bereits anderweitig Rechnung getragen. Die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer der KGaA sind wegen der geringen Aufsichtsratsbefugnisse zwar nur „gezähmt“,⁴⁵⁰ aber immerhin weitreichender als bei der mitbestimmungsfreien KG. Freilich werden die materiellen Mitbestimmungsrechte gemindert, wenn sich eine quasi-paritätisch mitbestimmte AG in eine GmbH & Co. KGaA umwandelt (§ 191 UmwG), und der Aufsichtsrat der KGaA nunmehr zwar weiterhin paritätisch besetzt ist, aber nicht mehr dieselben weitreichenden Befugnisse hat. Doch ändert eine GmbH oder AG als Komplementär daran nichts.⁴⁵¹ Während eine GmbH & Co. KG mit 10.000 Arbeitnehmern bei der KG und 100 bei der GmbH als unternehmerische Einheit unter teleologischen Gesichtspunkten sinnvollerweise unter Wahrung des Haftungsprinzips in die Mitbestimmung einbezogen werden kann (das Aufsichtsratsdogma gebietet dies freilich nicht), ist dies eine GmbH & Co. KGaA bereits.⁴⁵²

448 WWKK/Koberski, § 4 MitbestG Rn. 13; Joost, ZGR 1998, 334 (343 ff.); GK-AktG/Oetker, § 4 MitbestG Rn. 2; Raiser/Veil, § 4 MitbestG Rn. 5a; Steindorff, FS Ballerstedt, S. 127 (138); Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 MitbestG Rn. 40 f.

449 So die *ratio* des § 4 MitbestG, vgl. BegrRegE zum MitbestG, BT-Drs. 7/2172, S. 20; GK-AktG/Oetker, § 4 MitbestG Rn. 3.

450 GK-AktG/Oetker, § 4 MitbestG Rn. 2.

451 Insoweit zutreffend Joost, ZGR 1998, 334 (338).

452 Zutreffend Jaques, NZG 2000, 401 (404).

Warum gerade eine Arbeitnehmerzurechnung das gesellschaftsrechts- **288**
 akzessorische Mitbestimmungsdefizit bei der KGaA ausgleichen soll,
 während nach dem Haftungsprinzip doch eine mitbestimmungsrechtliche
 Angleichung der Aufsichtsratsbefugnisse der kapitalistischen KGaA an die
 der ebenfalls ohne persönlich haftenden Gesellschafter auskommenden
 AG viel näher liegen⁴⁵³ und das gleiche Ergebnis hervorbringen würde,
 bleibt offen. Aus Sicht des Gleichheitssatzes steht nur eins fest: So wie das
 „Mitbestimmungsgefälle“ von der AG über die KGaA bis hin zur KG als
 Ausdruck der Gesellschaftsrechtsakzessorietät des Mitbestimmungsrechts
 und damit der gesetzgeberischen Entscheidungsfreiheit hinzunehmen ist,
 ist auch das Gefälle von der Kapitalgesellschaft & Co. KG zur KGaA
 hinzunehmen, sei es eine kapitalistische oder eine klassische KGaA. Auch
 wenn die Komplementärgesellschaft der KG über starken Einfluß auf die
 Entscheidungen des ganzen Unternehmens verfügt und deshalb Mit-
 bestimmung sinnvoller Weise bei ihr statt findet (aber nach dem Auf-
 sichtsratsdogma auch nur bei ihr stattfinden kann), ist die disparate Mit-
 bestimmung der KGaA-Komplementärgesellschaft und der dazugehörigen
 KGaA ein anderer Tatbestand, an den der Gesetzgeber unterschiedliche
 Rechtsfolgen knüpfen kann.⁴⁵⁴ Er würde sich überdies dem Vorwurf der
 Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem aussetzen, wenn eine
 Arbeitnehmerzurechnung bei der kapitalistischen KGaA stattfände, denn
 dann hätte die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA – wenn mit der Arbeit-
 nehmerzurechnung nicht zugleich eine *-wegrechnung* verbunden wäre –
 zwei quasi-paritätisch mitbestimmte Aufsichtsräte, worauf die
 kapitalistische KG nicht verweisen kann.⁴⁵⁵

Das Fehlen einer Regelung zur Arbeitnehmerzurechnung bei der **289**
 kapitalistischen KGaA ist folglich nicht gleichheitswidrig. Ob *deshalb* eine
 analoge Anwendung von § 4 MitbestG auf die kapitalistische KGaA

453 Dafür *Steindorff*, FS Ballerstedt, S. 127 (139); dagegen *Joost*, ZGR 1998, 334 (343).

454 *Bayreuther*, JuS 1999, 651 (565); a.A. *Joost*, ZGR 1998, 334 (345): „Die Leitungsstruktur im Hinblick auf die Führung von Arbeitnehmern unterscheidet sich bei KGaA und KG nicht wesentlich“.

455 *Bayreuther*, JuS 1999, 651 (656); insoweit zutreffend *Steindorff*, FS Ballerstedt, S. 127 (139); widersprüchlich *Joost*, ZGR 1998, 334 (345), einerseits: „Die analoge Anwendung auf die kapitalistische KGaA führt im Ergebnis zu keinen weiteren Mitbestimmungsfolgen als die unmittelbare Anwendung bei der GmbH & Co. KG“ und *Joost*, a.a.O. (351), andererseits: Die aus einer AG umgewandelte GmbH & Co. KGaA müßte auf eine Mehrheitsidentität bei GmbH und KGaA verzichten, um eine analoge Anwendung von § 4 MitbestG zu vermeiden, „andernfalls wäre nicht weniger, sondern mehr Mitbestimmung gegeben“.

ausscheidet, kann dahinstehen. Jedenfalls hat der BGH diesem Ansinnen eine klare Absage⁴⁵⁶ erteilt:

„Es kann nicht Aufgabe der Gerichte sein, den auf politischem Wege gefundenen Mitbestimmungskompromiß durch eine – wie auch immer geartete – Rechtsfortbildung zu korrigieren. Es ist allein Sache des Gesetzgebers, das Mitbestimmungsgesetz den neuen Gegebenheiten anzupassen, wenn er der Ansicht sein sollte, die KGaA ohne natürliche Person als persönlich haftende Gesellschafterin müsse der Mitbestimmung unterworfen werden“.⁴⁵⁷

- 290 Eine Konzernzurechnung nach §§ 2 DrittelbG, 5 MitbestG bleibt freilich auch innerhalb der kapitalistischen KGaA möglich, wenn die KGaA von ihrer Komplementärgesellschaft im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG beherrscht wird, wofür die bloße Komplementäreigenschaft allerdings nicht ausreicht.⁴⁵⁸

3. Keine Arbeitnehmerzurechnung bei der kapitalistischen OHG

- 291 Bilden mehrere Kapitalgesellschaften ein *Joint Venture* in der Rechtsform einer OHG, ohne daß außerdem auch natürliche Personen als Gesellschafter auftreten, ist diese kapitalistische OHG (Kapitalgesellschaften & Co. OHG) aus Sicht des *Haftungsprinzips* prinzipiell mitbestimmungstauglich.⁴⁵⁹ Freilich verhindert das *Aufsichtsratsdogma* die unmittelbare Mitbestimmung der OHG, der analog § 4 MitbestG die Arbeitnehmer ihrer Gesellschafterunternehmen zugerechnet werden könnten, weil die OHG nicht aufsichtsratsstauglich ist. Das Mitbestimmungsrecht zwingt die kapitalistische OHG auch nicht zur Errichtung eines Aufsichtsrates, weil das Prinzip der Selbstorganschaft ein solches Gremium nicht erfordert und ein mitbestimmungsrechtlicher Aufsichtsratszwang folglich ein systemwidriger Übergriff in das Gesellschaftsrecht wäre.⁴⁶⁰

456 Kessler, NZG 2005, 145 (149) m.w.N. zu dieser Einschätzung.

457 BGH vom 24.2.1997 – II ZB 11/96 – NJW 1997, 1923 (1925); ebenso Bayreuther, JuS 1999, 651 (656); Jaques, NZG 2000, 401 (404 f.); ähnlich bereits Bayer, ZGR 1977, 173 (193); dagegen Joost, ZGR 1998, 334 (338): „Darüber hinaus muß aber festgestellt werden, daß diese Passage des Beschlusses besser ungeschrieben geblieben wäre“.

458 Jaques, NZG 2000, 401 (404) m.w.N.; insoweit auch zutreffend Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 MitbestG Rn. 40a; dagegen sieht Joost, ZGR 1998, 334 (346 ff.), keinen Fall, in dem *konzernrechtlich* eine Beherrschung vorliegen könnte.

459 Säcker, DB 2003, 2535.

460 Säcker, DB 2003, 2535 (2536): „Die analoge Anwendung des § 4 MitbestG auf die OHG würde mehr Lücken aufreißen als schließen. Eine ‚unglücklichere‘ richterliche Rechtsfortbildung, die weit über die dem Richter gesetzten Grenzen hinausschösse, ließe sich kaum denken“.

Allerdings kann dem Aufsichtsratsdogma dadurch Rechnung getragen werden, daß nicht bei der OHG, sondern bei ihren Gesellschafterunternehmen, die in einer mitbestimmungsgerechten Rechtsform organisiert sind, die Aufsichtsräte mitbestimmt werden („mediatisierte Unternehmensmitbestimmung“).⁴⁶¹ Da aber wenigstens zwei Unternehmen Gesellschafter einer OHG sein müssen, stellt sich unweigerlich die Frage, welche Arbeitnehmer welchem Gesellschafter zugerechnet werden sollen, um die kapitalistische OHG als unternehmerische Einheit mitzubestimmen. Nach dem gesetzlichen Grundmodell sind die Gesellschafter einer OHG gleichberechtigt, stimmen „nach Köpfen“ ab und treffen grundlegende Entscheidungen einstimmig (§ 119 HGB). Nach welchen abstrakt-generellen Maßstäben der mitzubestimmende *primus inter pares* ermittelt werden soll (sofern es ihn überhaupt gibt), bleibt offen.⁴⁶²

Solange nicht die Voraussetzungen der Konzernmitbestimmung nach § 2 DrittelbG bzw. § 5 MitbestG erfüllt sind, ist die kapitalistische OHG eher einem vom Mitbestimmungsrecht nicht erfaßten *Gleichordnungskonzern* (§ 18 Abs. 2 AktG) vergleichbar, als einer Kapitalgesellschaft & Co. KG.⁴⁶³ Mitbestimmung in allen Aufsichtsräten aller OHG-Gesellschafterunternehmen verbunden mit einer wechselseitigen Arbeitnehmerzurechnung führte zu einer absurden Mitbestimmungskumulation⁴⁶⁴ und könnte doch nicht das übergeordnete zentrale Entscheidungsgremium bei der OHG erfassen.⁴⁶⁵ Der Gesellschafterversammlung der OHG ist aber kein Aufsichtsrat zur Seite zu stellen, weil die Gesellschafter kein Interesse an der Selbstkontrolle ihrer eigenen Entscheidungen haben. Das gesellschaftsrechtsakzessorische Aufsichtsratsdogma würde zugunsten eines „Unternehmensrats“ aufgeben⁴⁶⁶, was nur der Gesetzgeber im Zuge der Schaffung eines kohärenten Unternehmensverfassungsrechts könnte, gleichheitsrechtlich aber nach derzeitiger Systematik des Mitbestimmungsrechts nicht gefordert ist. „Die analoge Anwendung des § 4 MitbestG auf die OHG mit mehreren juristischen Personen wäre weder aus der legislativen Ratio des § 4 MitbestG noch aus dem Sinngehalt des

461 Säcker, DB 2003, 2535 (2536).

462 Säcker, DB 2003, 2535 (2536).

463 Säcker, DB 2003, 2535 (2537).

464 Anschaulich Säcker, DB 2003, 2535 (2536 f.).

465 Freilich kann ein Wirtschaftsausschuß bei der OHG zu bilden sein, dessen Mindestarbeitnehmerzahl im Gemeinschaftsbetrieb entgegen dem Wortlaut des § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG durch Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer aller beteiligten Betriebe ermittelt wird, BAG vom 1.8.1990 – 7 ABR 91/88 – NZA 1991, 643 (644).

466 Dazu Rn. 7.

Gesetzes gerechtfertigt, sondern würde das Mitbestimmungstelos, so wie es im MitbestG rechtsformspezifisch verwirklicht ist, desavouieren“.⁴⁶⁷

III. Mitbestimmungsfreiheit von Stiftungen

- 294 Stiftungen im Sinne der §§ 80 ff. BGB sind rechtsfähige Organisationen ohne Mitglieder, welche bestimmte, durch den Stiftungsakt festgelegte Zwecke mit Hilfe eines Vermögens verfolgen, das diesen Zwecken dauernd gewidmet ist und grundsätzlich nicht verändert werden darf.⁴⁶⁸ Sie können einen Aufsichtsrat haben⁴⁶⁹, doch dieser ist im geschriebenen Stiftungsrecht weder als obligatorisches noch als fakultatives Organ vorgesehen, weil die Stiftung keine „Anteilseigner“ im weiteren Sinne hat, welche die Stiftungspolitik kontrollieren könnten – die Kontrolle der Einhaltung des Stiftungszwecks obliegt dem Staat.⁴⁷⁰ Deswegen ist die Stiftung aber nicht „für eine Mitbestimmung besonders offen“,⁴⁷¹ denn die deutsche Mitbestimmung folgt dem Aufsichtsratsdogma, das sich gerade in der Mitbestimmungsfreiheit materiell aufsichtsratsungeeigneter Unternehmen (wie Stiftungen) verdeutlicht. Aus Respekt vor dem Stiftungsrecht hat der Gesetzgeber auf schwerwiegende Struktureingriffe durch das Mitbestimmungsrecht verzichtet,⁴⁷² was unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten nicht zu beanstanden ist.

IV. Mitbestimmungsfreiheit von Tendenzunternehmen

- 295 Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 DrittelbG sowie § 1 Abs. 4 MitbestG werden Unternehmen von der Mitbestimmungspflicht ausgenommen, die
- unmittelbar oder vorwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen dienen, oder
 - unmittelbar oder vorwiegend Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG anzuwenden ist, dienen, oder

467 Säcker, DB 2003, 2535 (2537); a.A. aber allesamt mit dürftiger Begründung WWKK/Koberski, § 4 MitbestG Rn. 13; Raiser/Veil, § 4 MitbestG Rn. 5; Ulmer/Habersack/Henssler, § 4 MitbestG Rn. 7.

468 BayObLG vom 25.10.1972 – BReg. 2 Z 56/72 – NJW 1973, 249.

469 Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 MitbestG Rn. 31.

470 BGH vom 3.3.1977 – III ZR 10/74 – NJW 1977, 1148; MüKo-BGB/Reuter, vor § 80 Rn. 70.

471 So aber Naendrup, BlStSozArbR 1976, 164 (165).

472 WWKK/Koberski, § 1 MitbestG Rn. 14; Kübler/Schmidt/Simitis, Mitbestimmung, S. 250, stellen (wenig einleuchtend) auf das staatliche Genehmigungserfordernis (§ 80 Abs. 1 BGB) ab.

- Religionsgemeinschaften oder zu ihnen gehörige karitative und erzieherische Einrichtungen sind.

Diese Ausnahme dient dazu, die Freiheit zu geistig-ideeller Tendenzbildung, Tendenzverfolgung und Tendenzvermittlung zu sichern und auf der Ebene der Unternehmensleitung von mitbestimmungsrechtlichen Einflüssen freizuhalten.⁴⁷³ Der Tendenzschutz, genauer: der Schutz der Tendenzunternehmen vor Mitbestimmung, rechtfertigt sich aus den besonderen Freiheitsgrundrechten, die die genannten Unternehmen für sich in Anspruch nehmen können: Art. 4, 140 GG für Religionsgemeinschaften, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG für Medien, Art. 5 Abs. 3 GG für Kunst und Wissenschaft, Art. 9 Abs. 3 GG für Koalitionen und Art. 21 GG für Parteien.⁴⁷⁴ Da die Mitbestimmungsfreistellung nur eintritt, wenn die Unternehmen „unmittelbar oder überwiegend“ Tendenzzwecken dienen, ist die Ungleichbehandlung gegenüber tendenzfreien und deshalb mitbestimmten Unternehmen verhältnismäßig.⁴⁷⁵ Zwar kommt es bei Religionsgemeinschaften und ihren karitativen und erzieherischen Einrichtungen nicht auf ein Überwiegen der Tendenzverfolgung an, allerdings können sie gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV auf ein verfassungsrechtlich garantiertes Selbstverwaltungsrecht verweisen, das ihre Privilegierung rechtfertigt.⁴⁷⁶ Die Parallelvorschrift des § 112 BPersVG formuliert klarstellend: „Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform; ihnen bleibt die selbständige Ordnung eines Personalvertretungsrechtes überlassen“.

Daß Unternehmen, die rein karitative Zwecke verfolgen, keinem besonderen Grundrechtsschutz unterstehen, steht ihrer Einbeziehung in den Tendenzschutzkatalog nicht entgegen. Zwar ist aus Mitbestimmungssicht eine erwerbswirtschaftliche Ausrichtung des Unternehmens nicht erforderlich⁴⁷⁷ und kann die fehlende Gewinnerzielungsabsicht eine Mitbestimmungsfreiheit nicht rechtfertigen, weil die Teilhabeinteressen der Arbeitnehmer davon nicht berührt werden.⁴⁷⁸ Doch dienen karitative Unternehmen der Heilung, Milderung oder Abwehr der inneren und

473 Allgem. Meinung, statt vieler *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 56 m.w.N.

474 *BegrRegE* zum MitbestG 1976, BT-Drs. 7/2172, S. 20; *GK-AktG/Oetker*, § 1 MitbestG Rn. 23; *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 56.

475 Im einzelnen *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 58 ff.

476 BVerfG vom 11.10.1977 – 2 BvR 209/76 – NJW 1978, 581 (583); *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 67; a.A. *Ruland*, NJW 1980, 89 (97 f.).

477 *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 36.

478 Dagegen will *GK-AktG/Oetker*, § 1 MitbestG Rn. 23, gerade daraus die Mitbestimmungsfreiheit karitativer Unternehmen rechtfertigen.

äußeren Nöte Heilbedürftiger⁴⁷⁹ und damit dem Schutz des elementaren Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit anderer (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Die mitbestimmungsrechtliche Privilegierung solcher Unternehmen – sofern sie überhaupt in mitbestimmungstauglichen Rechtsformen geführt werden – kann somit als Ausgleich für ihren freiwilligen Einsatz⁴⁸⁰ für die Hilfeleistung im allgemeinen Interesse gesehen werden, die den Gründen für die Mitbestimmungsfreiheit anderer Tendenzunternehmen, insbesondere der auch in ähnlicher Zielrichtung tätigen Kirchen ungleich näher steht, als Unternehmen, die ebenfalls (zumindest theoretisch) keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen und dennoch mitbestimmt sind.⁴⁸¹ Karitative Einrichtungen sind deshalb nicht willkürlich von der Unternehmensmitbestimmung freigestellt. Vielmehr wird dadurch einer Beeinträchtigung ihres ausschließlich fremdnützigen Unternehmenszwecks vorgebeugt.

V. Mitbestimmung bei Gesellschaften ausländischen Rechts

- 298 Daß der rechtsformspezifische Geltungsbereich der Unternehmensmitbestimmung Gesellschaften in nicht-deutscher Rechtsform nicht erfaßt und damit von der deutschen Unternehmensmitbestimmung freistellt, rechtfertigt sich schon aus der Gesellschaftsrechtsakzessorietät des Mitbestimmungsrechts.⁴⁸² Der Gesetzgeber hat besonderes Gesellschaftsrecht (oder Unternehmensrecht) in Gestalt des Mitbestimmungsrechts geschaffen und konnte dabei nur auf dasjenige Recht aufbauen bzw. dasjenige Recht umbauen, was in seiner Gestaltungsmacht lag.⁴⁸³
- 299 Auch kollisionsrechtlich gehört die Unternehmensmitbestimmung in ihrer Form als Organbeteiligung zum Gesellschaftsstatut,⁴⁸⁴ das sich in aller Regel nach dem Gründungsrecht des Unternehmens richtet,⁴⁸⁵ so daß das Mitbestimmungsrecht des Sitzlandes keine Anwendung finden kann.⁴⁸⁶ Ob nach ausländischem Recht gegründete Unternehmen, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlagern oder hier unselbständige Niederlassungen unterhalten, in das deutsche Mitbestimmungsrecht im

479 WWKK/Koberski, § 1 MitbestG Rn. 46; GK-AktG/Oetker, § 1 MitbestG Rn. 29.

480 Wer von Gesetzes wegen zur Hilfeleistung verpflichtet ist, handelt nicht mit karitativer Zielsetzung, WWKK/Koberski, § 1 MitbestG Rn. 46.

481 Zur Mitbestimmung beim VVaG und seinen vermeintlichen Besonderheiten siehe Rn. 384 ff.

482 Behme, ZIP 2008, 351 (354); Junker, NJW 2004, 728 (729); ders., ZfA 2005, 1 (7); Kisker, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 157.

483 Ulmer/Habersack/Henssler, Einl. MitbestG Rn. 35.

484 Junker, ZfA 2005, 1 (5 f.); Riegger, ZGR 2004, 510 (518) m.w.N.

485 Eingehend Kisker, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 47 ff.

486 Kisker, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 157.

Wege der Analogie bzw. Substitution einbezogen werden können, muß hier nicht erörtert werden.⁴⁸⁷ Aus Sicht des nationalen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist ihre Einbeziehung wegen des gesellschaftsrechtsakzessorischen Aufsichtsratsdogmas verfassungsrechtlich nicht zwingend,⁴⁸⁸ weil die Sachverhalte (Unternehmen inländischen und ausländischen Rechts) nicht wesentlich gleich sind.⁴⁸⁹ Die mit einem Aufsichtsratszwang für Unternehmen ausländischen Rechts verbundenen kollisionsrechtlichen Probleme⁴⁹⁰ können die Ungleichbehandlung jedenfalls rechtfertigen.⁴⁹¹

Auch das Europarecht kann eine Gleichbehandlung der mitbestimmten Unternehmen durch das deutsche Recht nicht erzwingen, weil die Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV nach der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Centros*⁴⁹², *Überseering*⁴⁹³, *Inspire Art*⁴⁹⁴ und *Sevic*⁴⁹⁵ gerade verlangt, daß ausländische Unternehmen im Inland uneingeschränkt anzuerkennen und nach ihrem Gründungsrecht (also nicht nach deutschem Gesellschaftsrecht) zu behandeln sind.⁴⁹⁶ Ob das deutsche Mitbestimmungsrecht aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls dennoch Geltung beanspruch könnte,⁴⁹⁷ kann dahin stehen,⁴⁹⁸ denn jedenfalls verlangt das Europarecht nicht nach einer Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Unternehmen für die Zwecke der Mitbestimmung,⁴⁹⁹ weil das Mitbestimmungsrecht insofern nur eine

487 Eingehend *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 157 ff.; *Lubitz*, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 61 ff.

488 Ebenso *Behme*, ZIP 2008, 351 (355).

489 Ebenso *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 163; ähnlich *Leible*, ZGR 2004, 531 (551 f.).

490 *Leible*, ZGR 2004, 531 (552): „schwer handhabbarer Normenmix“; exemplarisch zum Aufsichtsratszwang für die britische Limited *Behme*, ZIP 2008, 351 (354 f.).

491 I.E. ebenso *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 205; ähnlich *Raiser/Veil*, § 1 MitbestG Rn. 15.

492 EuGH vom 9.3.1999 – C-212/97 (*Centros*) – Slg. 1999, 1459.

493 EuGH vom 5.11.2002 – C-208/00 (*Überseering*) – Slg. 2002, 9919.

494 EuGH vom 30.9.2003 – C-167/01 (*Inspire Art*) – Slg. 2003, 10155.

495 EuGH vom 13.12.2005 – C-411/03 (*Sevic*) – Slg. 2005, 10805.

496 *Raiser/Veil*, § 1 MitbestG Rn. 15a m.w.N.

497 Zum Meinungsstand *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 8 m.w.N.

498 Ablehnend *Behme*, ZIP 2008, 351 (356); *Junker*, ZfA 2005, 1 (10 ff.); *Riegger*, ZGR 2004, 510 (518); differenzierend *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 187 ff.; zurückhaltend dagegen *Leible*, ZGR 2004, 531 (552).

499 Ähnlich *Riegger*, ZGR 2004, 510 (520), der die Neutralität des Europarechts hinsichtlich der Unternehmensmitbestimmung betont.

Inländerdiskriminierung⁵⁰⁰ darstellt, die ausländischen Unternehmen mit Verwaltungssitz oder Niederlassung in Deutschland keine Vorteile vorenthält, die inländischen Unternehmen zuteil werden.⁵⁰¹ Aus Beschäftigtensicht gilt freilich – soweit das deutsche Mitbestimmungsrecht nach seinem Regelungsansatz Auslandsbeschäftigte ignoriert – anderes.⁵⁰²

VI. Mitbestimmung bei Gesellschaften europäischen Rechts

- 301 Die Societas Europea (SE), die Societas Cooperativa Europea (SCE) und künftig auch die Societas Privata Europea (SPE)⁵⁰³ sind keine originären Gesellschaften deutschen Rechts, sondern als Europäische Aktiengesellschaft, Europäische Genossenschaft und Europäische Privatgesellschaft im Zuge der Harmonisierung des Unionsrechts eingeführte bzw. einzuführende Gesellschaftsformen für grenzüberschreitende Großunternehmen (SE und SCE) bzw. kleine und mittlere Unternehmen (SPE). Für sie gelten die deutschen Mitbestimmungsgesetze schon aufgrund der enumerativen Rechtsformanknüpfung und der fehlenden Gestaltungsmacht des deutschen Gesetzgebers nicht. Statt dessen werden bei den europarechtlichen Gesellschaften die Regeln der Unternehmensmitbestimmung zwischen Unternehmensleitung und Arbeitnehmerschaft grundsätzlich durch Vereinbarung getroffen.⁵⁰⁴ Maßgeblich hierfür sind die bestehenden Beteiligungsrechte in den Gesellschaften, welche die SE oder SCE gründen (§ 1 Abs. 1 Satz 3 SEBG, § 1 Abs. 1 Satz 3 SCEBG). Eine Abweichung vom deutschen Mitbestimmungssystem stellen die europäischen Gesellschaftsformen nicht dar, vielmehr begründen sie ein eigenes, unionsrechtliches Mitbestimmungssystem.

500 Dazu Rn. 561 ff.

501 I.E. ebenso *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 205.

502 Dazu Rn. 330.

503 Kommissionsvorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM (2008), 396; dazu *Wedemann*, EuZW 2010, 534 ff.; *Wolf/Prinz*, FS Bauer, S. 1171 (1179 ff.).

504 Anders offenbar bei der SPE, für die Art. 34 Entwurf zur SPE-VO (Fn. 503, S. 148) eine mitbestimmungsrechtliche Sitzanknüpfung vorsieht; beachte dazu Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Links-Fraktion, BT-Drs. 17/1933; *Wedemann*, EuZW 2010, 534 (538), sieht in der Mitbestimmungsfrage einen „riesigen Stolperstein“.

B. Mitbestimmung bei Alt-Gesellschaften

I. Rechtslage

Bis zum 9. August 1994 galt für die AG und die KGaA auch unterhalb der 501-Arbeitnehmergrenze Drittelbeteiligung nach den §§ 76 ff. BetrVG 1952 a.F., d.h. ab drei Arbeitnehmern.⁵⁰⁵ Nur Familiengesellschaften waren erst ab 501 Beschäftigten drittelmitbestimmt, § 76 Abs. 6 BetrVG 1952 a.F. Mit Inkrafttreten des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts am 10. August 1994⁵⁰⁶ wurden die AG sowie die KGaA mitbestimmungsfrei gestellt, wenn sie in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen; für vor dem 10. August 1994 eingetragene Gesellschaften blieb es aber bei der prinzipiell belegschaftsgrößenunabhängigen Drittelmitbestimmung (§ 76 Abs. 6 BetrVG 1952 n.F.). „Dass dieser ‚historische Zopf‘ nicht mit dem DrittelbG abgeschnitten worden ist, ist bedauerlich“.⁵⁰⁷ Die „Altersdiskriminierung“ von Alt-Gesellschaften gilt bis heute fort (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, Nr. 2 Satz 2 DrittelbG).

II. Beschränkte Dynamik im Mitbestimmungsrecht

1. Prinzipielle Wandlungsfähigkeit des Mitbestimmungsstatuts

Da die Mitbestimmungsgesetze nur für Unternehmen gelten, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen (Rechtsform, Belegschaftsgröße, Montanquote), und Unternehmen wachsen, schrumpfen oder sich umstrukturieren, ist es eine triviale Erkenntnis, daß sie nicht bis in alle Ewigkeit ein- und demselben oder keinem Mitbestimmungsgesetz unterfallen. Das Mitbestimmungsstatut eines Unternehmens ist ihm nicht angeboren, sondern folgt seiner Struktur grundsätzlich nach. Fällt ein Unternehmen aus dem Geltungsbereich eines Mitbestimmungsgesetzes heraus, ist es selbstverständlich, daß zumindest dieses Gesetz auf dieses Unternehmen fortan keine Anwendung mehr finden kann.⁵⁰⁸ Zur rechtssicheren Begleitung des Wechsels des Mitbestimmungsstatuts steht das Statusverfahren nach den §§ 97 ff. AktG zur Verfügung⁵⁰⁹, daß

505 Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 DrittelbG Rn. 17; Raiser/Veil, § 1 DrittelbG Rn. 6; a.A. Hüffer, § 96 Rn. 12: ab fünf Arbeitnehmern; Fitting/Kraegeloh/Auffarth, BetrVG 1952, 7. Aufl., § 76 Rn. 32 f.: ab einem Arbeitnehmer.

506 Gesetz vom 2.8.1994, BGBl. I 1994, 1961.

507 Seibt, NZA 2004, 767 (768).

508 OLG Naumburg vom 6.2.1997 – 7 U 236/96 – NZA-RR 1997, 177 (179), zur Umwandlung einer mitbestimmten Alt-AG in eine nunmehr mitbestimmungsfreie GmbH.

509 Hüffer, § 96 Rn. 1.

selbstredend auch zum Wegfall einer bisher bestehenden Arbeitnehmerbeteiligung führen kann⁵¹⁰, ohne daß dagegen (verfassungs-)rechtliche Einwendungen erhoben werden.

2. Sondergesetzliche Mitbestimmungserhaltung

- 304 Der Gesetzgeber sieht allerdings beim drohenden Übergang eines Unternehmens vom mitbestimmten zum mitbestimmungsfreien Zustand mitunter Handlungsbedarf, um die Mitbestimmung zu erhalten (Besitzstandswahrung).⁵¹¹ Obwohl ein Unternehmen die Voraussetzungen seines jeweiligen Mitbestimmungsstatuts nicht mehr erfüllt, wird dessen Fortgeltung gesetzlich angeordnet:

a) § 325 UmwG

- 305 Nach § 325 Abs. 1 UmwG finden bei Wegfall der gesetzlichen Voraussetzungen für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat durch Abspaltung oder Ausgliederung die vor der Spaltung geltenden Vorschriften noch für einen Zeitraum von *fünf Jahren* nach dem Wirksamwerden der Abspaltung oder Ausgliederung Anwendung, es sei denn, die Belegschaftsstärke sinkt durch die Übertragung auf *weniger als ein Viertel* der vom Mitbestimmungsstatut geforderten Mindestarbeitnehmerzahl.

b) § 1 MitbestBeiG

- 306 § 1 MitbestBeiG fingiert sogar für das Mitbestimmungsrecht das Fortbestehen von im Zuge eines grenzüberschreitenden Betriebsübergangs dem deutschen Mitbestimmungsregime „verloren gegangener“ Belegschaften, solange die tatsächliche Arbeitnehmerzahl im Unternehmen nicht *weniger als ein Viertel* der gesetzlichen Mindestanforderung beträgt (§ 2 Abs. 2 MitbestBeiG).⁵¹² Eine zeitliche Grenze der Fiktion kennt das MitbestBeiG nicht.

c) § 16 Abs. 2 MontanMitbestErgG

- 307 Eine Mitbestimmungserhaltungsregel gilt auch für Unternehmen im Bereich der Montanmitbestimmung: Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 MontanMitbestErgG findet das Gesetz auf herrschende Unternehmen eines Montankonzerns nach § 3 Abs. 1 MontanMitbestErgG erst dann Anwendung, wenn in sechs aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren der

510 Hüffer, § 96 Rn. 12 f.

511 Eingehend Schupp, Mitbestimmungsbeibehaltung bei Veränderung der Unternehmensstruktur (2001).

512 Dazu Rn. 42.

Umsatzanteil der unter das MontanMitbestG fallenden Unternehmen an den Umsätzen sämtlicher Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen *mehr als die Hälfte* betragen hat (Montanquote). Unterfällt ein Unternehmen bereits dem MontanMitbestErgG, entfällt bei ihm die montane Konzernmitbestimmung allerdings erst wieder, wenn in sechs aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren die Montanquote *weniger als ein Fünftel* beträgt (§ 16 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 MontanMitbestErgG). Zwei identische Unternehmen mit einer Montanquote von beispielsweise 40 Prozent können also zur gleichen Zeit unterschiedlichen Mitbestimmungsstatuten unterfallen, je nachdem ob sie von einer hohen Montanquote absinken (Alt-Montanunternehmen) oder von einer niedrigen aufsteigen (Neu-Montanunternehmen).

Das BVerfG hat dazu ausgeführt:

308

„Die Festsetzung unterschiedlicher Montan-Wertschöpfungsquoten für den Austritt aus der und den Eintritt in die Montan-Mitbestimmung ist mit Art. 3 Abs. 1 GG noch vereinbar. Zwar wirken sich hier [...] die unterschiedlichen Konsequenzen der Mitbestimmungsstatute auf Unternehmen aus, die hinsichtlich ihres Montan-Bezugs ähnlich strukturiert sind und in einem Konkurrenzverhältnis stehen. Die Spanne von 30% zwischen Montan-Eintritts- und Austrittsquote kann sogar dazu führen, daß relativ montanferne Altunternehmen der Montan-Mitbestimmung verhaftet bleiben, während relativ montannahe Obergesellschaften dem Mitbestimmungsstatut nicht unterworfen werden. Andererseits fällt aber ins Gewicht, daß der Gesetzgeber die Unterschiede im Mitbestimmungsstatut nicht tiefgreifend ausgestaltet hat, ferner dem Ziel der Kontinuitätswahrung hohen Rang beimessen durfte und schwerwiegende Verzerrungen des Wettbewerbs aufgrund der unterschiedlichen Organisationsstruktur, die infolge der Regelung gilt, nicht befürchten mußte. Unter Zugrundelegung des Gleichheitsmaßstabs, der hier Anwendung findet, kann daher dieses Unterscheidungsmerkmal noch als hinnehmbar angesehen werden“.⁵¹³

3. Mitbestimmungserhaltung bei Alt-Gesellschaften

Die Regelungen des DrittelbG zu Alt-Gesellschaften (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, Nr. 2 Satz 2 DrittelbG) kennen überhaupt keine Übergangsregelung, mit Hilfe derer vor dem Stichtag eingetragene Gesellschaften unter das gleiche Mitbestimmungsrecht gelangen können, wie nach dem Stichtag eingetragene Gesellschaften. Weder ist eine Fünf-Jahres-Grenze noch eine 25-Prozent-Grenze vorgesehen. Eine Anknüpfung an Veränderungen des Unternehmenszwecks scheidet ohnehin aus. Die Stichtagsregelung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, Nr. 2 Satz 2 DrittelbG dient somit ausschließlich der Wahrung des erworbenen Mitbestimmungsbesitzstandes. Ob sich eine Alt-

309

513 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (399).

Gesellschaft mittels einer doppelten Rechtsformänderung selbst „verjüngen“ und die Gleichbehandlung mit Neu-Gesellschaften herbeiführen kann, ist allerdings umstritten.⁵¹⁴

- 310 Im Unterschied zu den Mitbestimmungserhaltungsregelungen des UmwG und des MitbestBeiG, ja sogar des MontanMitbestErgG, ist die des DrittelbG allerdings nicht der Änderung tatsächlicher Umstände, insbesondere Veränderungen der Unternehmensstruktur geschuldet,⁵¹⁵ sondern einer Änderung der Rechtslage. Es ist nicht das bislang mitbestimmte Unternehmen, dessen Beschäftigtenzahl oder dessen montane Wertschöpfungsquote nicht mehr den mitbestimmungsrechtlichen Mindestanforderungen genügt. Es ist der Reformgesetzgeber, der Kapitalgesellschaften mit nicht mehr als 500 Arbeitnehmern von der Unternehmensmitbestimmung freistellen wollte. Um diesen Rückschritt politisch vermittelbar zu machen, hat er für Alt-Gesellschaften die bisherige Rechtslage beibehalten.
- 311 Will der Gesetzgeber eine bislang nicht notwendige Mindestanzahl von Beschäftigten zur Voraussetzung von Unternehmensmitbestimmung machen, muß er für die bislang mitbestimmten Alt-Gesellschaften, die nach neuem Recht eigentlich mitbestimmungsfrei werden, eine Regelung finden: Er kann sie ebenfalls mit sofortiger Wirkung mitbestimmungsfrei stellen; er kann sie für einen Übergangszeitraum noch mitbestimmt lassen; er kann die Mandate der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auslaufen lassen und die Unternehmen erst nach Ausscheiden des letzten Arbeitnehmervertreters aus der Mitbestimmung entlassen; er kann Öffnungsklauseln für Alt-Gesellschaften vorsehen, die es ihnen anheim stellen, selbst über Beibehaltung der bisherigen oder Anwendung der neuen Rechtslage zu entscheiden etc. Er kann aber auch für Alt-Gesellschaften die bisherige Rechtslage generell beibehalten. Wie sich der Gesetzgeber entscheidet, fällt grundsätzlich in seine Einschätzungsprärogative, deren Grenzen abstrakt kaum bestimmbar sind.⁵¹⁶ Die spezifische „Übergangsgerechtigkeit“ verlangt aber eine praktische Konkordanz von Änderungsinteresse und Bestandsschutz.⁵¹⁷

514 Dafür *Seibt*, NZA 2004, 767 (768 f.); dagegen *Henssler*, ZfA 2000, 241 (259); *Raiser/Veil*, § 1 DrittelbG Rn. 5.

515 Weswegen sich *Schupp*, Mitbestimmungsbeibehaltung bei Veränderung der Unternehmensstruktur (2001), der Mitbestimmungsbeibehaltung bei Alt-Gesellschaften auch nicht annimmt.

516 *Muckel*, Vertrauensschutz bei Gesetzesänderungen, S. 127 f.

517 *Muckel*, Vertrauensschutz bei Gesetzesänderungen, S. 119.

III. Rechtfertigung

Die ausnahmslose Mitbestimmungserhaltung bei Alt-Gesellschaften mit weniger als 501 Arbeitnehmern bzw. umgekehrt der vollständige Verzicht des DrittelbG auf eine Übergangsregelung als Exit-Option für Alt-Gesellschaften ist ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sich für die Differenzierung zwischen Alt- und Neu-Gesellschaften kein Sachgrund finden läßt, der das Ausmaß der Ungleichbehandlung zu tragen vermag, sprich: die Ungleichbehandlung muß zu dem mit ihr verfolgten Zweck in einem angemessenen Verhältnis stehen. 312

Das BVerfG hat zur Rechtfertigung von § 16 Abs. 2 MontanMitbestErgG ausgeführt, daß der Gesetzgeber die Unterschiede im Mitbestimmungsstatut nicht tiefgreifend ausgestaltet hat, dem Ziel der Kontinuitätswahrung hohen Rang beimessen durfte und schwerwiegende Verzerrungen des Wettbewerbs nicht befürchten mußte.⁵¹⁸ Davon können auf eine eventuelle Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Alt-Gesellschaften nach dem DrittelbG nur die beiden letzten Punkte übertragen werden, denn die Unterschiede im Mitbestimmungsstatut sind zwischen Alt- und Neu-Gesellschaften mit weniger als 501 Beschäftigten mehr als nur unerheblich: Entweder Drittelbeteiligung (Alt-Gesellschaften) oder keine Beteiligung (Neu-Gesellschaften). 313

1. Kontinuitätswahrung

a) Legitimer Zweck

Das Argument der Kontinuitätswahrung, dem der Gesetzgeber nach Auffassung des BVerfG grundsätzlich „hohen Rang“ beimessen darf, basiert auf einer isolierten Betrachtung der Alt-Gesellschaften und der bei ihnen im Einzelfall schon seit 1952, also am Stichtag seit immerhin rund 42 Jahren praktizierten Mitbestimmung. Der in dieser Zeit praktizierten Mitbestimmung sollte Rechnung getragen werden und dafür mußte zwangsweise eine Privilegierung der Neu-Gesellschaften in Kauf genommen werden, wenn zugleich das Reformziel der Deregulierung des Aktienrechts für kleinere (Neu-)Gesellschaften erreicht werden sollte. 314

Die Stichtagsregelung verfolgt den von der Verfassung nicht verbotenen und damit grundsätzlich legitimen Zweck, eine Mitbestimmungspraxis in den Unternehmen zu erhalten, die eine solche erworben haben.⁵¹⁹ Mitbestimmungserhaltungsregeln sind – wie oben aufgezeigt⁵²⁰ – keineswegs 315

518 Dazu Rn. 308.

519 Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/7848, S. 10; *Schupp*, Mitbestimmungsbeibehaltung, S. 103.

520 Rn. 304 ff.

ein Fremdkörper im Mitbestimmungsrecht⁵²¹ oder reiner Selbstzweck. Es ist zumindest nicht lebensfremd anzunehmen, daß es dem Betriebsfrieden dienlich ist, ein eingespieltes Miteinander von Anteilseignern und Arbeitnehmern im Aufsichtsrat zunächst in gewohnter Weise fortzuführen, wenn sich die Unternehmensstruktur nicht geändert hat. Zwar können die individuellen Mitbestimmungserfahrungen in den Unternehmen sehr unterschiedlich ausfallen, doch durfte der Gesetzgeber die typisierende Einschätzung vornehmen, daß in der Mehrzahl der Fälle die einstweilige Fortsetzung der Mitbestimmung gegenüber ihrer sofortigen Abschaffung vorzugswürdig ist.

b) Ungeeigneter Regelungsansatz

- 316 Um diesen Zweck zu erreichen, erscheint die Anknüpfung am 10. August 1994 als Stichtag prinzipiell geeignet, weil an diesem Tag die Änderung des Mitbestimmungsrechts in Kraft getreten ist.⁵²² Dem Betriebsfrieden ist eine Beibehaltung der alten Mitbestimmungsregeln zumindest bei typisierender Betrachtung förderlich, weil die Gesellschaften gelernt haben, mit der Mitbestimmung umzugehen⁵²³ und ihre Abschaffung Friktionen hervorrufen könnte.
- 317 Allerdings ist die Anknüpfung an die *Eintragung der Gesellschaft* ins Handelsregister ungeeignet, weil nicht auf das für die Gesellschaft am Stichtag rechtskräftig festgestellte (§ 99 Abs. 5 Satz 1 AktG) oder rechtsverbindlich bekanntgemachte (§ 97 Abs. 2 Satz 1 AktG) *Mitbestimmungsstatut* abgestellt wird. Der 10. August 1994 war zwar der Tag der Änderung des Mitbestimmungsrechts, steht aber mit der Handelsregister-eintragung der Gesellschaft als solcher in keinem zwingenden Zusammenhang. Mit der Eintragung erlangt die Gesellschaft nur ihre Rechtsfähigkeit.⁵²⁴ Ihr Mitbestimmungsstatut erlangt die Gesellschaft über die §§ 97 ff. AktG. Soll die Mitbestimmungskontinuität in den Alt-Gesellschaften gewahrt werden, muß in diesen auch Mitbestimmung praktiziert worden sein. Da nach § 76 BetrVG 1952 a.F. wenigstens drei Arbeitnehmer zur Mitbestimmung erforderlich waren,⁵²⁵ waren nicht automatisch alle Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, die vor dem 10. August 1994 ins Handelsregister eingetragen worden sind, mitbestimmt. Unternehmen, die zwar vor dem Stichtag eingetragen worden sind, aber erst nach dem Stichtag drei oder mehr Arbeitnehmer

521 A.A. *Raiser*, 66. DJT, Gutachten B, S. 76.

522 Der Zeitpunkt des Inkrafttretens eines Gesetzes selbst bedarf keiner Rechtfertigung, v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 Rn. 256.

523 Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/7848, S. 10.

524 *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 10 Rn. 26.

525 Vgl. Fn. 505 (S. 149).

beschäftigten, konnten gar keine Mitbestimmungspraxis erwerben, die im Interesse des Betriebsfriedens zu erhalten gewesen wäre. Gleiches gilt für Familiengesellschaften, die vor dem Stichtag eingetragen worden sind, aber weniger als 501 Arbeitnehmer beschäftigten und folglich mitbestimmungsfrei waren, ihren Status als Familiengesellschaft aber nach dem Stichtag verloren haben und dadurch mitbestimmungspflichtig geworden sind, ohne je eine Mitbestimmungspraxis erworben zu haben.⁵²⁶

Die Stichtagsregelung ist folglich zur Kontinuitätswahrung ungeeignet, 318 weil sie nicht daran anknüpft, ob am Stichtag im Unternehmen tatsächlich Mitbestimmung stattfand, sondern auf den Zeitpunkt der Eintragung des Unternehmens ins Handelsregister abstellt. Damit wird nicht die vom BVerfG als schützenswert anerkannte *konkret praktizierte* Mitbestimmung, sondern das im Eintragungszeitpunkt *abstrakt geltende* Mitbestimmungsrecht für Alt-Gesellschaften eingefroren. Grenz- und Härtefälle sind zwar jeder Stichtagsregelung immanent und stellen nicht automatisch ihre Geeignetheit in Frage.⁵²⁷ Daß kurz vor dem Stichtag eingetragene, aber bereits mitbestimmte Gesellschaften also nur wenig Mitbestimmungspraxis erwerben konnten, wäre als klassische „Stichtaghärte“ hinzunehmen. Allerdings knüpft die Stichtagsregelung hier – abgesehen vom richtigen Datum – an keinem Tatbestand an, der ihrem Zweck Rechnung trägt. Eine verfassungskonforme Auslegung dahingehend, daß es nicht auf die Handelsregistereintragung, sondern auf die am Stichtag geltende Mitbestimmung ankommen soll, ist mit dem eindeutigen Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, Nr. 2 Satz 2 DrittelbG unvereinbar.⁵²⁸ Die Stichtagsregelung für Alt-Gesellschaften ist somit zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks ungeeignet.

c) Wegfall der Erforderlichkeit

Stichtagsregelungen gehen über das Erforderliche hinaus, wenn der mit 319 ihnen verfolgte Zweck mit milderem Mitteln gleichermaßen zu erreichen gewesen wäre. „Eine Beibehaltungsvorschrift, welche in ihrer Rechtsfolge zu einer unbeschränkten Durchbrechung der Mitbestimmungssysteme führen würde, entspräche nicht mehr dem Gebot einer verhältnismäßigen Gleichheit. Deshalb ist eine Begrenzung der Beibehaltung verfassungsrechtlich geboten“.⁵²⁹

526 Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 DrittelbG Rn. 14; Henssler, ZfA 2000, 241 (260); Raiser/Veil, § 1 DrittelbG Rn. 7.

527 BVerfG vom 8.4.1986 – 1 BvR 1186, 1574, 1704/83; 1 BvR 291, 334, 274/84 – BVerfGE 71, 364 (397); Sachs/Osterloh, Art. 3 Rn. 113.

528 Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 DrittelbG Rn. 14, will die Regelung wenigstens dahingehend (ergänzend) auslegen, daß die Gesellschaft am Stichtag keine Familiengesellschaft war; ebenso Raiser/Veil, § 1 DrittelbG Rn. 7.

529 Schupp, Mitbestimmungsbeibehaltung, S. 104.

- 320 Ein milderes Mittel wäre eine *Öffnungsklausel* für Alt-Gesellschaften, die dadurch selbst entscheiden könnten, beim alten belegschaftsunabhängigen Mitbestimmungsstatut zu bleiben, oder sich durch Aufnahme einer entsprechenden Satzungsbestimmung von der Mitbestimmung loszusagen.⁵³⁰ Zwar ist nicht gesagt, daß automatisch alle Gesellschaften sich ihrer Drittelbeteiligung entledigen, weil im Interesse des Betriebsfriedens und je nach den individuellen Erfahrungen die Fortsetzung der Mitbestimmung insbesondere bei Unternehmen mit langjähriger Mitbestimmungsübung durchaus gewollt sein kann, während sich junge Unternehmen ohne eine solche Praxis eher für eine Abschaffung entscheiden werden. Doch ist eine Öffnungsklausel mit dem zwingenden Charakter des Mitbestimmungsrechts, daß in seinen nicht europarechtlich determinierten Bereichen gerade Konflikte der unternehmerischen Sozialpartner über das „Ob“ der Mitbestimmung vermeiden soll⁵³¹, weniger vereinbar, als die zwingende Stichtagsregelung. Der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bleibt es deshalb anheim gestellt, am zwingenden Mitbestimmungsregime ohne Öffnung zugunsten individueller Lösungen festzuhalten.⁵³²
- 321 Ein milderer Ausgleich von Rechtsänderungs- und Rechtserhaltungsinteresse wäre aber eine *befristete Fortgeltung* der Drittelbeteiligung für Alt-Gesellschaften – beispielsweise in systemkonformer Anlehnung an die Fünf-Jahres-Frist aus § 325 Abs. 1 UmwG. Auch eine Übertragung der 25-Prozent-Grenze hätte zumindest kleine Alt-Gesellschaften mit nicht mehr als 125 Arbeitnehmern den Ausstieg aus der Mitbestimmung ermöglicht und somit eine gestufte Regel geschaffen, die freilich das Gleichbehandlungsproblem für mittelgroße Alt-Gesellschaften nicht gelöst hätte.⁵³³
- 322 Der Gesetzgeber ist nicht gezwungen, allen vielfältigen Besonderheiten der Lebenswirklichkeit Rechnung zu tragen, sondern darf typisierend und pauschalisierend vorgehen.⁵³⁴ Ist eine strenge Stichtagsregelung sachlich nicht zwingend geboten, schlägt dies nicht automatisch in eine Pflicht zur Schaffung von Übergangsrecht um.⁵³⁵ Der Gesetzgeber ist prinzipiell frei darin, bei der Neuregelung einer Materie in bereits entstandene Rechte einzugreifen oder lediglich die Entstehung solcher Rechtspositionen für

530 Zuständig wäre die Hauptversammlung, die grundsätzlich mit Drei-Viertel-Mehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals zustimmen müßte, § 179 Abs. 1, Abs. 2 (i.V.m. § 278 Abs. 3) AktG.

531 Deswegen ist das Statusverfahren nach §§ 97 ff. AktG. zwingend.

532 *Raiser/Veil*, § 1 DrittelbG Rn. 5, heben auch die mit der Stichtagsregelung bewirkte rechtssichere Anwendung des Mitbestimmungsregimes hervor.

533 *Schupp*, Mitbestimmungsbeibehaltung, S. 104, die aber zeitlich unbefristete Arbeitnehmeruntergrenzen für verhältnismäßig hält.

534 *Sachs/Osterloh*, Art. 3 Rn. 104 ff.

535 *Sachs/Osterloh*, Art. 3 Rn. 114.

die Zukunft auszuschließen.⁵³⁶ Weder gibt es ein Grundrecht auf Unternehmensmitbestimmung,⁵³⁷ das Bestands- und Vertrauensinteressen begründen⁵³⁸ und damit die Mitbestimmungserhaltung bei Alt-Gesellschaften verfassungsrechtlich gebieten könnte,⁵³⁹ noch wird die unternehmerische Freiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) oder das Eigentumsrecht der Anteilseigner (Art. 14 Abs. 1 GG) durch Drittelbeteiligung⁵⁴⁰ in Unternehmen mit weniger als 501 Beschäftigten derartig eingeschränkt, daß eine Exit-Option zwingend geboten wäre.⁵⁴¹

Kontinuitätswahrung ist aber kein Dauerargument, sonst würde jeder Anspruch auf Gleichbehandlung im Hier und Jetzt zunichte gemacht. Der Gleichheitssatz gebietet immer aktuell die Gleichbehandlung wesentlich Gleichens. Die Frage ist deshalb, *bis wann*, genauer: ob *heute* zwischen Alt- und Neu-Gesellschaften noch solche Unterschiede bestehen, die ihre Ungleichbehandlung erforderlich machen. Eine Ungleichbehandlung durch Zeitablauf⁵⁴² folgt aus der Stichtagsregelung, weil sich der Sachgrund des Erhalts praktizierter Mitbestimmung bei den Alt-Gesellschaften seit dem Stichtag nicht mehr in gleicher Weise fortsetzt, wie vor dem Stichtag. Die spezifische Kontinuitätswahrung bei Alt-Gesellschaften zehrt nämlich von der gelebten Mitbestimmungspraxis vor dem 10. August 1994. Seit dem 10. August 1994 wird der Besitzstand aufgebraucht, weil ab diesem Tag die Ungleichbehandlung von Alt- und Neu-Gesellschaften mit weniger als 501 Arbeitnehmern beginnt. Von ihrem ursprünglichen Zweck wird die Fortführung der Mitbestimmung in Alt-Gesellschaften dann nicht mehr erfordert, wenn der Betriebsfrieden durch die Aufhebung der Mitbestimmung nicht mehr gefährdet zu werden droht. Dies kann zum Beispiel mit Ablauf der Amtsperiode aller nach altem Recht gewählten Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer angenommen werden, im Einzelfall also längstens fünf Jahre (§ 5 Abs. 1 DrittelbG i.V.m. § 102 Abs. 1 AktG)⁵⁴³ nach der Rechtsänderung. 323

Daß in der Zwischenzeit durch eine Vielzahl von Neugründungen die Minderheitenrolle von den Neu- zu den Alt-Gesellschaften verschoben worden ist, spielt insofern keine Rolle. *Raiser* konstatiert zwar: „Je mehr im Zeitablauf neue Gesellschaften gegründet werden, desto stärker fällt 324

536 *Muckel*, Vertrauensschutz bei Gesetzesänderungen, S. 129.

537 H.M., vgl. nur MüHdbArbR/v. *Hoyningen-Huene*, § 210 Rn. 2 f.

538 Zu diesem Erfordernis *Sachs/Osterloh*, Art. 3 Rn. 114.

539 Zur fehlenden Gebotenheit von Mitbestimmungserhaltungsvorschriften eingehend *Schupp*, Mitbestimmungsbeibehaltung, S. 93 ff.

540 *Ulmer/Habersack/Henssler*, Einl. DrittelbG Rn. 7.

541 Zur wettbewerbsverzerrenden Wirkung aber Rn. 327 f.

542 Eingehend zur Gleichheit in der Zeit *HdbStR/P. Kirchhof*, 2. Aufl., § 125 Rn. 46 ff.

543 *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 15 Rn. 45.

die Diskriminierung der alten ins Gewicht“.⁵⁴⁴ Wie groß der Anteil der Alt-Gesellschaften im Verhältnis zu den Neu-Gesellschaften ist, ist für die Betrachtung des „wesentlich Gleichens“ aber unerheblich. Freilich können keine Alt-Gesellschaften mehr gegründet werden, doch kommt es nicht darauf an, ob noch Zugang zur Gruppe der Diskriminierten besteht, sondern ob der verweigerte Zugang der Diskriminierten zur Gruppe der Besser- oder (wertfrei) Andersgestellten auf sachlichen Gründen beruht und diesen nicht über Gebühr Rechnung getragen wird.

- 325** Die Entscheidung des Gesetzgebers, eine Rechtsänderung des Mitbestimmungsrechts nur *pro futurum* ohne Übergangsmöglichkeit für Altfälle herbeizuführen, läßt sich mit dem Sachgrund der Kontinuitätswahrung ab dem Zeitpunkt nicht mehr rechtfertigen, in dem die Angleichung der Mitbestimmungsstatute keinen so starken Einfluß mehr auf das Verhältnis von Unternehmer und Arbeitnehmern haben kann, daß der Betriebsfrieden ernsthaft in Gefahr wäre. Dafür reicht als Untergrenze ein Auslaufen der Arbeitnehmermandate aus, denn durch jede Neuwahl von Arbeitnehmervertretern in Alt-Gesellschaften ab dem 10. August 1994 perpetuiert sich die Ungleichbehandlung gegenüber Neu-Gesellschaften, während der vor dem Stichtag erworbene Besitzstand immer mehr an Bedeutung verliert. Unter Sonderrecht seit dem 10. August 1994 in Alt-Gesellschaften aufgebaute Mitbestimmungspraxis ist nicht mehr in dem Maße schützenswert, wie die vorher unter dem gleichheitskonformen Rechtszustand geübte Praxis. Seit dem Stichtag wird keiner Rechtsänderung mehr Rechnung getragen, sondern nur noch dem die Rechtsänderung begleitenden Sonderrecht. In alle Ewigkeit Gesellschaften mitbestimmungsrechtlich danach unterschiedlich zu behandeln, ob sie vor dem 10. August 1994 oder an (oder nach) diesem Tag Rechtsfähigkeit erlangt haben, geht deshalb über das Erforderliche hinaus. Die Stichtagsregelung kann und darf nur der durch eine singuläre Änderung des Mitbestimmungsrechts einst drohenden Störung des Betriebsfriedens Rechnung tragen. Für eine darüber hinausgehende Petrifizierung alten Rechts fehlt ihr der Sachgrund.
- 326** Die Stichtagsregelung ist deshalb aus heutiger Sicht nicht mehr erforderlich. In systemkonformer Anlehnung an § 325 Abs. 1 UmwG wäre eine fünfjährige Übergangsfrist angemessen gewesen. Heute ist auch sie es nicht mehr.⁵⁴⁵

544 Raiser, 66. DJT, Gutachten B, S. 76, ähnlich Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 DrittelbG Rn. 14.

545 Ebenso Henssler, ZfA 2000, 241 (260).

2. Wettbewerbsgleichheit

Joost betont die wettbewerbsverzerrende Wirkung der Stichtagsregelung: 327

„Das Argument, die Unternehmensorganisationsstruktur sei schon immer so gewesen und müsse deshalb auch so bleiben, ist ein gänzlich marktwidriges Argument. Der Markt ist in ständiger Bewegung und gibt nichts für die Vergangenheit, sondern ist zukunftsorientiert. Anpassungsfähigkeit ist eine der wichtigsten Eigenschaften, um am Markt bestehen zu können. Richtig ist eine Organisationsstruktur nicht deshalb, weil sie sich in der Vergangenheit bewährt hat, sondern weil sie für die Zukunft geeignet ist. Aus diesem Blickwinkel sind unterschiedliche zwingende organisationsrechtliche Vorgaben für am Markt im Wettbewerb stehende Altunternehmen und Neuunternehmen unakzeptabel. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ‚schwerwiegende Verzerrungen des Wettbewerbs‘ festzustellen oder zu erwarten sind. Ein fairer Wettbewerb setzt einheitliche Bedingungen für die Wettbewerber voraus. Die Gesetzgebung muss, wenn sie zwingende organisationsrechtliche Bedingungen schafft, gleiche Bedingungen gewährleisten. Die Differenzierung zwischen Altunternehmen und Neuunternehmen ist sachwidrig und sollte aufgegeben werden“.⁵⁴⁶

Dem kann zweifelsohne zugestimmt werden.⁵⁴⁷ Sowohl vor dem 10. August 1994 als auch nachher setzte das Mitbestimmungsrecht zwar für sich genommen jeweils gleiche Bedingungen für Wettbewerber in den Rechtsformen AG und KGaA. Die alte Rechtslage für ältere Wettbewerber beizubehalten und nur jüngere Wettbewerber den neuen Mitbestimmungsregeln zu unterstellen, führt aber dazu, daß zwei verschiedene Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen mit nicht mehr als 500 Arbeitnehmern gelten. Dem kann mit Kontinuitätserwägungen jedenfalls aus heutiger Sicht nicht mehr entgegen getreten werden. 328

IV. Fazit

Die besonderen Mitbestimmungsregeln für Alt-Gesellschaften sind schon ihrem Regelungsansatz nach ungeeignet, dem ursprünglichen Ziel der Kontinuitätswahrung wirksam Rechnung zu tragen. Die zeitlich unbeschränkte Fortgeltung alten Mitbestimmungsrechts für Alt-Gesellschaften ist überdies nicht mehr erforderlich, um der eingeübten Mitbestimmung bei Alt-Gesellschaften Rechnung zu tragen. Vielmehr verzerrt die Ungleichbehandlung die Wettbewerbschancen von Alt- und Neu- 329

546 Joost, FS Richardi, S. 573 (582).

547 Ebenso Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 DrittelbG Rn. 14; Raiser, 66. DJT, Gutachten B, S. 76; Seibt, NZA 2004, 767 (768).

Gesellschaften mit weniger als 501 Arbeitnehmern. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, Nr. 2 Satz 2 DrittelbG verstößt deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

C. Mitbestimmung von Auslandsbelegschaften und Arbeitnehmern ausländischer Tochterunternehmen

I. Die Territorialität der deutschen Unternehmensmitbestimmung

- 330 Die Territorialität deutscher Mitbestimmungsregelungen und ihre benachteiligende Wirkung⁵⁴⁸ gegenüber Arbeitnehmern in ausländischen Betrieben und bei ausländischen Tochterunternehmen in europa- und weltweit agierenden Unternehmen und Konzernen ist nicht unbekannt.⁵⁴⁹ Es lassen sich im wesentlichen folgende Konstellationen unterscheiden:
- 331 • Arbeitnehmer deutscher Unternehmen in ausländischen Betrieben⁵⁵⁰ sind weder aktiv noch passiv wahlberechtigt bei den Aufsichtsratswahlen ihres Arbeitgebers, ja zählen nicht einmal bei der Berechnung der Belegschaftsstärke⁵⁵¹ mit.⁵⁵² Die bloße

-
- 548 Zu allgemeinen Schwächen deutscher Mitbestimmung *Säcker*, AG 2008, 17 ff.; *Sandrock*, AG 2004, 57 (60 ff.) m.w.N.; *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235 (240 f.).
- 549 U.a. LG Düsseldorf vom 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451; *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444 (451 ff.); *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610; *Gentz*, NZA 2000, 3 (5); *Habersack*, AG 2007, 641; *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261; *Henssler*, RdA 2005, 330; *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslands- gesellschaften, S. 103 f., 180 ff.; *Lubitz*, Mitbestimmungssicherung und - modernisierung, S. 128 ff.; *Lutter*, FS Zweigert, S. 251 (260 ff.); *Meilicke*, GmbHR 2000, 693 (695); *Prager*, Grenzen der Mitbestimmung, S. 43 ff.; *Rieble*, Mitbestimmung, Rn. 70; *ders.*, FAZ vom 12.6.2010, Nr. 133, S. C2 („Diskriminierende Mitbestimmung“); *M. Schubert*, Unternehmensmitbestimmung, S. 99 f.; *Schlotfeldt*, RdA 1967, 415 (416 f.); *Thüsing*, Europäische Perspektiven, Rn. 28; *Ulmer/Habersack/Henssler*, Einl. MitbestG Rn. 72 ff.
- 550 Nicht bei bloßer „Ausstrahlung“ i.S.d. § 4 Abs. 1 SGB IV; vgl. *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 3 MitbestG Rn. 38 m.w.N.
- 551 Relevant bei § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Satz 1, § 9 Abs. 1, Abs. 2 MitbestG, § 1 Abs. 1 DrittelbG.
- 552 H.M., statt vieler *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 3 MitbestG Rn. 8, § 7 MitbestG Rn. 35 jeweils m.w.N.; vgl. auch schon RAG vom 1.4.1931 – RAG 7/31 – RAGE 12, 111 (112 ff.); Ausschlußbericht zum MitbestG, BT-Drs. 7/4845, S. 4; kritisch *Bernstein/Koch*, ZHR 132 (1979), 522 (531); *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444 (453); *Lutter*, ZGR 1977, 195 (208); für Mitzählen von Auslandsbeschäftigten bei starker Unternehmensbindung LG Frankfurt vom 1.4.1982 – 2/6 Akt E 1/81 – DB 1982, 1312. *Prager*, Grenzen der Mitbestimmung, S. 51 f., will auf die jeweilige ausländische Sozialordnung und deren Äquivalenz gegenüber der deutschen abstellen; ähnlich *Bernstein/Koch*, ZHR 143 (1979), 522 (531 ff.); dagegen *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (613).

Verlegung des Verwaltungssitzes deutscher Gesellschaften ins Ausland (ermöglicht durch das MoMiG⁵⁵³) läßt aber die Mitbestimmung grundsätzlich unberührt.⁵⁵⁴

- Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen, die in ausländischer Rechtsform geführt werden, sind weder aktiv noch passiv wahlberechtigt bei den Aufsichtsratswahlen des Mutterunternehmens und zählen auch nicht bei der Berechnung der Belegschaftsstärke mit, selbst wenn ihr Betrieb im Inland ist.⁵⁵⁵ Auch eine analoge Anwendung von DrittelbG und MitbestG auf Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz (richtig: Substitution⁵⁵⁶) scheidet aus.⁵⁵⁷ Ebensowenig sind hinreichend große inländische Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen analog § 106 VAG in eine mitbestimmte Kapitalgesellschaft deutschen Rechts umzuwandeln.⁵⁵⁸ 332
- Nur Arbeitnehmer, die bei deutschen Enkelgesellschaften deutscher Unternehmen im Inland beschäftigt sind, werden der Konzernspitze zugerechnet und können an den Wahlen zu deren Aufsichtsrat teil- 333

-
- 553 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008; eingehend *Franz/Laeger*, BB 2008, 678 ff.; kritisch *Däubler/Heuschmid*, NZG 2009, 493 (495 f.).
- 554 BegrRegE zum MoMiG, BT-Drs. 16/9737, S. 54 f.; MüKo-AktG/*Altmeyden*, Europ. Niederlassungsfreiheit, Kap. 5 Rn. 60 ff. m.w.N.; *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht, S. 50 ff.; zu praktischen Folgen für die Mitbestimmung *Waldenmaier/Ley*, BB 2009, 1694 (1697 f.).
- 555 H.M., LG Düsseldorf vom 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451 (1452); Ausschlußbericht zum MitbestG, BT-Drs. 7/4845, S. 4; *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 5 MitbestG Rn. 55; *WWKK/Koberski*, § 3 MitbestG Rn. 28; *GK-MitbestG/Schneider*, § 5 Rn. 86; a.A. *Birk*, RIW 1975, 589 (595 f.); *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444 (451 ff.), *GK-MitbestG/Matthes*, § 3 Rn. 20; *Steindorff*, ZHR 141 (1977), 457 (460f.).
- 556 MüKo-BGB/*Kindler*, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 573; MüKo-AktG/*Altmeyden*, Europ. Niederlassungsfreiheit, Kap. 5 Rn. 36.
- 557 *Behme*, ZIP 2008, 351 (354 f.); *Braun*, Sicherung der Unternehmensmitbestimmung, S. 168 ff.; *Brocker*, Mitbestimmung und Corporate Governance, S. 265 f.; *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 157 ff.; *Meilicke*, GmbHR 2000, 693 (695 f.); *Raiser*, 66. DJT, Gutachten B, S. 107; *Sandrock*, AG 2004, 57 (62 ff.); *Thüsing*, Europäische Perspektiven, Rn. 5; a.A. *Habersack*, AG 2007, 641 (645); *Henssler*, in: *Baums/Ulmer*, Unternehmensmitbestimmung in der EU, S. 139.
- 558 MüKo-AktG/*Altmeyden*, Europ. Niederlassungsfreiheit, Kap. 5 Rn. 28 ff. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

nehmen, weil die Zwischenschaltung einer ausländischen Tochtergesellschaft insoweit keine Auswirkungen entfaltet.⁵⁵⁹

- 334 So hat beispielsweise einer der „internationalsten Autobauer der Welt“⁵⁶⁰, die Volkswagen AG, mit rund 151.000 Beschäftigten in deutschen Produktionsgesellschaften zwar einen hälftig mit Arbeitnehmervertretern besetzten Aufsichtsrat nach dem MitbestG, doch die rund 71.400 Beschäftigten in Betrieben und Tochtergesellschaften im EU-Ausland⁵⁶¹ sind dort ohne Vertretung, können nicht an dessen Wahl teilnehmen und zählen nicht einmal bei der Berechnung der Belegschaftsstärke mit.⁵⁶²
- 335 Damit gibt es innerhalb ein- und desselben Unternehmens bzw. Konzerns Arbeitnehmer erster und zweiter Klasse⁵⁶³ und dies auch noch anknüpfend an den Beschäftigungsort der Arbeitnehmer⁵⁶⁴ bzw. ihr Beschäftigungsverhältnis zu einer in- oder ausländischen Tochtergesellschaft. Innerhalb des (verwirklichten?) Binnenmarktes wird nur Beschäftigten in deutschen Betrieben und bei deutschen Tochtergesellschaften Mitsprache in Unternehmensbelangen gewährt. Folglich haben sie im Aufsichtsrat ein Vertretungsmonopol für die Gesamtbelegschaft und werden sich hüten, dieses durch Umwandlung in eine SE oder grenzüberschreitende Verschmelzung zu gefährden.⁵⁶⁵
- 336 Die von der Mitbestimmung ausgeschlossenen Arbeitnehmer müssen hingegen darauf vertrauen, „daß die in Deutschland bestimmten Arbeit-

559 H.M., vgl. nur *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 5 MitbestG Rn. 55 m.w.N.; *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 3 MitbestG Rn. 36 m.w.N.

560 Selbsteinschätzung von VW im Geschäftsbericht 2008, S. 22.

561 Zahlen erfassen nur Arbeitnehmer in Produktionsgesellschaften am 31.12.2009; insgesamt waren am 30.9.2010 bei VW 178.500 Arbeitnehmer in Deutschland und 211.200 im Ausland beschäftigt (www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/content/de/human_resources/developments_in_workforce.html, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

562 Möglich bleibt die Wahl von Vertretern der ausländischen Arbeitnehmerschaft auf einen den (nationalen) Gewerkschaften zustehenden Aufsichtsratssitz, wie bei DaimlerChrysler seinerzeit geschehen, vgl. *Henssler*, in: *Baums/Ulmer*, Unternehmens-Mitbestimmung in der EU, S. 138; *Zinger*, Internationalisierung, S. 227 f.

563 Man könnte hinsichtlich der im Nicht-EU-Ausland Beschäftigten sogar von einer dritten Klasse sprechen, da diesen nicht einmal der Schutz des Unionsrechts zur Seite steht.

564 Anschaulich *Prager*, Grenzen der Mitbestimmung, S. 50, zu Beschäftigten auf Bohrtürmen in der Nordsee, deren Mitbestimmungsrechte vom aus ihrer Sicht zufälligen Betriebsort (deutsche Hoheitsgewässer oder nicht) abhängen. Freilich handelt es sich überwiegend um Fälle der Ausstrahlung (a.a.O., S. 51 f.).

565 *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (263 f.).

nehmerrepräsentanten auch ihre Belange im Auge behalten, was bei Interessenkollisionen die Solidarität der deutschen Kollegen auf eine sehr harte Probe stellen kann. [...] So wie die Mitgliedschaftsrechte eines Großaktionärs nicht dadurch tangiert werden, daß er seinen Wohnsitz in die Schweiz oder auf die Bahamas verlegt, genausowenig kann es einen Unterschied machen, ob ein Arbeitnehmer in Deutschland oder im Gebiet eines anderen Staates seinen Beitrag zur Erreichung der unternehmerischen Ziele leistet“.⁵⁶⁶ „Der Konzern ist ein einheitliches Wirtschaftsgebilde, das über die Landesgrenzen hinausreichen kann [...] Es ist ein Unding, vom Unternehmenszweck eines Konzerns zu sprechen und dabei nur die zum Konzern gehörenden inländischen Unternehmen zu meinen“.⁵⁶⁷ „Aus Sicht der globalisierten Wirtschaft [ist die] sachwidrige Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer offensichtlich“⁵⁶⁸, ja „schlicht nicht europatauglich“.⁵⁶⁹

Zwar zeitigt das bloße Mitzählen im Ausland oder bei ausländischen Tochterunternehmen beschäftigter Arbeitnehmer bei den Grenzwertbestimmungen deutscher Mitbestimmungsvorschriften keinerlei extritoriale Wirkungen und wäre somit nach überwiegender Auffassung zumindest *de lege ferenda* möglich,⁵⁷⁰ doch würde dadurch bei Beibehaltung der rein nationalorientierten Wahl- und Wählbarkeitsvorschriften die Überrepräsentierung deutscher Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nur intensiviert anstatt gelindert.⁵⁷¹ Auch ist ein Mitzählen ohne Stimmberechtigung mit Sinn und Zweck der Unternehmensmitbestimmung, die gerade auf materielle Teilhabe gerichtet ist, unvereinbar.⁵⁷²

566 *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444 (455); ebenso *Prager*, *Grenzen der Mitbestimmung*, S. 50 f., der aber der fehlenden Mitwirkungsmöglichkeit in der Unternehmensmitbestimmung (im Gegensatz zur Betriebsverfassung) „weit geringere Bedeutung“ beimißt; a.A. *M. Schubert*, *Unternehmensmitbestimmung*, S. 102 f.

567 *Zilius*, *NJW* 1957, 325 (326); ebenso *Krug*, *NJW* 1956, 1585 f.

568 *Ulmer/Habersack/Henssler*, *Einl. MitbestG* Rn. 74.

569 *Henssler*, *RdA* 2005, 330 (333); *ders.*, a.a.O. (331 f.), auch zur weniger protektionistischen 50-Prozent-Regelung in den Niederlanden; vgl. auch *Ulmer*, in: *Baums/Ulmer*, *Unternehmens-Mitbestimmung in der EU*, S. 166.

570 *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444 (453 ff.); *Lutter*, *ZGR* 1977, 195 (208); *ders.*, *FS Zweigert*, S. 251 (257 f.); *Prager*, *Grenzen der Mitbestimmung*, S. 47; *Reich/Lewerenz*, *AuR* 1976, 261 (264); *Steindorff*, *ZHR* 141 (1977), 457 (461); nach *Niernerza*, *Unternehmerische Mitbestimmung*, S. 86, sogar *de lege lata*.

571 *GK-MitbestG/Matthes*, § 3 Rn. 19.

572 *Ebenroth/Sura*, *ZHR* 144 (1980), 610 (612): „teleologisch sinnwidrige Inkongruenz“; ebenso *MüKo-BGB/Kindler*, *Int. Handels- und Gesellschaftsrecht*, Rn. 575, *Lubitz*, *Mitbestimmungssicherung und -modernisierung*, S. 130; *Thüsing*, *Europäische Perspektiven*, Rn. 28; i.E. auch *Lutter*, *ZGR* 1977, 195 (206); *M. Schubert*, *Unternehmensmitbestimmung*, S. 104.

II. Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Unternehmensmitbestimmung

- 338 Solange die nach wie vor überwiegende Meinung⁵⁷³ und die Wirtschaftspraxis von der Blindheit des deutschen Mitbestimmungsrechts für Beschäftigte in ausländischen Betrieben und bei ausländischen Tochterunternehmen ausgehen, soll sie hier zugrunde gelegt werden und auf ihre Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen⁵⁷⁴ Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung untersucht werden.

1. Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer

- 339 In ausländischen Betrieben deutscher Unternehmen beschäftigte Arbeitnehmer gelten nach überwiegender Auffassung nicht als Arbeitnehmer im Sinne der § 3 Abs. 1 MitbestG, § 3 Abs. 1 DrittelbG jeweils i.V.m. § 5 Abs. 1 BetrVG.⁵⁷⁵ Bei ausländischen Tochterunternehmen deutscher Mutterunternehmen beschäftigte Arbeitnehmer unterfallen nach überwiegender Auffassung nicht den Konzernzurechnungsklauseln nach § 5 Abs. 1 MitbestG und § 2 DrittelbG unabhängig von ihrem Beschäftigungsort.⁵⁷⁶

a) Ungleichbehandlung beim Wahlrecht

- 340 Die unterschiedliche Beteiligung der Arbeitnehmer bei den Aufsichtsratswahlen führt sowohl zu einer mittelbaren Diskriminierung von Arbeitnehmern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit als auch zu einer staatsangehörigkeitsunabhängigen generellen Benachteiligung aufgrund nicht anteilsgerechter Belegschaftsrepräsentierung.

aa) Mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit

- 341 Da davon ausgegangen werden kann, daß Arbeitnehmer in ausländischen Betrieben und ausländischen Tochtergesellschaften überwiegend im

573 Vor allem Ausschlußbericht zum MitbestG, BT-Drs. 7/4845, S. 4; LG Düsseldorf vom 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451 f.; MüKo-AktG/*Altmeyden*, Europ. Niederlassungsfreiheit, Kap. 5 Rn. 24 m.w.N., Rn. 27 m.w.N.; *Bayer*, ZGR 1977, 173 (177 f.); *Braun*, Sicherung der Unternehmensmitbestimmung, S. 146 f.; *Duden*, ZHR 141 (1977), 145 (184); *Habersack*, AG 2007, 641 (645); weitere Nachweise bei *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 3 MitbestG Rn. 37; *GK-MitbestG/Matthes*, § 3 Rn. 18.

574 Wie schon *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (613), richtig erkannt haben, geraten dadurch Belegschaften in der Dritten Welt aus dem Blickfeld; *dies.* müssen aber einräumen, daß dies nicht nur nachteilig ist (a.a.O., S. 617).

575 *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 3 MitbestG Rn. 36 m.w.N.

576 *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 5 MitbestG Rn. 55 m.w.N.

jeweiligen Beschäftigungsland ihren Wohnsitz haben, kann sowohl eine versteckte Wohnsitzanknüpfung als auch eine versteckte Betriebsortanknüpfung des deutschen Mitbestimmungsrechts festgestellt werden, die beide in eine mittelbare Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit münden.⁵⁷⁷ Bis auf „Grenzgänger“ haben nur Arbeitnehmer mit Wohn- und Betriebsort in Deutschland an der Unternehmensmitbestimmung teil. Bezogen auf das Wahlrecht können damit phänomenologisch überwiegend nur deutsche Staatsangehörige an den Wahlen der Arbeitnehmersvertreter zum Aufsichtsrat teilnehmen, weil in Deutschland Beschäftigte (und damit Wahlberechtigte) auch im 21. Jahrhundert überwiegend auch deutscher Staatsangehörigkeit sind.⁵⁷⁸ Umgekehrt bedeutet dies mit den Worten des EuGH, daß „Gebietsfremde meist Ausländer sind“⁵⁷⁹ und deshalb vor allem Nichtdeutsche strukturell vom aktiven und passiven Wahlrecht ausgeschlossen und mittelbar wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden.⁵⁸⁰

bb) Benachteiligung aufgrund defizitärer Belegschaftsrepräsentierung

Eine mittelbare Ausländerdiskriminierung des deutschen Mitbestimmungsrechts läßt sich aber nur solange feststellen, wie die Zugehörigkeit zur Belegschaft eines Mitgliedstaates und der Besitz von dessen Staatsangehörigkeit typischerweise zusammenfallen. In Branchen und Unternehmen, deren Belegschaftszusammensetzungen sehr heterogen sind, weil sie viele Ausländer beschäftigen, verliert dieses Argumentationsmuster an Bedeutung. Auch bei Arbeitnehmern, die zwar bei ausländischen Tochterunternehmen deutscher Konzerne beschäftigt sind, aber ihren Beschäftigungsort dennoch in Deutschland haben (und trotzdem nicht bei den Aufsichtsratswahlen beim deutschen Mutterunternehmen mitwählen dürfen), wird man nicht ohne weiteres davon ausgehen können, daß sie überwiegend nicht deutscher Staatsangehörigkeit sind und deswegen diskriminiert würden. 342

An diesen Fällen zeigt sich, daß das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht hinreichend ist, um die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung zu verwirklichen. Der 343

577 Dazu Rn. 216 f.

578 Die Zahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten lag Mitte 2008 bei 1,90 Mio. Ausländern und 25,55 Mio. Deutschen (Quelle: Arbeitsmarkt 2008, Bundesagentur für Arbeit, S. 90).

579 EuGH vom 7.5.1998 – C-350/96 (*Clean Car Autoservice*) – Slg. 1998, 2521 (Rn. 29); vgl. EuGH vom 6.6.2000 – C-281/98 (*Angonese*) – Slg. 2000, 4139 (Rn. 40 f.); *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 182 f.

580 Ebenso *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (265).

hier hergeleitete allgemeine Grundsatz des Unionsrechts reicht aber darüber hinaus, indem er eine umfassende Betroffenenbeteiligung durch anteilsgerechte Beteiligung aller Belegschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten erfordert. Die im Inland beschäftigten Arbeitnehmer ausländischer Unternehmen werden von den Entscheidungen im Aufsichtsrat des Mutterunternehmens genauso betroffen, wie die im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer inländischer Tochterunternehmen desselben Mutterunternehmens. Ihnen sind deshalb gleiche Teilhabemöglichkeiten zu gewähren.

- 344 Indem das deutsche Mitbestimmungsrecht aber diese Belegschaften von der Mitbestimmung ausnimmt, wird im Aufsichtsrat nur die inländische wahlberechtigte Belegschaft repräsentiert. Diese hat einen überproportional starken Einfluß auf die Unternehmenspolitik und kann die Interessen ihres inländischen Standorts zu Lasten der nicht wahlberechtigten Standorte verfolgen, insbesondere wirtschaftlichen Anpassungsdruck (Kostenreduzierung, Stellenabbau) auf andere Standorte umleiten, während Neuinvestitionen natürlich zuerst am eigenen Standort durchzuführen sind. Ein im geeinten Europa mit vollendetem (?) Binnenmarkt kaum noch zu erwartender Protektionismus wird unter dem Schleier der Territorialität des Mitbestimmungsrechts betrieben. Während bei Tariftreueerklärungen anlässlich der Vergabe öffentlicher Aufträge peinlichst jede Wettbewerbsverzerrung im Binnenmarkt vermieden wird,⁵⁸¹ hütet der unternehmens- und konzerninterne Standortwettbewerb im Mitbestimmungsrecht bislang ein wohl behütetes Schattendasein. „Mitbestimmung als Standortvorteil“ gewinnt so eine völlig neue Bedeutung.

b) Ungleichbehandlung durch wahlbedingte Unterrepräsentierung

- 345 Die Ungleichbehandlung beim Wahlrecht setzt sich bei der Besetzung der Arbeitnehmersitze in den Aufsichtsräten fort.

aa) Folgen fehlenden Passivwahlrechts

- 346 Dies folgt schon aus der Diskriminierung beim passiven Wahlrecht: Wer nicht gewählt werden kann, kann nicht im Aufsichtsrat sitzen.
- 347 § 4 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG ermöglicht zwar bei einem Aufsichtsrat mit neun oder mehr Mitgliedern die Wahl von Personen, die dem Unternehmen nicht als Arbeitnehmer angehören, solange eine Mindestrepräsentanz von zwei unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertretern gewahrt bleibt. Auf diese freien Sitze könnten theoretisch Vertreter

⁵⁸¹ EuGH vom 3.4.2008 – C-346/06 (*Rüffert*) – Slg. 2008, 1989.

ausländischer Belegschaften gewählt werden.⁵⁸² Voraussetzung ist allerdings stets, daß die Vorschlagsberechtigten die externe Person in ihren Wahlvorschlag aufnehmen.⁵⁸³ Wahlvorschläge können nach § 6 DrittelbG aber nur Betriebsräte des Unternehmens⁵⁸⁴ oder ein hinreichendes Quorum an „Wahlberechtigten“ einreichen. Ausländische Belegschaften haben aber weder Betriebsräte im Sinne des BetrVG noch sind sie Wahlberechtigte. Sie können auch nicht freiwillig zu Wahlberechtigten erklärt werden.⁵⁸⁵ Es hängt also vom doppelten Wohlwollen der Etablierten ab, zuerst von ihnen auf die Wahlliste gesetzt und dann auch noch von ihnen gewählt zu werden. Da praktisch nur drei- und sechsköpfige Aufsichtsräte im Anwendungsbereich des DrittelbG vorkommen, ist ohnehin kaum Raum für „unternehmensexterne Mitglieder“.⁵⁸⁶

Im Anwendungsbereich des MitbestG ist die einzige Möglichkeit als 348
Vertreter ausländischer Belegschaften und damit nicht formal als „Arbeitnehmer des Unternehmens“ in den Aufsichtsrat gewählt zu werden, auf einem der zwei bzw. (im zwanzigköpfigen Aufsichtsrat) drei „Gewerkschaftstickets“ gewählt zu werden (§ 7 Abs. 2 MitbestG). Nach § 7 Abs. 4 MitbestG sind „Gewerkschaften“ aber nur solche, die im Unternehmen selbst oder in einem anderen Unternehmen vertreten sind, dessen Arbeitnehmer an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern des Unternehmens teilnehmen. Gewerkschaften, die nur in ausländischen Tochtergesellschaften oder Niederlassungen vertreten sind, sind also wieder außen vor.⁵⁸⁷ Allerdings müssen die Gewerkschaftsvertreter nicht zugleich Arbeitnehmer im Unternehmen, ja nicht einmal Mitglieder der betreffenden Gewerkschaft sein,⁵⁸⁸ so daß eine im Unternehmen vertretene Gewerkschaft durchaus auch Vertreter ausländischer Belegschaften nominieren kann (§ 16 Abs. 2 MitbestG). Dies ist – soweit ersichtlich – ein einziges Mal in der deutschen Mitbestimmungsgeschichte vorgekommen, als bei DaimlerChrysler ein Vertreter der nordamerikanischen Gewerkschaft *United Auto Workers* von der IG Metall auf einen „Gewerkschaftsstuhl“ nominiert und auch gewählt wurde.⁵⁸⁹

582 ErfK/Oetker, § 4 DrittelbG Rn. 7.

583 ErfK/Oetker, § 4 DrittelbG Rn. 10; Ulmer/Habersack/Henssler, § 4 DrittelbG Rn. 13.

584 ErfK/Oetker, § 6 DrittelbG Rn. 2.

585 Lubitz, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 130 f. m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

586 Ulmer/Habersack/Henssler, § 4 DrittelbG Rn. 13.

587 WWKK/Wißmann, § 7 MitbestG Rn. 45.

588 Ulmer/Habersack/Henssler, § 16 MitbestG Rn. 4, § 7 MitbestG Rn. 78.

589 Vgl. Fn. 562 (S. 162).

349 In aller Regel stellen deutsche Gewerkschaften aber nur Leute aus ihren eigenen Reihen zur Wahl.⁵⁹⁰ Wer dennoch vertreten werden will, muß die Etablierten erst einmal davon überzeugen, warum sie auf einen „ihrer“ Sitze zu seinen Gunsten verzichten sollten (*good will*)⁵⁹¹. Dies wird kaum gelingen, denn es besteht ja die „Gefahr“, daß der Externe sich zum Fürsprecher der Belange außerdeutscher Belegschaften machen und damit die „Diktatur des deutschen Proletariats“ im Aufsichtsrat in Frage stellen wird. Die Folge ist eine Nichtrepräsentierung ausländischer Belegschaften und damit nicht nur eine mittelbare Staatsangehörigkeitsdiskriminierung, sondern vor allem eine materielle Benachteiligung nicht wahlberechtigter Standorte, die im Zweifel immer als erste Stellen streichen müssen und als letzte mit Neuinvestitionen gesegnet werden. Einfluß nehmen können sie auf die unternehmerischen Entscheidungen, die ausschließlich von der Belegschaft am Unternehmenssitz mitbestimmt wird, nicht.

bb) Folgen fehlenden Aktivwahlrechts

350 Die Ungleichbehandlung setzt sich beim aktiven Wahlrecht fort: Wer nicht wählen kann, für den wählen andere.

351 Daß die weit überwiegend aus Deutschen bestehenden Belegschaften in Deutschland auf gerechte Verteilung der Mandate nach Nationalitäten entsprechend den jeweiligen Anteilen in der europaweiten (!) Belegschaft bei ihrer Wahlentscheidung achten würden, ist ebensowenig bekannt, wie aufgrund der eingeschränkten Vorschlagsrechte überhaupt vorstellbar. Sofern tatsächlich einmal ein Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat gewählt werden sollte, der nicht deutscher Staatsangehörigkeit ist, ist dies ein glücklicher Einzelfall, der an der strukturellen Ausländerdiskriminierung nicht zu rütteln vermag. Anteilsgerechte Quoten für (wenigstens Stell-)Vertreter ausländischer Belegschaften kennt das allgemeine deutsche Mitbestimmungsrecht nicht.⁵⁹² Nur Frauen und Männer „sollen“ entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im drittelmitbestimmten Unternehmen vertreten sein (§ 4 Abs. 4 DrittelbG) und im Anwendungsbereich des MitbestG ist ein leitender Angestellter im Aufsichtsrat Pflicht (§ 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG). Auch der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) fordert unter 5.4.1 nur, daß „auch auf die internationale Tätigkeit des Unternehmens, auf potentielle Interessenkonflikte und eine festzulegende Altersgrenze für Aufsichtsratsmitglieder sowie auf Vielfalt (Diversity) geachtet werden [soll]“.

352 Das deutsche Mitbestimmungsrecht nimmt auf potentielle Interessenkonflikte insofern Rücksicht, als es sie vermeidet. Die aktiv wahl-

590 Ulmer/Habersack/Henssler, § 16 MitbestG Rn. 4.

591 Zinger, Internationalisierung, S. 228.

592 Beachte aber § 25 Abs. 1 MgVG.

berechtigte Belegschaft am deutschen Standort hat keine Sanktionen ihrer nicht wahlberechtigten Kollegen für wenig altruistische Mitbestimmungspolitik zu fürchten, denn zur Wiederwahl sind auch wieder nur die inländischen Beschäftigten berufen und können ihren Vertreter für deren unermüdlichen Einsatz für die „gemeinsame“ Sache durch ein Kreuz auf dem Stimmzettel danken. Interessenkonflikte aufgrund aufsichtsratsinterner Streitigkeiten über Standortfragen kommen praktisch nicht vor, weil das Geschäft zu Lasten solcher Dritter geführt wird, die vom Ausland aus zusehen müssen, welche Blüten die deutsche Mitbestimmung treibt.

2. Ungleichbehandlung durch Gewerkschaftsbeteiligung

a) Mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit

Die Gewerkschaftsbeteiligung im Rahmen MitbestG führt auch zur 353
Diskriminierung von Ausländern beim Zugang zum Aufsichtsratsamt unabhängig von ihrem Arbeitnehmerstatuts, denn die Gewerkschaftsvertreter müssen nicht Arbeitnehmer im Unternehmen sein, aber nur in der inländischen Belegschaft vertretene Gewerkschaften können Wahlvorschläge vor die Gewerkschaftssitze im Aufsichtsrat einreichen (§ 7 Abs. 4 MitbestG).

Zwar gebietet der unionsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung der 354
Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung keine Gleichbehandlung von Gewerkschaften.⁵⁹³ Doch darf nationales Mitbestimmungsrecht nicht durch Zwischenschaltung von Gewerkschaften die Gleichbehandlung der europäischen Belegschaften umgehen. Die zwei bzw. drei Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat können aber nur auf Vorschlag deutscher Gewerkschaften gewählt werden. Wird daran trotz der europarechtlich zwingenden Öffnung des Aufsichtsratswahlrecht für alle Belegschaften in EU-Ländern festgehalten, indem „im Unternehmen vertretene Gewerkschaften“ weiterhin nur solche im inländischen Unternehmen und wahlberechtigten Tochterunternehmen sein sollten, oder nur solche, die den deutschen Gewerkschaftsbegriff im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG erfüllen, ist dies mit dem Unionsrecht unvereinbar. Das rein nationale gewerkschaftliche Vorschlagsrecht ist unionsrechtswidrig, weil es typischerweise dazu führt, daß nur Vertreter aus deutschen Gewerkschaftsreihen auf Gewerkschaftssitze im Aufsichtsrat gewählt werden und Ausländern, die typischerweise in deutschen Gewerkschaftsreihen selten vorkommen, kein Zugangsrecht zum Aufsichtsratsmandat eingeräumt wird.

593 Dazu Rn. 154 ff.

b) Benachteiligung aufgrund defizitärer Belegschaftsrepräsentierung

- 355 Darüber hinaus ist das rein nationale gewerkschaftliche Vorschlagsrecht unionsrechtswidrig, weil es keine anteilsgerechte Repräsentierung aller europäischen Belegschaften im Sinne einer klassenkämpferisch verstandenen europäischen Arbeitnehmerschaft garantiert. Soll Mitbestimmungsrecht nicht nur Arbeitnehmer- sondern auch Gewerkschaftsbeteiligung im Aufsichtsrat gewähren, weil Gewerkschaften als der „Klasse des Proletariats“ zugehörig angesehen werden, ist die ausschließliche Beteiligung im Inland vertretener Gewerkschaften unionsrechtswidrig. Auch in ausländischen Belegschaften vertretene Gewerkschaften müssen die Möglichkeit haben, Wahlvorschläge für die Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat einzureichen. Will man ausländische Gewerkschaften, die vielleicht nationale Standards wie Gegnerunabhängigkeit⁵⁹⁴ oder Treue zur freiheitlich demokratischen Grundordnung⁵⁹⁵ vermissen lassen, nicht mitbestimmungsrechtlich tolerieren, müssen Gewerkschaftssitze im Aufsichtsrat abgeschafft werden.
- 356 Nach derzeitigem Recht setzt sich aber bei den Gewerkschaftsvertretern die Benachteiligung ausländischer Standorte fort. Deutsche Gewerkschaften haben kein Interesse daran, sich für ausländische Belegschaften und deren Belange einzusetzen, weil damit weder für den deutschen Standort noch für die Reputation nennenswerte Vorteile verbunden sind. Gewerkschaften sind noch stärker inlandsfixiert als Arbeitnehmer, denn es sind nicht einmal ihre Kollegen, die von den Aufsichtsratsentscheidungen betroffen werden. Obwohl die Gewerkschaften die einzigen sind, die auf die Internationalität eines Konzerns Rücksicht nehmen könnten, indem sie Arbeitnehmer oder Gewerkschafter ausländischer Standorte in den Aufsichtsrat einladen, ist dies in der Geschichte erst ein einziges Mal vorgekommen, weil die amerikanische Gewerkschaft *United Auto Workers* nach Zusammengehen von Daimler und Chrysler die drohende Fremdherrschaft des deutschen Aufsichtsrats erkannte und den damit verbundenen Nachteil der amerikanischen Standorte nicht hinnehmen wollte.

III. Rechtfertigung

- 357 Es ist im Folgenden auf die Gründe einzugehen, die zur Rechtfertigung der Territorialität des deutschen Mitbestimmungsrechts vorgebracht werden.

594 Löwisch/Rieble, § 2 Rn. 15 ff.

595 BGH vom 15.10.1990 – II ZR 255/89 – NJW 1991, 485.

1. „Territorialitätsprinzip“

Der Grund für die diskriminierende Wirkung der deutschen Unternehmensmitbestimmung wird gemeinhin unter einem pauschalen Verweis auf das „Territorialitätsprinzip“ geliefert. Dieses kann zweierlei bedeuten: Entweder eine fehlende Regelungsmöglichkeit des deutschen Gesetzgebers für Auslandssachverhalte⁵⁹⁶ oder eine unzulässige Regelungserstreckung entgegen der *genuine-link*-Doktrin.⁵⁹⁷ Letztlich läuft es jedenfalls darauf hinaus, daß dem Gesetzgeber die Hände gebunden sein sollen, er gar nicht anders könne und deswegen die Inlandsfixierung der Unternehmensmitbestimmung hinzunehmen sei. 358

a) Mitbestimmung als privatrechtliche Veranstaltung

Ob das kollisionsrechtlich verstandene „Territorialitätsprinzip“ tatsächlich im Recht der Unternehmensmitbestimmung als Teil des (privatrechtlichen) Gesellschaftsrechts, wie auch im (früher) öffentlich-rechtlich verstandenen Betriebsverfassungsrecht Geltung beanspruchen kann, ist nach wie vor umstritten,⁵⁹⁸ doch nach richtiger Auffassung abzulehnen. *Steindorff* hatte schon 1977 erkannt: 359

„Daß die Forderung nach Schutz fremder Souveränität oder die Behauptung eines Territorialitätsprinzips keine Lösung ergeben, braucht man für den Kenner des Kollisionsrechts nicht mehr zu begründen. Trotzdem erscheinen solche ‚Ladenhüter‘ der Argumentation immer wieder in der Diskussion“.⁵⁹⁹

Das Recht der Unternehmensmitbestimmung regelt die Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Unternehmen (Anteilseignern), nicht das Verhältnis des Unternehmens zum Staat oder der Allgemeinheit, und ist deshalb privatrechtlich zu verstehen.⁶⁰⁰ Die soziale Grundausrichtung der Unternehmensmitbestimmung darf nicht zu dem Fehlschluß verleiten, es handele sich um öffentliches Sozialordnungsrecht, denn die rechtlichen Wirkungen entstehen nur zwischen Privaten.⁶⁰¹ Dabei knüpft die Unternehmensmitbestimmung vornehmlich am Gesellschaftsstatut der Unter- 360

596 Dazu Rn. 561 ff.

597 *Lubitz*, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 137 ff. m.w.N.

598 Ablehnend *Behme*, ZIP 2008, 351 (354); *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444 (453 ff.); *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (265 f.); *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 248 f.; *Lutter*, ZGR 1977, 195 (207 f.); *Nienerza*, Unternehmerische Mitbestimmung, S. 52 ff.; differenzierend *Bernstein/Koch*, ZHR 143 (1979), 522 (526 ff.); *Prager*, Grenzen der Mitbestimmung, S. 48 ff.

599 *Steindorff*, ZHR 141 (1977), 457 (459 f.); ebenso bereits *Krug*, NJW 1956, 1585; *Zilias*, NJW 1957, 325.

600 *Lubitz*, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 140.

601 *Lubitz*, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 140.

nehmen, ergänzend auch am Arbeitsvertragsstatut der Arbeitnehmer und am Belegenheitsort des Betriebs an.⁶⁰² Der Gesetzgeber kann deshalb *abstrakte* Rechtspositionen, insbesondere aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat, auch mit Wirkung im Ausland gesetzlich vorsehen, nur die *konkrete* Ausgestaltung von Wahl- und Gerichtsverfahren auf fremden Boden entzieht sich seiner Regelungsmacht.⁶⁰³

b) Praktische Bedenken

- 361 Aus den konkreten Umsetzungsschwierigkeiten im Ausland wird die Territorialität der Mitbestimmung dann auch gerechtfertigt. So sei eine zwingende und vor allem gerichtsfeste Durchsetzung deutschen Mitbestimmungsrechts im Ausland nicht möglich.⁶⁰⁴ Auch könnten in ausländischen Betrieben und Unternehmen beschäftigte Arbeitnehmer schon deshalb nicht an den Aufsichtsratswahlen der Konzernspitze teilnehmen, weil die Wahlvorschriften auf deutschen Betriebs- und Unternehmensstrukturvorschriften fußten, die jenseits der Grenze zumindest so nicht vorhanden seien.⁶⁰⁵ Auch würden die Verpflichtung zur Abhaltung einer Wahl im Ausland, zur Übernahme der Wahlkosten, zur Freistellung der Arbeitnehmer für die Wahl etc. unzulässig auf fremdem Staatsgebiet Recht setzen.⁶⁰⁶ „Kein Staat braucht zudem hinzunehmen, daß ein im Inland liegender Sachverhalt, nämlich das Arbeitsverhältnis, zu einer Berechtigung im Ausland führt, die im eigenen Land aus gesellschaftspolitischen Gründen abgelehnt wird.“⁶⁰⁷ Dies gelte insbesondere für die paritätische Mitbestimmung, die als „deutsches Unikum“

602 Lubitz, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 140 ff.

603 Lubitz, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 143.

604 LG Düsseldorf vom 5.6.1979 – 25 AktE 1/78 – DB 1979, 1451 (1452); Braun, Sicherung der Unternehmensmitbestimmung, S. 147; Kisker, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 183; Lubitz, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 129; Lutter, FS Zweigert, S. 251 (261); a.A. Prager, Grenzen der Mitbestimmung, S. 54 ff.

605 Braun, Sicherung der Unternehmensmitbestimmung, S. 147; MüKo-BGB/Kindler, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 576; Lubitz, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung, S. 127 f.; Sandrock, AG 2004, 57 (66); Wißmann, FS Däubler, S. 385 (397); a.A. Bernstein/Koch, ZHR 143 (1979), 522 (531).

606 Henssler, GS Heinze, S. 333 (342).

607 GK-MitbestG/Schneider, § 5 Rn. 85; ebenso Lutter, ZGR 1977, 195 (206); ders., FS Zweigert, S. 251 (270); im Grunde auch Prager, Grenzen der Mitbestimmung, S. 52, der aber selbst schweizerische Gerichte für die Einhaltung deutschen Mitbestimmungsrechts in deutschen Auslandsbetrieben für zuständig erachtet (a.a.O., S. 55 ff.).

europäischen Nachbarn mit anderen Rechtskulturen nicht vermittelbar sei.⁶⁰⁸

c) Vollzugsdefizit und Vollzugsblindheit

Selbstredend endet die Gesetzgebungsmacht der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich an der Staatsgrenze. Auf fremdem Hoheitsgebiet hat der Staat in Friedenszeiten keine seiner drei Gewalten.⁶⁰⁹ Selbst wenn er einseitig Recht mit Geltung für ausländische Sachverhalte trafe, bliebe dessen Einhaltung unkontrollierbar – im Ausland.⁶¹⁰ Im Inland können freilich auch ausländische Sachverhalte behördlicher und gerichtlicher Kontrolle zugänglich gemacht werden, auch wenn damit regelmäßig Aufklärungs- und Durchsetzungsdefizite und manchmal auch diplomatisches Konfliktpotential verbunden sind (siehe Steuerfahndung). 362

Vollzugsdefizite können jedoch nicht für die Aufrechterhaltung der Territorialität der Mitbestimmung und damit die weitere Benachteiligung ausländischer Standorte ins Feld geführt werden.⁶¹¹ Der deutsche Gesetzgeber ist weder gezwungen einen Regelungsmechanismus zu wählen, dessen Einhaltung im Ausland nicht garantiert werden kann, noch darf er ausländische Belegschaften in Fragen der Unternehmensmitbestimmung ignorieren. Will er ein bestimmtes Regelungsziel (Teilhabe der Arbeitnehmer an der Unternehmenspolitik) verwirklichen, muß er stets so vorgehen, daß höherrangiges Recht gewahrt bleibt. Das Unionsrecht basiert aber auf dem Prinzip der Gleichbehandlung aller Unionsbürger. Also muß, wenn einmal die Entscheidung zugunsten von Unternehmensmitbestimmung gefallen ist, ein Mitbestimmungsmodell gewählt werden, das die Teilhabe allen Beschäftigten eines Unternehmens gleichermaßen ermöglicht, egal wo sie im Unionsgebiet von ihrem Unternehmen beschäftigt werden. Das bedeutet nicht, den „Gestaltungswillen des nationalen Gesetzgebers in breitem Maße zu überrollen“.⁶¹² Das bedeutet, den Binnenmarkt zu verwirklichen. 363

Praktikabilitätsabwägungen interessieren im Unionsrecht ohnehin wenig. So hat es der Gerichtshof beispielsweise beim Urlaubskassenverfahren dem vorlegenden Gericht überlassen, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu ermitteln, welche Arten von Auskünften 364

608 Behme, ZIP 2008, 351 (357).

609 Völkervertraglich kann ihm solche freilich durch Servituten zugebilligt werden; vgl. Ipsen/Epping/Gloria, Völkerrecht, § 23 Rn. 77 ff.

610 Zutreffend Ebenroth/Sura, ZHR 144 (1980), 610 (615).

611 Ebenroth/Sura, ZHR 144 (1980), 610 (616), halten solche Argumente ohnehin nur für „vordergründig“.

612 So aber 1981 noch Lutter, FS Zweigert, S. 251 (262).

die deutschen Behörden von den außerhalb Deutschlands ansässigen Dienstleistenden zulässigerweise verlangen können.⁶¹³ Die Durchsetzbarkeit des Anspruchs und die Überprüfbarkeit der erlangten Auskünfte auf ihre Validität spielten für ihn keine Rolle. Ob man dies als „realitätsfern“ oder „integrativ“ auslegt, kommt auf den Blickwinkel an. Aus europäischer Sicht gilt die Prämisse, den Binnenmarkt zu fördern und auf die Beseitigung von Ungleichbehandlungen hinzuwirken – die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) des Unionsrechts ist entscheidend. Daß die Mitgliedstaaten dadurch mitunter in große Schwierigkeiten mit ihren Rechtsordnungen kommen und aus der Achtung der „Vielfalt der einzelstaatlichen Gepflogenheiten“ (Art. 151 Abs. 2 AEUV) vor allem eine Vielfalt unionsgerichtlicher Rechtsprechung in Vorlage- und Vertragsverletzungsverfahren wird, belegt aus europäischer Perspektive nur die Unvollendetheit des Binnenmarktes.

d) Sekundärrechtliche Wegbereitung

- 365 Die goldene Brücke hat indes die Union selbst mit der SE-BeteiligungsRL und der VerschmelzungsRL gebaut. Alle Mitgliedstaaten sind durch diese Richtlinien verpflichtet, ihre Rechtsordnungen für die Durchführung von Unternehmensmitbestimmung zu öffnen:
- 366 • Art. 16 Abs. 3 lit. f VerschmelzungsRL i.V.m. Art. 12 Abs. 1 SE-BeteiligungsRL: „Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, daß die Leitung der Betriebe einer [grenzüberschreitenden Gesellschaft] und die Aufsichts- und Verwaltungsorgane der Tochtergesellschaften und der beteiligten Gesellschaften, die sich in seinem Hoheitsgebiet befinden, und ihre Arbeitnehmervertreter oder gegebenenfalls ihre Arbeitnehmer den Verpflichtungen dieser Richtlinie nachkommen, unabhängig davon, ob die [grenzüberschreitende Gesellschaft] ihren Sitz in seinem Hoheitsgebiet hat oder nicht.“
- 367 • Art. 16 Abs. 3 lit. f VerschmelzungsRL i.V.m. Art. 12 Abs. 2 SE-BeteiligungsRL: „Die Mitgliedstaaten sehen geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie vor; sie sorgen insbesondere dafür, daß Verwaltungs- und Gerichtsverfahren bestehen, mit denen die Erfüllung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen durchgesetzt werden kann.“
- 368 Damit nimmt der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten die Last, aus eigener (beschränkter) Regelungsmacht ein diskriminierungsfreies Mitbestimmungsrecht schaffen zu müssen, das auch Auslandssachverhalte ohne Vollzugsdefizite wirksam berücksichtigt.⁶¹⁴ Zwar gilt die SE-

613 EuGH vom 25.10.2001 – C-49/98 u.a. – Slg. 2001, 7831 (Rn. 75).

614 Weitsichtig *Schlotfeldt*, RdA 1967, 415 (417 ff.).

BeteiligungsRL nur für die Societas Europea und die VerschmelzungsRL nur für aus grenzüberschreitenden Verschmelzungen hervorgehende Unternehmen, nicht aber für in sonstiger Weise grenzüberschreitend expandierende Unternehmen. Doch stellen sich aus mitgliedstaatlicher Sicht beide Situationen identisch dar: Wenn jeder Mitgliedstaat unionsrechtlich dafür zu sorgen hat, daß in seinem Hoheitsgebiet (1.) die Leitung der Betriebe einer Gesellschaft ausländischen Rechts, (2.) die Aufsichts- und Verwaltungsorgane von Tochtergesellschaften und beteiligten Gesellschaften und (3.) auch ihre Arbeitsnehmervertreter und Arbeitnehmer den Verpflichtungen aus einer unionsrechtlichen Mitbestimmungsregelung nachkommen und das auch noch unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat die mitbestimmte Gesellschaft ihren Sitz hat, ist es praktisch egal, ob diese Gesellschaft aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen ist oder sich durch Gründung von Tochtergesellschaften dieselbe Unternehmensstruktur angeeignet hat. Wie ein Unternehmen entstanden ist oder sich entwickelt hat, ist für die Rechtsanwendung im Hier und Jetzt irrelevant, insbesondere aus Sicht der Arbeitnehmer.

Differenziert mitgliedstaatliches Recht strikt zwischen aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangenen Unternehmen oder Unternehmen europäischen Rechts einerseits und sonstigen grenzüberschreitenden Unternehmen andererseits und versagt letzteren den Rechtsschutz bzw. entzieht letztere seiner Rechtsaufsicht, muß dieser Mitgliedstaat sich für dieses Verhalten seinerseits vor dem Unionsrecht, insbesondere der Niederlassungsfreiheit nach der *Inspire-Art*-Rechtsprechung und dem hier festgestellten Gleichbehandlungsgrundsatz in der Unternehmensmitbestimmung rechtfertigen. Dies wird ihm nicht gelingen, denn die von der SE-BeteiligungsRL und der VerschmelzungsRL geforderte gegenseitige Anerkennung der Mitbestimmungsmodelle und die durch den EuGH vehement voran getriebene unionsweite, uneingeschränkte Anerkennungspflicht von Gesellschaften ausländischen Rechts⁶¹⁵ umfaßt auch die nicht auf das eigene Territorium beschränkten Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer bei diesen Gesellschaften.⁶¹⁶

e) Zeit für die „große Lösung“

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der VerschmelzungsRL in nationales Recht wieder einmal keinen Mut zur „großen Lösung“ besessen und die oft zitierte, selten erreichte „Eins-zu-Eins-Umsetzung“ mit dem MgVG gewählt. Zwar soll hier nicht der „überschießenden“ Richtlinienumsetzung das Wort geredet werden, doch ist sie im Bereich

615 EuGH vom 30.9.2003 – C-167/01 (*Inspire Art*) – Slg. 2003, 10155; vom 13.12.2005 – C-411/03 (*Sevic*) – Slg. 2005, 10805.

616 *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 250.

der Unternehmensmitbestimmung mehr als angebracht, ja vom Gleichbehandlungsgrundsatz sogar insoweit zwingend gefordert, als eine anteilsgerechte Teilhabe aller europäischer Belegschaften in einem Unternehmen oder Konzern noch nicht gewährleistet ist. Ohne Zweifel ist es ungleich schwieriger, statt einen Richtlinientext in Sonderrecht zu gießen, den großen Wurf zu wagen und vollwertiges Recht „aus einem Guß“ zu schaffen (siehe Schuldrechtsreform). Dies gilt im Bereich der Unternehmensmitbestimmung vor allem aufgrund der politischen Brisanz und des hohen Konfliktpotentials der beteiligten Kreise, insbesondere der Gewerkschaften, die um ihre Monopolstellung in deutschen Aufsichtsräten (zu Recht) fürchten. Doch bleibt dem Gesetzgeber keine Wahl, wenn der EuGH eines Tages über die Mitbestimmungsdiskriminierung zu entscheiden haben wird. Es ist ratsam, darauf nicht zu warten.

2. Keine Eignungsmängel ausländischer Arbeitnehmer

- 371 Ein zwingendes Allgemeininteresse für eine Beibehaltung der aktuellen Rechtslage liegt keinesfalls in der vermeintlichen Inkompetenz ausländischer Arbeitnehmer für das Aufsichtsratsamt. Dies wurde zwar in den 1980er-Jahren noch vertreten,⁶¹⁷ ist aber mittlerweile von der Rechtswirklichkeit überholt. Schon die sekundärrechtliche Rechtslage im Mitbestimmungsrecht bezüglich Anhörungs- und Unterrichtsrechten der Arbeitnehmervertreter in Betrieben und Unternehmen spricht klare Worte (Art. 1 Abs. 3 RL 2002/14/EG):

„Die Modalitäten der Unterrichtung und Anhörung werden vom Arbeitgeber und von den Arbeitnehmervertretern im Geiste der Zusammenarbeit und unter gebührender Beachtung ihrer jeweiligen Rechte und gegenseitigen Verpflichtungen festgelegt bzw. durchgeführt, wobei sowohl den Interessen des Unternehmens oder Betriebs als auch den Interessen der Arbeitnehmer Rechnung zu tragen ist“.

- 372 Sind Vertreter ausländischer Belegschaften nicht so „konzernloyal“⁶¹⁸ eingestellt, wie die schon lange als „Co-Manager“ erprobten deutschen Arbeitnehmervertreter, liegt darin allenfalls ein rechtspolitischer Anreiz für den Gesetzgeber oder das besondere Verhandlungsgremium, von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat ganz abzusehen. Eine Rechtfertigung für den Ausschluß ausländischer Belegschaften kann daraus keinesfalls abgeleitet werden. Wenn beispielsweise der Vertreter der französischen Arbeitnehmerschaft nicht mit den Anteilseignern im Aufsichtsrat kollaborieren will, muß er auf eine verhandelte Mitbestim-

617 *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (617); *Lutter*, FS Zweigert, S. 251 (258 f., 263); *Prager*, Grenzen der Mitbestimmung, S. 49; *M. Schubert*, Unternehmensmitbestimmung, S. 103.

618 *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (617).

mungsregelung hinwirken, die ohne Arbeitnehmervertreter in Unternehmensorganen auskommt.⁶¹⁹ Gelingt ihm das nicht, ist auch er zur Einhaltung des deutschen Rechts verpflichtet, das ihn zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsrats, insbesondere zur Verschwiegenheit anhält (§§ 116, 93 AktG).

3. Keine positive Diskriminierung

Auf die Figur der positiven Diskriminierung kann zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nur zugunsten von diskriminierten Personengruppen zurückgegriffen werden. Die Antidiskriminierungsrichtlinien enthalten entsprechende Bestimmungen („positive Maßnahmen“).⁶²⁰ Jedoch läßt sich nicht ernsthaft behaupten, daß die in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer „zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung“ besonderer Vorzugsrechte gegenüber ihren europäischen Kollegen bedürften. Dazu müßte dargelegt werden, daß aus der Tatsache, in Deutschland beschäftigt zu sein, Nachteile erwachsen würden, die durch eine Privilegierung in der Unternehmensmitbestimmung auszugleichen wären. 373

Geßler ging 1956 noch davon aus, daß die deutsche Unternehmensmitbestimmung nur Deutschen zustehe: 374

„Das MErgGBE [jetzt MontanMitbestErgG] führt für deutsche Arbeitnehmer eine Mitbestimmung ein. Diese Mitbestimmung kann nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß ausländische Konzernunternehmen den Unternehmenszweck des Konzerns mitkennzeichnen. Maßgebend ist das Gesicht, das die deutschen Unternehmen dem Konzern geben“.⁶²¹

Schubert schloß sich später dieser unzutreffenden Ansicht an, der es „auch aus dem Blickwinkel der Ziele des EWG-Vertrages“ für „nur legitim“ erachtete, daß in der noch nicht harmonisierten EWG Deutschland mit seinen am weitesten gehenden Mitwirkungsrechten Arbeitnehmer jenseits seines Staatsgebietes nicht in den Genuß diese Rechte kommen läßt.⁶²² 375

Bereits dem EWG-Vertrag ging es aber um Beseitigung jeglicher direkter und indirekter Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, was keine vorhergehenden Harmonisierungsmaßnahmen auf dem betreffenden Wirtschaftsgebiet voraussetzte. Bloß weil ein Mitgliedstaat Arbeitnehmern besonders weitgehende Rechte einräumt, berechtigt dies 376

619 So geschehen bei der Hager SE; vgl. *Rehberg*, Verhandlung über Arbeitnehmerbeteiligung, Rn. 22.

620 Art. 5 RL 2000/43/EG, Art. 7 RL 2000/78/EG, Art. 6 RL 2004/113/EG.

621 *Geßler*, BB 1956, 625 (628).

622 *M. Schubert*, Unternehmensmitbestimmung, S. 100; ähnlich *Lutter*, FS Zweigert, S. 251 (261).

ihn nicht zum Ausschluß von EWG/EU-Ausländern, denn Gleichheitssatz und Gleichbehandlungsgebot sind wertneutral, d.h. unabhängig von der „Qualität“ der eingeräumten Rechte⁶²³ schauen sie nur auf die diskriminierungsfreie Anwendung des Rechts.

- 377 Sollte volkswirtschaftlich gerade die Bevorzugung deutscher Standorte gewollt gewesen sein, kann dies seit Herstellung des Binnenmarktes und dem damit verbundenen fortschreitenden Zusammenwachsen der europäischen Volkswirtschaften schon in der Sache nicht mehr fruchtbar gemacht werden. Rechtlich sind volkswirtschaftliche Erwägungen ohnehin unerheblich.⁶²⁴

4. Arbeitnehmerschutz

- 378 Auch wenn der Arbeitnehmerschutz als zwingendes Allgemeininteresse für die Rechtfertigung des Eingriffs der Unternehmensmitbestimmung in die Niederlassungsfreiheit herangezogen werden kann,⁶²⁵ kann er zur Rechtfertigung von Verstößen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung nicht in Stellung gebracht werden. Dies führte zu einer Abwägung Arbeitnehmer gegen Arbeitnehmer, die der Gleichbehandlungsgrundsatz gerade untersagt. Welche Belegschaft schutzbedürftiger ist, läßt sich abstrakt nur insoweit feststellen, als ausgehend vom Grundsatz der Betroffenenbeteiligung mit zunehmender Belegschaftsgröße mehr Arbeitnehmer betroffen sind und diese Belegschaft somit grundsätzlich schutzbedürftiger ist. Deswegen verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz auch anteilsgerechte Teilhabemöglichkeiten. In materieller Hinsicht muß dem Spiel der Kräfte freier Lauf gelassen werden. *Kisker* weist zu Recht darauf hin, daß die Interessen der verschiedenen Betriebe vor allem bei Standortentscheidungen „des Öfteren diametral auseinander fallen“.⁶²⁶ Daß die deutschen Arbeitnehmer in Mitbestimmungsangelegenheiten vor ihren Kollegen aus dem europäischen Ausland geschützt werden müßten, ist abwegig. Vielmehr sorgt die anteilsgerechte Teilhabe nach Mitgliedstaaten dafür, daß bei hauptsächlich in Deutschland tätigen Unternehmen auch hauptsächlich die inländische Belegschaft die Aufteilung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat unter sich ausmachen kann.

623 Dazu Rn. 508.

624 *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 183.

625 H.M.; statt vieler MüKo-BGB/*Kindler*, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 567 ff. m.w.N.

626 *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 183.

5. Fazit

Verstöße gegen den bereichsspezifischen Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung werden sich selten rechtfertigen lassen, weil durch die sekundärrechtliche Wegbereitung alle Mitgliedstaaten gezwungen sind, ihre Rechtsordnungen insoweit zu liberalisieren. Die allgemeine deutsche Unternehmensmitbestimmung muß deshalb alle Belegschaften innerhalb der Grenzen der EU erfassen und anteilsgerecht teilhaben lassen. Das „Territorialitätsprinzip“ hat ausgedient.

§ 4 Systeminterne Ungleichbehandlungen

- 380 Systeminterne Ungleichheiten sind Unterschiede zwischen den allgemeinen Mitbestimmungsgesetzen (DrittelbG und MitbestG), welche die Gleichbehandlung im Mitbestimmungssystem in Frage stellen.⁶²⁷

A. Vergleichbarkeit von DrittelbG und MitbestG

- 381 Unterschiedliche Regelungen im DrittelbG einerseits und im MitbestG andererseits, können nur dann im Sinne des Gleichheitssatzes eine Ungleichbehandlung wesentlich Gleichens darstellen, wenn trotz der unterschiedlichen Geltungsbereiche beider Gesetze die Sachverhalte, an die sie jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen anknüpfen, wesentlich gleich und deshalb auch gleich zu behandeln sind. Der Umstand allein, daß die Unternehmensmitbestimmung auf mehrere *Gesetze* verteilt ist, steht einer Gleichheitsbetrachtung nicht entgegen, da es der *Gesetzgeber* ist, der auf Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet ist. Da aber beide Mitbestimmungsgesetze unterschiedliche Voraussetzungen haben (mehr als 500 bzw. 2.000 Beschäftigte) und unterschiedliche Rechtsfolgen herbeiführen (Drittelbeteiligung bzw. quasi-paritätische Mitbestimmung), darf für eine gesetzesübergreifende Vergleichbarkeit der Anknüpfungspunkt der jeweiligen Ungleichheit, sich jedenfalls nicht auf die abgestuften Wertungen zwischen den Gesetzen zurückführen lassen.
- 382 Allerdings hat der Gesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum mit der *prinzipiell* belegschaftsgrößenabhängigen Mitbestimmungsintensität nicht erschöpft, sondern ist weiterhin frei darin, an unterschiedliche Lebenssachverhalte unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen, gleich in welchem Gesetz. Allerdings muß sich die Differenzierung wenigstens mittelbar auf den nach Beschäftigtenzahlen divergierenden Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze zurückführen lassen. Wenn die Ratio eine Regelung für große wie für kleinere Unternehmen gleichermaßen Geltung beansprucht, muß ein Sachgrund vorliegen, warum sie nur für die einen oder anderen gelten soll. Denn die grundsätzliche Wertentscheidung nach Belegschaftsgröße zu differenzieren, hat der Gesetzgeber im Mitbestimmungsrecht unzweifelhaft verwirklicht und damit zum systemprägenden Merkmal erhoben.

627 Unberücksichtigt bleiben der im DrittelbG nicht garantierte Aufsichtsratssitz für leitende Angestellte (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG), der im DrittelbG nicht vorgesehene Arbeitsdirektor (§ 33 MitbestG) und die im DrittelbG fehlenden Einflußnahmemöglichkeiten des Aufsichtsrats auf das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugte Organ (§§ 31, 32 MitbestG).

Ungleichheiten zwischen DrittelbG und MitbestG sind also nicht generell einer Überprüfung am Gleichheitssatz entzogen, doch ist jeweils zu prüfen, ob eine einheitliche Regelung zwingend ist oder die uneinheitliche Regelung noch von der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gedeckt ist. 383

B. Mitbestimmung beim VVaG

I. Mitbestimmungsungleichheiten beim VVaG

Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit wird in § 15 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) als ein Verein definiert, der die Versicherung seiner Mitglieder nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit betreibt. In einem VVaG schließen sich Rechtssubjekte zusammen, um ihre Risiken zu teilen und Schadensfälle aus einer gemeinsamen Kasse zu regulieren.⁶²⁸ Mitbestimmungsrechtlich wird ihm in doppelter Hinsicht eine Sonderbehandlung zu teil: 384

Erstens unterfällt er nur dem DrittelbG und nicht dem MitbestG (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG), so daß auch ein Versicherungsverein mit mehr als 2.000 Beschäftigten nur ein Drittel seiner Aufsichtsratssitze Arbeitnehmervertretern zur Verfügung zu stellen hat. 385

Zweitens ist der VVaG nicht stets mitbestimmungspflichtig, wenn er mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, sondern muß sich zusätzlich für die Errichtung eines Aufsichtsrats entscheiden (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG). Anders als bei der ebenfalls grundsätzlich nicht aufsichtsratspflichtigen GmbH (§ 52 Abs. 1 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG) geht beim VVaG mit Erreichen der mitbestimmungsrelevanten Arbeitnehmerschwelle nämlich kein Aufsichtsratszwang einher. Statt dessen liegt es bei „kleineren Vereinen“ – das sind Vereine, die bestimmungsgemäß einen sachlich, örtlich oder dem Personenkreis nach eng begrenzten Wirkungskreis haben (§ 53 Abs. 1 VAG) – in ihrem freien Ermessen, ob sie in ihrer Satzung einen Aufsichtsrat vorsehen oder nicht, § 53 Abs. 3 VAG. Nur wenn sich ihr Satzungsorgan für die Bildung eines Aufsichtsrats entscheidet, ist der kleine VVaG mit mehr als 500 Beschäftigten in den Anwendungsbereich des DrittelbG einbezogen, sein Aufsichtsrat nach § 4 DrittelbG zusammenzusetzen und seine Arbeitnehmervertreter nach den §§ 5 ff. DrittelbG zu wählen.⁶²⁹ Kleine Vereine mit mehr als 500 Arbeitnehmern können also als einzige Gesellschaftsform über ihre Mitbestimmungspflicht (nach den allgemeinen Gesetzen)⁶³⁰ selbst entscheiden. 386

628 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1279.

629 ErfK/Oetker, § 1 DrittelbG Rn. 22.

630 Zur Mitbestimmung bei europäischen Gesellschaften, siehe Rn. 301; zur Mitbestimmung im Anwendungsbereich des MgVG siehe unten Rn. 695.

II. Rechtfertigung der ausschließlichen Drittelbeteiligung

- 387 Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob es gleichheitsrechtlich gerechtfertigt ist, daß der VVaG nur nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG der Drittelmitbestimmung unterfällt, aber nicht der quasi-paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG.

1. Kein fehlender Interessenkonflikt

a) Angeblicher Interessengleichlauf

- 388 Die ausschließliche Drittelbeteiligungspflicht des VVaG wird vor allem mit seinem „aG“, sprich: seiner Gegenseitigkeit zu begründen versucht. So sieht *Bürkle* den sachlichen Rechtfertigungsgrund darin, „dass es bei dem VVaG keine konträre Interessenlage zwischen Arbeitnehmern und ‚Eigentümern‘ gibt“. ⁶³¹ Er schließt sich *Frels* an, der den entscheidenden Unterschied zwischen VVaG und AG darin sieht, daß die Angehörigen der obersten Vertretung des VVaG im Gegensatz zu AG-Aktionären kein Dividendeninteresse hätten und deshalb die Interessen der Vereinsmitglieder und der Arbeitnehmer gleich liefen. Beide profitierten von einer langfristigen Existenzsicherung des Vereins: Die einen im Interesse der Vertragstreue gegenüber den Versicherungsnehmern, die anderen im Interesse ihrer Arbeitsplätze. ⁶³² „Da insofern beim VVaG keine sich widersprechenden Interessen zwischen Kapital und Arbeit auszugleichen sind, ist bei ihm die Arbeitnehmerseite durch die Drittelparität im Aufsichtsrat genügend repräsentiert, um ihren berechtigten Interessen Gehör zu verschaffen“. ⁶³³ Ähnlich sieht *Müller* den sachlichen Differenzierungsgrund darin, daß beim VVaG „die mit dem MitbestG bezweckte institutionalisierte Kooperation von Kapital und Arbeit mangels einer Kapitaleignerseite ins Leere geht“. ⁶³⁴

b) Kein Beschäftigungsverein

- 389 Diese Argumentation kann freilich nicht erklären, warum der VVaG immerhin vom DrittelbG erfaßt wird. Wenn es den Interessengleichlauf von Mitgliedern, respektive Versicherten, und Arbeitnehmern im VVaG wirklich gäbe, müßte er mitbestimmungsfrei bleiben, denn wenn keine Interessen auszugleichen sind, ist Mitbestimmung sinnlos. Wer außerdem die Berechtigung der quasi-paritätischen Mitbestimmung nur darin sieht, das Dividendeninteresse auf Anteilseignerseite aufzufangen, muß

631 *Bürkle*, VVaG, S. 48; i.E. ebenso aber ohne Begründung *HWK/Seibt*, § 1 MitbestG Rn. 2.

632 *Bürkle*, VVaG, S. 48; *Frels*, in: Peiner, Grundlagen des VVaG, S. 130 (133).

633 *Frels*, in: Peiner, Grundlagen des VVaG, S. 130 (133); ebenso *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung, S. 250.

634 *H.-P. Müller*, DB 1977, 136 (164).

erklären, welche „berechtigten Interessen“ die verbleibende Drittelbeteiligung rechtfertigen. Hinzu kommt, daß die Absicht der Gewinnerzielung auch für quasi-paritätisch mitbestimmte Unternehmen vollkommen irrelevant ist.⁶³⁵ Folglich kann die kapitalistische Argumentation vor allem damit widerlegt werden, daß die eG dem MitbestG unterfällt, obwohl auch ihre Mitglieder kein Dividendeninteresse verfolgen.⁶³⁶

Im übrigen geht die Argumentation auch in der Sache fehl. In jedem Unternehmen profitieren sowohl Anteilseigner bzw. Mitglieder als auch die Beschäftigten von einer langfristig orientierten Unternehmenspolitik (Stichwort: Nachhaltigkeit). Im Aufsichtsrat sind ihre jeweiligen Vertreter deshalb gleichermaßen auf *das* Unternehmensinteresse verpflichtet.⁶³⁷ Kein Anteilseigner- bzw. Mitgliedervertreter im Aufsichtsrat verfolgt die Vernichtung des Unternehmens, sondern die Erhaltung und Steigerung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, was selbstverständlich auch die von *Frels* ins Feld geführte Sicherheit, Rentabilität und Liquidität des Unternehmens⁶³⁸ umfaßt. Dasselbe Interesse haben aber auch die Arbeitnehmer und ihre Vertreter im Aufsichtsrat werden bei der Umsetzung dieser Ziele (nur) auf eine angemessene Berücksichtigung der Arbeitnehmerbelange hinwirken.

Auch die strukturellen Besonderheiten des VVaG rechtfertigen nicht seine Sonderbehandlung: Im VVaG werden erwirtschaftete Überschüsse an die Mitglieder ausgeschüttet (§ 38 Abs. 1 Satz 1 VAG), ihnen also ihre überzahlten Beiträge zurückerstattet.⁶³⁹ Dieses Überschussinteresse bzw. das Interesse der Mitglieder an niedrigen Beiträgen bildet einen Teil des Unternehmensinteresses und verpflichtet den Versicherungsverein ebenso auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, wie bei Kapitalgesellschaften das Dividendeninteresse der Anteilseigner.⁶⁴⁰ Einen tatsächlichen Interessengleichlauf auf Unternehmer- und Arbeitnehmerseite könnte es also beim VVaG nur dann geben, wenn seine Mitglieder zugleich auch seine Arbeitnehmer sind. Dafür müßten zunächst alle Arbeitnehmer auch ein Versicherungsverhältnis zum Verein begründen (§ 20 Satz 2 VAG), was angeblich auf den „allergrößten Teil“ der Mitarbeiter in Versicherungsvereinen zutreffen soll.⁶⁴¹ Daß diese allerdings kein Interesse an niedrigen Beiträgen oder der Ausschüttung von Überschüssen haben, wird niemand ernsthaft behaupten. Außerdem

635 Allgem. Meinung, vgl. nur *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 36; *Raiser/Veil*, § 1 MitbestG Rn. 9 jeweils m.w.N.

636 *Hauth*, Probleme des VVaG, S. 157, 160.

637 Nachweise in Fn. 861 (S. 225).

638 *Frels*, in: Peiner, Grundlagen des VVaG, S. 130 (133).

639 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1280.

640 Zutreffend *Hauth*, Probleme des VVaG, S. 160.

641 *Prölss/Weigel*, VAG, vor § 15 Rn. 43a, freilich ohne Beleg.

müßten aber auch Mitglieder ohne Beschäftigungsverhältnis ausgeschlossen werden, um den vermeintlichen Interessengleichlauf im Unternehmen nicht durch Nichtarbeitnehmer zu gefährden. Solange dies nicht der Fall ist, decken sich beim VVaG die Arbeitnehmerinteressen mit den Interessen der Vereinsmitglieder nicht mehr und nicht weniger, wie bei Kapitalgesellschaften die Arbeitnehmerinteressen mit den Interessen der Anteilseigner.

- 392 Der VVaG ist ein Versicherungsverein, kein Beschäftigungsverein. Seine „Gegenseitigkeit“ besteht nur auf Mitgliederseite, nicht auch gegenüber der Arbeitnehmerseite. „Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, daß sich beim VVaG beispielsweise in Fragen der Rationalisierung eine gegenüber anderen Gesellschaftsformen unterschiedliche Konstellation ergibt“.⁶⁴²

c) VVaG als modernes Versicherungsunternehmen

- 393 § 21 Abs. 2 VAG erlaubt großen Vereinen (§ 53 Abs. 1 VAG) auch das Nichtmitgliedergeschäft. Nichtmitglieder als Versicherungsnehmer beanspruchen von einem VVaG ebenso die ihnen versicherungsvertraglich zugesagten Überschüsse, wie Versicherungsnehmer von einer AG.⁶⁴³ Die Überschußbeteiligung ist kein Alleinstellungsmerkmal des VVaG, sondern in der Versicherungspraxis seit langem rechtsformunabhängig üblich.⁶⁴⁴ Durch Lockerung des strengen Mitgliedschaftserfordernisses sind auch im Aufsichtsrat des VVaG die Interessen Externer als Teil des gesamten Unternehmensinteresses mit zu berücksichtigen. Mitglieder wie Nichtmitglieder verbindet ihr Interesse an der Auszahlung eines möglichst hohen Überschusses bzw. an niedrigen Beiträgen. Es tritt beim VVaG an die Stelle des Dividendeninteresses. Überschuß- und Dividendeninteresse unterscheidet aus Sicht der Beschäftigten nicht mehr als ihre Begrifflichkeit, während mit der Interessensubstitution mitbestimmungsrechtlich nicht automatisch eine besonders arbeitnehmerfreundliche Unternehmenspolitik einhergeht, die den Verzicht auf quasi-paritätische Mitbestimmung erklären könnte. „Wieso die Überschußbeteiligung (beim VVaG) die Mitglieder stärker motivieren soll als die Dividende (bei der AG), bleibt unerfindlich“.⁶⁴⁵
- 394 Außerdem stehen als VVaG organisierte Versicherungen genauso im Wettbewerb, wie als Aktiengesellschaften organisierte Versicherungen. Die strenge Wirtschaftsaufsicht im Versicherungswesen gilt grundsätzlich rechtsformunabhängig und ist mit dafür verantwortlich, daß weder im Wettbewerbsverhalten noch in der gesellschaftsrechtlichen Organisation

642 *Hauth*, Probleme des VVaG, S. 160.

643 *Prölss/Weigel*, VAG, § 21 Rn. 19.

644 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1280.

645 *Hauth*, Probleme des VVaG, S. 165.

der Versicherungen noch fundamentale Unterschiede auszumachen sind.⁶⁴⁶ Die Unterschiede in der schuldrechtlichen Konstruktion des Versicherungsverhältnisses werden gesetzlich und marktwirtschaftlich weitgehend nivelliert,⁶⁴⁷ so daß der Erfolg der besonderen Rechtsform des VVaG nur noch davon abhängt, ob es ihm gelingt, „den Versicherungsnehmern ein Gefühl zu vermitteln, dass sie Mitglieder – also Mitgesellschafter – ihres Versicherers sind“.⁶⁴⁸ Eine nur „gefühlte“ Gegenseitigkeit kann aber erst recht nicht zu einem wenigstens „gefühlten“ Interessengleichlauf bei Mitgliedern und Arbeitnehmern führen. „Der [...] VVaG ist heute ein Wirtschaftsunternehmen des Dienstleistungssektors, das im Rahmen der wettbewerblichen Wirtschaftsordnung keine Sonderstellung hat und das sich am Markt nicht anders verhält, als andere Versicherungsunternehmen“.⁶⁴⁹

2. Haftungsrechtfertigung

Auch der haftungsrechtliche Ansatz kann die ausschließliche Drittelbeteiligung des VVaG nicht rechtfertigen. Aus einem Vergleich mit der eG leitet *Hauth* zutreffend ab, daß auch beim VVaG eine unbeschränkte Haftung der Mitglieder im Außenverhältnis und damit die Gefahr der Haftung für fremdbestimmte Entscheidungen dispositiv sind: 395

„Unterwerfen sie sich dem Risiko, gegenüber dem Versicherungsverein Nachschüsse in unbegrenzter Höhe aufzubringen oder mit Versicherungsansprüchen teilweise auszufallen, dann beruht dies auf ihrer eigenen Entscheidung, die durch das Hinzutreten der Mitbestimmung der Arbeitnehmer nicht zu einer fremdbestimmten wird“.⁶⁵⁰

Auch deshalb ist die Nichterfassung des VVaG vom MitbestG systemwidrig, damit willkürlich und ein nicht gerechtfertigter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.⁶⁵¹

3. Fazit

Daß der VVaG in § 1 Abs. 1 MitbestG keine Aufnahme erfahren hat, ist eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber den vom MitbestG erfaßten Unternehmen⁶⁵² und damit verfassungswidrig. 396

646 Fahr/*Kaulbach/Bähr*, VAG, vor § 15 Rn. 4; Prölss/*Weigel*, VAG, vor § 15 Rn. 10.

647 *Hauth*, Probleme des VVaG, S. 163; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1279 f..

648 Prölss/*Weigel*, VAG, vor § 15 Rn. 13.

649 Fahr/*Kaulbach/Bähr*, VAG, vor § 15 Rn. 4.

650 *Hauth*, Probleme des VVaG, S. 184.

651 *Hauth*, Probleme des VVaG, S. 186 f.

652 Ebenso WWKK/*Koberski*, § 1 MitbestG Rn. 13; *Naendrup*, BStSozArbR 1976, 164 (165), *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (393).

Weder vermeintliche Besonderheiten seines Gesellschaftsstatuts noch Haftungsfragen im Außenverhältnis können seine Sonderbehandlung rechtfertigen.

III. Rechtfertigung des fehlenden Aufsichtsratszwangs bei kleinen Vereinen

- 397 Soweit ersichtlich bislang nicht diskutiert wurde die Frage, ob der fehlende Aufsichtsratszwang für den kleinen VVaG mit mehr als 500 Arbeitnehmern und damit die Privilegierung gegenüber der GmbH einer Überprüfung am Gleichheitssatz stand hält.

1. Kleiner VVaG als besonderer BGB-Verein

- 398 Unabhängig davon, daß es kleine Vereine mit mehr als 500 Arbeitnehmern kaum geben wird,⁶⁵³ ist der Verzicht auf einen Aufsichtsratszwang beim kleinen VVaG *isoliert betrachtet* unter Gleichbehandlungsaspekten hinzunehmen. Der kleine VVaG ist ein BGB-Verein, auf den nur die in § 53 Abs. 1 VAG abschließend aufgeführten VVaG-Vorschriften Anwendung finden. Soweit sich danach nichts anderes ergibt, bewendet es für die kleineren Vereine bei den für Vereine allgemein geltenden Vorschriften der §§ 24 bis 53 BGB (§ 53 Abs. 2 Satz 1 VAG).⁶⁵⁴ Kleine Vereine im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 VAG sind also weniger ein VVaG als vielmehr ein BGB-Verein.⁶⁵⁵
- 399 Da BGB-Vereine generell in das Mitbestimmungssystem nicht einbezogen sind, ist die Regelung des § 1 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 DrittelbG („wenn dort ein Aufsichtsrat besteht“) nicht mehr als eine Konzession an das Aufsichtsratsdogma. Wenn es in einem Verein, der seiner Verfassung nach *typischerweise* keinen Aufsichtsrat kennt, ausnahmsweise doch einen Aufsichtsrat gibt, gibt es aus systematischer Sicht zwei Möglichkeiten: Entweder wird streng formell an der typisierenden Rechtsformanknüpfung festgehalten oder sie funktionell ergänzt („wenn dort ein Aufsichtsrat besteht“). Die Entscheidung für die eine oder andere Option ist eine politische Frage und liegt grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers. Gleichheitsrechtlich ist für sich genommen keine von beiden Lösungen zwingend.

653 *Schöpfe*, Gewillkürte Unternehmensmitbestimmung, S. 165 m.w.N.

654 Die allgemeinen versicherungsrechtlichen Vorschriften des VAG außerhalb seines unternehmensrechtlichen Abschnitts finden auch auf den kleinen VVaG mit einigen Ausnahmen Anwendung, *Prölss/Weigel*, VAG, § 53 Rn. 12 ff.

655 *Prölss/Weigel*, VAG, § 53 Rn. 1.

2. Keine Selbstbindung des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber könnte sich aber seiner Entscheidungsfreiheit begeben 400 haben, indem er für die GmbH einen mitbestimmungsrechtlichen Aufsichtsratszwang eingeführt hat (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG, § 6 Abs. 1 DrittelbG). Sowohl die GmbH als auch der kleine VVaG kennen gesellschaftsrechtlich nur einen fakultativen Aufsichtsrat (§ 52 Abs. 1 GmbHG bzw. § 53 Abs. 3 VAG). Warum wird also der Gesellschafterversammlung der GmbH ihre Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Einrichtung eines Aufsichtsrats genommen, während das Satzungsorgan des kleinen VVaG weiterhin frei entscheiden kann? Der Eingriff ins Gesellschaftsrecht wäre beim VVaG kein anderer als bei der GmbH.

Zunächst ist festzuhalten, daß der Aufsichtsratszwang bei der GmbH keine 401 systemprägende Regelung darstellt, nach der jede Unternehmung, die theoretisch einen Aufsichtsrat haben *kann*, ab Erreichen der entsprechenden Beschäftigtenzahl einen solchen errichten *muß*. Für (normale) BGB-Vereine und Stiftungen fehlen – wie für den kleinen VVaG – entsprechende Vorschriften, obwohl auch diesen Rechtsformen fakultative Aufsichtsräte nicht fremd sind.⁶⁵⁶ Aus der singulären Einführung des Aufsichtsratszwangs bei der GmbH⁶⁵⁷ kann noch nicht auf einen generellen, über den Einzelfall hinausreichenden Regelungswillen und damit eine Selbstbindung des Gesetzgebers geschlossen werden. Auch umgekehrt ist der Aufsichtsratszwang bei der GmbH keine systemwidrige Ungleichbehandlung, sondern eine mitbestimmungsteleologische Modifikation der ansonsten geltenden gesellschaftsrechtlichen Akzessorietät.

3. Besonderheiten des kleinen VVaG

Entscheidend ist, daß die GmbH nach dem Grundgedanken des mit- 402 bestimmungsrechtlichen Interessenausgleichs zwischen Kapital und Arbeit, der AG als „klassischer“ Kapitalgesellschaft bedeutend näher steht als dem BGB-Verein als Grundform aller Körperschaften. Dagegen steht der kleine VVaG dem BGB-Verein näher als dem großen VVaG als einer Quasi-Kapitalgesellschaft.⁶⁵⁸ Die zwangsweise Beschränkung des kleinen VVaG auf einen sachlich, örtlich oder dem Personenkreis nach eng begrenzten Wirkungskreis (§ 53 Abs. 1 Satz 1 VAG) führt dazu, daß er beispielsweise nur wenige, versicherungstechnisch einfache Risikoarten abdecken darf, sich auf im Gebiet einer Gemeinde belegene Risiken

656 Für den BGB-Verein MüKo-BGB/Reuter, § 32 Rn. 73; für die Stiftung *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 31.

657 Auch die kleine eG hat einen Aufsichtsrat zu errichten, sofern sie mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen sollte, vgl. Fn. 39 (S. 35).

658 Der große VVaG ist von Versicherungen in Form einer AG kaum noch zu unterscheiden, dazu oben Rn. 393 f.

beschränken muß oder nur Bedienstete eines Unternehmens versichern darf.⁶⁵⁹ Das Nichtmitgliedergeschäft ist ihm völlig verwehrt (§ 53 Abs. 1 Satz 2 VAG). Der Geschäftsbetrieb des kleinen VVaG hält sich deshalb in einfachen Formen bei meist personalen Beziehungen zwischen den Mitgliedern.⁶⁶⁰

- 403 Freilich ist auch der kleine VVaG kein Beschäftigungsverein, doch war der Gesetzgeber angesichts der beschränkten wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten dieser Rechtsform und dem entsprechend geringen Mitbestimmungsbedürfnis der Beschäftigten frei darin, von einer weitergehenden Systemintegration des VVaG durch Einführung eines Aufsichtsratszwangs analog zur GmbH abzusehen. Der fehlende Aufsichtsratszwang bei kleinen Versicherungsvereinen ist deshalb gleichheitsrechtlich nicht zu beanstanden.

C. Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG

I. Rechtslage

1. Arbeitnehmerzurechnung nach § 4 MitbestG

- 404 Die Kapitalgesellschaft & Co. KG ist eigentlich keine eigene Rechtsform, sondern die personelle Verschränkung zweier Gesellschaftsformen. Indem der nach § 161 Abs. 1 HGB persönlich haftende Gesellschafter der KG (Komplementär) nicht mit einer unbeschränkt haftenden natürlichen Person, sondern einer Kapitalgesellschaft – in aller Regel einer GmbH – besetzt wird und auch die Kommanditisten der KG nur mit ihrer Vermögenseinlage haften⁶⁶¹, ist die Kapitalgesellschaft & Co. KG quasi eine „KG mit beschränkter Haftung“⁶⁶², eine funktionelle Kapitalgesellschaft.⁶⁶³
- 405 Mitbestimmungsrechtlich sind die zu einer Kapitalgesellschaft & Co. KG verbundene KG und Kapitalgesellschaft zwei grundsätzlich getrennt voneinander zu betrachtende Unternehmen, von denen nur die Kapitalgesellschaft je nach ihrer Rechtsform und Anzahl der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer nach den allgemeinen Regeln mitbestimmungspflichtig sein kann, während die KG als Personengesellschaft mitbestimmungsfrei bleibt. Zur Mitbestimmungsvermeidung könnte also beispielsweise eine

659 Fahr/*Kaulbach*/Bähr, VAG, § 53 Rn. 2.

660 Fahr/*Kaulbach*/Bähr, VAG, § 53 Rn. 3.

661 Einlage im Innenverhältnis und Haftsumme im Außenverhältnis müssen nicht übereinstimmen; vgl. *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 13 Rn. 3 ff.

662 Vgl. BGH vom 18.3.1974 – II ZR 167/72 – NJW 1974, 1191 (1193).

663 *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 4 MitbestG Rn. 1.

GmbH & Co. KG ihre Arbeitnehmer formal bei der KG anstatt der GmbH beschäftigen.⁶⁶⁴ Eine Konzernzurechnung der KG-Arbeitnehmer findet zur Komplementär-GmbH nämlich nur statt, wenn die GmbH über die KG „herrscht“ im Sinne der § 5 Abs. 1 MitbestG bzw. § 2 Abs. 1 DrittelbG jeweils i.V.m. § 18 Abs. 1 AktG, d.h. eine Unterordnung der KG unter die einheitliche Leitung der Komplementär-GmbH vorliegt.⁶⁶⁵

Da dies nicht der Regelfall ist,⁶⁶⁶ insbesondere die Komplementäreigenschaft nicht ausreicht,⁶⁶⁷ werden nach § 4 Abs. 1 Satz 1 MitbestG einer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG prinzipiell mitbestimmungspflichtigen Kapitalgesellschaft, die Komplementär einer KG ist, die Arbeitnehmer der KG zugerechnet, wenn die Mehrheit der Kommanditisten der KG zugleich die Mehrheit der Anteile oder Stimmen an der Komplementärgesellschaft inne hat. Dies gilt nicht, wenn die Komplementärgesellschaft einen eigenen Geschäftsbetrieb mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern unterhält, weil sie dann selbst dem DrittelbG unterfällt und die Geschäftsführung der KG offenbar nicht mehr ihre Hauptaufgabe darstellt.⁶⁶⁸ Die Zurechnung der Arbeitnehmer zur Kapitalgesellschaft erfolgt auch, wenn sie Komplementär mehrerer Kommanditgesellschaften ist und jeweils die Mehrheitsverhältnisse des § 4 Abs. 1 Satz 1 MitbestG erfüllt sind; umgekehrt sind die Beschäftigten einer KG auch allen Kapitalgesellschaften zuzurechnen, die gemeinsam als Komplementäre der KG auftreten.⁶⁶⁹ Zur materiellen Absicherung der Mitbestimmung bestimmt § 4 Abs. 2 MitbestG, daß die Komplementärgesellschaft nicht von der Geschäftsführung der KG ausgeschlossen werden darf.

2. Keine Zurechnung nach DrittelbG

Unabhängig von der Lückenhaftigkeit dieser Regelung und der dagegen geäußerten Kritik,⁶⁷⁰ birgt die Arbeitnehmerzurechnung bei einer Kapitalgesellschaft & Co. KG zum Zwecke der Mitbestimmung bei der Komplementärgesellschaft auch Gleichbehandlungsprobleme. Eine § 4 MitbestG entsprechende Regelung ist nämlich dem DrittelbG fremd. Folglich führt die Zurechnung der KG-Beschäftigten zur Komplementärgesellschaft erst zur Mitbestimmung, wenn beide Gesellschaften zusammen mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen. Dann ist indes der Aufsichtsrat der Komplementärgesellschaft sogleich nach § 7 Abs. 1 MitbestG hälftig mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen. Wenn beide

664 Raiser/Veil, § 4 MitbestG Rn. 1.

665 Eingehend Ulmer/Habersack/Henssler, § 5 MitbestG Rn. 9.

666 Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 DrittelbG Rn. 12.

667 Nachweise in Fn. 458 (S. 142).

668 Wißmann, FS Däubler, S. 385 (387).

669 ErfK/Oetker, § 4 MitbestG Rn. 6.

670 Henssler, ZfA 2000, 241 (250 ff.); Raiser/Veil, § 4 MitbestG Rn. 3.

Gesellschaften zusammen nur mehr als 500, aber weniger als 2.001 Arbeitnehmer beschäftigen bleibt die Komplementärgesellschaft mitbestimmungsfrei, solange sie nicht einen eigenem Geschäftsbetrieb mit mehr als 500 Arbeitnehmern unterhält und deshalb selbst bereits dem DrittelbG unterfällt (§ 4 Abs. 1 Satz 1 MitbestG a.E. i.V.m. § 1 Abs. 1 DrittelbG).

- 408 Zwar wird die KG vom Mitbestimmungsrecht grundsätzlich nicht erfaßt, doch mit Wegfall einer natürlichen Person als persönlich haftenden Komplementär entfällt auch der Grund für ihre Mitbestimmungsfreiheit aus Sicht des *Haftungsprinzips*.⁶⁷¹ Das *Aufsichtsratsdogma* hindert freilich eine unmittelbare Mitbestimmung der KG, weil diese nach ihrem Gesellschaftsstatut einen Aufsichtsrat nicht kennt. Fraglich bleibt aber, warum die Komplementärgesellschaft (GmbH oder AG) nicht auch der Drittelbeteiligung unterfallen soll, wenn sie zusammen mit der KG mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt.

II. Rechtfertigung

- 409 *Wißmann* sieht für die Ignoranz des DrittelbG gegenüber der Kapitalgesellschaft & Co. KG keine sachlichen Gründe, sondern nur eine politische Erklärung darin, daß der Gesetzgeber des DrittelbG den aus dem BetrVG 1952 überlieferten mitbestimmungsrechtlichen *status quo* nicht antasten wollte.⁶⁷² Ob es aber überhaupt eines sachlichen Grundes bedarf, hängt vom tatbestandlichen Vorliegen einer Gleichheitswidrigkeit im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG ab.
- 410 Die unterschiedliche Regelung der Arbeitnehmerzurechnung bei Komplementärgesellschaften wird weder durch das MitbestG noch durch das DrittelbG isoliert herbeigeführt. Verfolgt der Gesetzgeber einerseits eine strengere Betroffenenbeteiligung, indem er die Zurechnung von KG-Beschäftigten vorsieht, andererseits aber eine weniger strenge Betroffenenbeteiligung, indem er von einer Zurechnung absieht, mag man ihm Inkonsequenz zur Last legen. Gleichheits- und damit verfassungsrechtliche Relevanz resultiert daraus aber nicht automatisch. Die Frage ist vielmehr, ob eine Kapitalgesellschaft, die Komplementärin einer KG ist und mit dieser gemeinsam (aber nicht schon allein) mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, einer Kapitalgesellschaft, die Komplementärin einer KG ist und mit dieser gemeinsam mehr als 2.000 (allein aber nicht mehr als 500) Arbeitnehmer beschäftigt, „wesentlich gleich“ ist.
- 411 Da beide Mitbestimmungsgesetze unterschiedliche Voraussetzungen (mehr als 500 bzw. 2.000 Beschäftigte) und unterschiedliche Rechtsfolgen

671 *Baumann*, ZHR 142 (1978), 557 (566 f.); *Raiser/Veil*, § 4 MitbestG Rn. 1.

672 *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (388).

(Drittelbeteiligung bzw. quasi-paritätische Mitbestimmung) haben, können unterschiedliche Regelungen in beiden Gesetzen durch eine gestufte Mitbestimmungsintensität erklärt werden.⁶⁷³ Zunächst mutet es befremdlich an, daß eine Kapitalgesellschaft & Co. KG nicht zunächst der mildereren Drittelbeteiligung unterfallen soll, sondern – wenn sie die Voraussetzungen der §§ 4 Abs. 1, 1 Abs. 1 MitbestG erfüllt – sogleich der intensiveren quasi-paritätischen Mitbestimmung. Eine nach Beschäftigtenzahlen abgestufte Mitbestimmungsintensität scheint systemwidrig nicht verwirklicht worden zu sein.

Allerdings ist die Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG weniger eine Frage der Mitbestimmungspflicht einer bestimmten Unternehmensform, als vielmehr der Reichweite der Mitbestimmung bei einer bestimmten Unternehmensform. Komplementärgesellschaften unterliegen isoliert betrachtet den allgemeinen Mitbestimmungsregeln: Beschäftigen sie mehr als 500 Arbeitnehmer sind die drittelmitbestimmt, beschäftigen sie mehr als 2.000 Arbeitnehmer sind sie quasi-paritätisch mitbestimmt. Weil sie aber Entscheidungsmacht über die Unternehmenspolitik eines anderen (mitbestimmungsfreien) Unternehmens haben, kann der Gesetzgeber dies für besondere Mitbestimmungsregeln zum Anlaß nehmen. Neben Regeln zur Konzernzurechnung (§ 2 DrittelbG, § 5 MitbestG) hat er dies mit § 4 MitbestG für den Fall getan, daß die Entscheidungsmacht der Komplementärgesellschaft mehr als 2.000 Arbeitnehmer betrifft. Da es sich aber nicht um Arbeitnehmer der Komplementärgesellschaft handelt, wird weniger der Grundsatz der belegschaftsgrößenabhängigen Mitbestimmungsintensität in Frage gestellt, als vielmehr der Grundsatz der Betroffenenbeteiligung. 412

Doch auch die Betroffenenbeteiligung verwirklicht das Mitbestimmungsrecht bei der Konzernzurechnung – soweit es die tatsächliche Beteiligung an Aufsichtsratswahlen beim Mutterunternehmen und die Zurechnung im Vertragskonzern betrifft – nach DrittelbG und MitbestG einheitlich und folglich mit (konzern-)belegschaftsgrößenabhängiger Mitbestimmungsintensität. Wie die Arbeitnehmer in Konzernunternehmen (unabhängig von der Belegschaftsstärke des jeweiligen Tochterunternehmens gleichermaßen) der Leitungsmacht des Mutterunternehmens unterworfen sind, sind auch die Beschäftigten einer KG (unabhängig von ihrer Anzahl gleichermaßen) der Leitungsmacht der Komplementärgesellschaft unterworfen. Ob der Gesetzgeber diesen Sachverhalten mitbestimmungsrechtlich Rechnung tragen, oder sie ignorieren will, liegt in seinem Ermessen, wie effektiv Mitbestimmung realisiert werden soll. Entscheidet er sich aber für eine weitreichende Betroffenenbeteiligung und verfolgt im übrigen eine verhältnismäßig mit der Belegschaftsgröße zunehmende Mit- 413

673 Zur Vergleichbarkeit von DrittelbG und MitbestG siehe Rn. 381 ff.

bestimmungsintensität, muß er zur Wahrung der Gleichheit in der Mitbestimmung auch bei der Betroffenenbeteiligung darauf Rücksicht nehmen.

- 414 Da die Betroffenenbeteiligung im Rahmen der Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG nicht abhängig von der Belegschaftsstärke zunimmt, sondern nur ab einer Gesamtbelegschaft von 2.000 Arbeitnehmern greift, obwohl Belegschaften geringerer Größe gleichermaßen vom Mitbestimmungsdefizit bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG betroffen sind und damit dasselbe Mitbestimmungsinteresse haben, knüpft das Mitbestimmungsrecht an zwei wesentlich gleiche Sachverhalte unterschiedliche Rechtsfolgen, ohne daß ein Sachgrund dafür vorläge. Das Fehlen einer § 4 MitbestG vergleichbaren Regelung im DrittelbG ist deshalb gleichheitswidrig und macht die Arbeitnehmerzurechnung in der Kapitalgesellschaft & Co. KG verfassungswidrig.

D. Arbeitnehmerzurechnung im faktischen Konzern

I. Rechtslage

- 415 In dem Bestreben, Mitbestimmung in Unternehmensfragen möglichst allen betroffenen Arbeitnehmern unabhängig vom Entscheidungsspielraum ihres Vertragsarbeitgebers zu gewähren,⁶⁷⁴ enthalten die allgemeinen Mitbestimmungsgesetze in § 2 DrittelbG und § 5 MitbestG Vorschriften zur Konzernzurechnung, die Beschäftigte bei Tochterunternehmen zur Mitbestimmung beim Mutterunternehmen berechtigen.

1. Der Unterordnungskonzern

- 416 Voraussetzung ist zunächst ein Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Unternehmen, um die Arbeitnehmer des hierarchisch niederen Unternehmens dem hierarchisch höheren Unternehmen zum Zwecke der Unternehmensmitbestimmung hinzurechnen zu können.⁶⁷⁵ Maßgeblich ist das Konzernrecht der §§ 15 ff. AktG, woran das insoweit streng gesellschaftsrechtsakzessorische Mitbestimmungsrecht anknüpft,⁶⁷⁶ was aber nicht zwingend eine AG als Mutterunternehmen voraussetzt, sondern grundsätzlich rechtsformunabhängig gilt.⁶⁷⁷

674 Dazu Rn. 36 ff.

675 Zur Untauglichkeit der Mitbestimmung in gleichgeordneten Unternehmensstrukturen am Beispiel der kapitalistischen OHG siehe oben Rn. 291.

676 Mit geringern Abweichungen in Randbereichen, *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 5 MitbestG Rn. 11; speziell zur Auslegung des Beherrschungsvertrages i.S.d. § 2 Abs. 2 DrittelbG OLG Zweibrücken vom 18.10.2005 – 3 W 136/05 – NZG 2006, 31 (32).

677 *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 5 MitbestG Rn. 16.

Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG bilden ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen, die unter einer einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt sind, einen (Unterordnungs-)Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Nach § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG wird unwiderleglich vermutet, daß Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG besteht oder von denen das eine in das andere Unternehmen nach § 319 AktG eingegliedert ist, unter einer einheitlichen Leitung zusammengefaßt sind (*Vertragskonzern*). Nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG wird für ein abhängiges Unternehmen widerleglich vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen *faktischen Konzern* bildet. § 17 AktG definiert abhängige Unternehmen als rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen – das herrschende Unternehmen – unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluß ausüben kann, wobei von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet wird, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist und damit von ihm beherrscht wird. 417

2. Einheitliche Wahlbeteiligung beim Mutterunternehmen

Im Unterordnungskonzern findet nach allgemeinen Regeln eine Zurechnung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen zum herrschenden Unternehmen zum Zwecke der Unternehmensmitbestimmung statt (Konzernzurechnung). Voraussetzung ist zunächst nur, daß das herrschende Unternehmen als Ort der Konzernmitbestimmung nach allgemeinen Regeln (§ 1 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 DrittelbG) prinzipiell mitbestimmungsfähig ist, egal ob und wie viele Arbeitnehmer es beschäftigt⁶⁷⁸ – die Rechtsform des beherrschten Unternehmens und damit seine eigene Mitbestimmungseignung sind dagegen unbeachtlich.⁶⁷⁹ 418

Die allgemeinen Mitbestimmungsgesetze regeln die Konzernzurechnung aber nur insoweit einheitlich, als sie für die Beteiligung der Konzernbelegschaft *bei der Aufsichtsratswahl* beim herrschenden Unternehmen pauschal auf § 18 Abs. 1 AktG verweisen (§ 2 Abs. 1 DrittelbG, § 5 Abs. 1 MitbestG). Demnach sind alle Arbeitnehmer in Konzernunternehmen bei den Aufsichtsratswahlen beim herrschenden Unternehmen aktiv und passiv wahlberechtigt. Nur insoweit werden Vertragskonzern (§ 18 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG) und faktischer Konzern (§ 18 Abs. 1 Satz 3 AktG) von den Mitbestimmungsgesetzen gleich behandelt. 419

678 Ulmer/Habersack/Henssler, § 5 MitbestG Rn. 16.

679 Ulmer/Habersack/Henssler, § 5 MitbestG Rn. 18; Ulmer/Habersack/Henssler, § 2 DrittelbG Rn. 7.

3. Divergente Arbeitnehmerzurechnung im faktischen Konzern

- 420 Dagegen findet eine Zurechnung von Arbeitnehmern aus Tochter- zu Mutterunternehmen zum Zwecke der Feststellung der für das Mitbestimmungsstatut maßgeblichen *Mindestarbeitnehmerzahl* im Vertragskonzern und faktischen Konzern gleichermaßen nur nach § 5 Abs. 1 MitbestG statt, während § 2 Abs. 2 DrittelbG das *Mitzählen* der Konzernarbeitnehmer beim Mutterunternehmen nur im Vertragskonzern vorsieht. Der faktische Konzern ohne Beherrschungsvertrag oder Eingliederung wird von § 2 Abs. 2 DrittelbG im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 MitbestG nicht erfaßt.⁶⁸⁰
- 421 Dies hat zur Folge, daß das herrschende Unternehmen in einem *faktischen Konzern* mitbestimmungsfrei bleibt, solange es selbst nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt und die Anzahl der Konzernbeschäftigten nicht mehr als 2.000 beträgt, so daß die Generalzurechnung nach § 5 Abs. 1 MitbestG griffe. Das herrschende Unternehmen in einem *Vertragskonzern* ist hingegen bereits dann drittelmitbestimmt, wenn schon die Anzahl der Konzernbeschäftigten 500 übersteigt, egal wie viele Arbeitnehmer beim herrschenden Unternehmen direkt beschäftigt sind. Im faktischen Konzern findet eine Beteiligung aller Konzernarbeitnehmer zum Zwecke der Drittelbeteiligung nur statt, wenn das *herrschende Unternehmen selbst* mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt – im Vertragskonzern bereits, wenn *im Konzern insgesamt* mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Die Arbeitnehmerzurechnung im faktischen Konzern kann also keine Mitbestimmung bei der Konzernmutter nach dem DrittelbG, sondern nur nach dem MitbestG *herbeiführen*. Es ist zum Zwecke der Mitbestimmungsvermeidung folglich ratsam, arbeitnehmerreiche Tochterunternehmen nicht vertraglich zu beherrschen oder einzugliedern, sondern sie nur kraft Mehrheitsbeteiligung zu steuern, sofern dadurch verhindert werden kann, die 2.000-Arbeitnehmergrenze zu überschreiten.⁶⁸¹ Wenn dann auch noch beim Mutterunternehmen (und seinen vertraglich beherrschten oder eingegliederten Tochterunternehmen) nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt werden, findet überhaupt keine Konzernmitbestimmung statt.

II. Rechtfertigung

- 422 Die Ungleichbehandlung des faktischen Konzerns durch das DrittelbG einerseits und das MitbestG andererseits in bezug auf das *Mitzählen* der

680 Habersack, AG 2007, 641 (649) m.w.N.; Henssler, ZfA 2000, 241 (247).

681 Das Erfordernis der einheitlichen Leitung wird von der Rechtsprechung weniger beachtet und ist deshalb zur Mitbestimmungsvermeidung (bspw. durch Entherrschungsverträge) weniger geeignet; kritisch Walk/Burger, RdA 2009, 373 (375 f.).

Arbeitnehmer ist durch keinen Sachgrund zu rechtfertigen.⁶⁸² Jegliche Erwägungen, die an Unterschieden zwischen faktischem Konzern und Vertragskonzern ansetzen,⁶⁸³ werden schon im Ansatz dadurch widerlegt, daß die *tatsächliche Mitbestimmung* (aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat) in beiden Konzerntypen und nach beiden Mitbestimmungsgesetzen gleichermaßen durchgeführt wird. Deshalb mag es zwar im Einzelfall schwierig sein, in faktischen Konzernen die einzelnen Abhängigkeitsverhältnisse festzustellen, doch können diese Schwierigkeiten den Gesetzgeber nicht bewogen haben, nur Vertragskonzerne beim Mitzählen für die Drittelbeteiligung zu berücksichtigen, weil auch im faktischen Konzern die Konzernarbeitnehmer *mitwählen* dürfen und dafür die Abhängigkeitsverhältnisse feststehen müssen.⁶⁸⁴ Vor allem stellen sich im Anwendungsbereich des MitbestG die gleichen Probleme bei der Feststellung der faktischen Konzernverhältnisse, ohne daß § 5 MitbestG zwischen Zählen und Wählen oder zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern differenziert.

Daß der Ausschluß beim Mitzählen zum Zwecke der Drittelbeteiligung „sinnwidrig“ ist, wurde schon zu den Vorgängervorschriften §§ 76 Abs. 4, 77a BetrVG 1952 vorgebracht.⁶⁸⁵ Die Regelung läßt sich ohnehin nur rechtshistorisch erklären (freilich nicht rechtfertigen), denn auch schon vor dem Inkrafttreten des MitbestG 1976 folgte die Konzernzurechnung der Kompromißformel des § 77a BetrVG 1952⁶⁸⁶ (inhaltlich § 2 Abs. 2 DrittelbG entsprechend), weil eine Generalzurechnung im faktischen Konzern im Gesetzgebungsverfahren keine Mehrheit fand.⁶⁸⁷ Der Gesetzgeber beließ es trotz Einführung des § 5 MitbestG dabei, weil er – so die Vermutung *Wißmanns* – der Maxime folgte, „auf dem Gebiet der Unternehmensmitbestimmung keine Änderungen vorzunehmen, die bisher nicht erfaßte Unternehmen der Mitbestimmung überhaupt – oder einer intensiveren Variante – unterwerfen oder bisher erfaßte von ihr ausschließen würden“.⁶⁸⁸ Obwohl die quasi-paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 ungleich stärkere Mitbestimmungsrechte und auch eine vollständige Arbeitnehmerzurechnung ohne Zählungs-

682 Ebenso *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (387).

683 In diese Richtung BayObLG vom 10.12.1992 – 3 Z BR 130/92 – NJW 1993, 1804 (1805).

684 Offenbar übersehen von BayObLG vom 10.12.1992 – 3 Z BR 130/92 – NJW 1993, 1804 (1805).

685 *Fitting/Kraegeloh/Auffarth*, BetrVG 1952, 7. Aufl., § 76 Rn. 79.

686 Eingefügt mit Wirkung zum 1.1.1966, vgl. *Fitting/Kraegeloh/Auffarth*, BetrVG 1952, 7. Aufl., Anm. zu § 77a.

687 BT-Drs. 4/3296, S. 67; *Fitting/Kraegeloh/Auffarth*, BetrVG 1952, 7. Aufl., § 76 Rn. 79.

688 *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (387 f.).

beschränkung im faktischen Konzern einführte, blieb es nach der Mitbestimmungsreform 1976 bei der beschränkten Zurechnung beim nur drittelbeteiligten BetrVG 1952. Damit wurde diese systeminterne Ungleichbehandlung geboren. Mit Überführung der §§ 76 ff. BetrVG 1952 in das DrittelbG⁶⁸⁹ wurde an der Regelung festgehalten, ja mußte der Ausschuß für Arbeit und Soziales sogar eine Beschränkung auf den Vertragskonzern beim *Mitwählen* verhindern.⁶⁹⁰ Allerdings hielt die Ausschußbegründung nicht das, was sie versprach:

„Der Konzernbegriff soll in den Mitbestimmungsgesetzen einheitlich geregelt werden. Deshalb soll die Vermutungsregelung des § 18 Abs. 1 Satz 3 Aktiengesetz auch für das Drittelbeteiligungsgesetz gelten. Mit der Verweisung auf den gesamten Absatz 1 des § 18 Aktiengesetz wird eine Angleichung an § 5 Mitbestimmungsgesetz und § 54 Betriebsverfassungsgesetz vollzogen“.⁶⁹¹

- 424 Ob mitbestimmungsrechtliche Konzernzurechnungsvorschriften den faktischen Konzern erfassen oder nicht, liegt im Ermessen des Gesetzgebers, wieweit er die Betroffenenbeteiligung⁶⁹² ausgestalten will.⁶⁹³ Ob Konzernbeschäftigte bei der Konzernmutter nur mitwählen oder auch mitzählen, kann man auch noch seiner Gestaltungsfreiheit zuschlagen, obgleich dadurch die Einheitlichkeit der Betroffenenbeteiligung schon mehr in Frage gestellt wird. Können Arbeitnehmer im faktischen Konzern aber nach dem einen Mitbestimmungsgesetz beim Mutterunternehmen nur mitwählen, während sie nach dem anderen Mitbestimmungsgesetz mitwählen und mitzählen, ist dies auch mit dem für die Betroffenenbeteiligung geltenden Grundsatz der belegschaftsgrößenabhängigen Mitbestimmungsintensität⁶⁹⁴ nicht mehr zu vereinbaren. Führen faktische Konzernbeziehungen nicht zur Drittelbeteiligung aber zur quasi-paritätischen Mitbestimmung beim Mutterunternehmen, während das Mitbestimmungsrecht im übrigen von der Gleichwertigkeit der Konzernbeziehungen und damit der mitbestimmungsrelevanten Sachverhalte ausgeht, ist dies systemwidrig.⁶⁹⁵

689 Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, BT-Drs. 15/2542.

690 Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drs. 15/2739, S. 3.

691 BT-Drs. 15/2739, S. 3.

692 Dazu Rn. 36 f.

693 KG vom 7.6.2007 – 2 W 8/07 – NZG 2007, 913 (914).

694 Dazu Rn. 29 ff.

695 Ebenso *Raiser*, 66. DJT, Gutachten B, S. 91 f.; a.A. *Habersack*, AG 2007, 641 (649): „Die Konzernmitbestimmung nach dem DrittelbG bleibt damit zwar beträchtlich hinter derjenigen des MitbestG zurück [...]. Doch ist die Anknüpfung der Konzernmitbestimmung an ein konzernrechtlich legitimes

Für die Differenzierung zwischen faktischem Konzern und Vertragskonzern bei der Arbeitnehmerzahlbestimmung nach § 2 Abs. 2 DrittelbG sind keine Sachgründe ersichtlich, die insbesondere die Abweichung zu § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG rechtfertigen könnten. Da die Ungleichbehandlung angesichts des Verlaufs der Gesetzgebung auch kein Redaktionsversehen darstellt,⁶⁹⁶ ist sie mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar und deshalb verfassungswidrig. 425

Weisungsrecht der Konzernspitze keineswegs willkürlich und deshalb de lege lata uneingeschränkt zu respektieren“.

696 KG vom 7.6.2007 – 2 W 8/07 – NZG 2007, 913 (914); Ulmer/Habersack/Henssler, § 2 DrittelbG Rn. 1; Raiser/Veil, § 2 DrittelbG Rn. 13; a.A. Boewer/Gaul/Otto, GmbHR 2004, 1065 (1067).

§ 5 Systemausnahmen

- 426 Bei Systemausnahmen handelt es sich um Mitbestimmungsregelungen, die jenseits des allgemeinen Mitbestimmungssystems liegen, von diesem also *per se* ausgenommen sind, ohne daß dies im System selbst angelegt oder auf Divergenzen zwischen DrittelbG und MitbestG zurückzuführen wäre. Sie bilden als Sondermitbestimmungsstatute keine selbständigen rechtlichen Ordnungssysteme, die sich jedweder Vergleichbarkeit mit den allgemeinen Mitbestimmungsgesetzen entzögen und nur intern auf Systemkonformität überprüft werden könnten.⁶⁹⁷ Auch wenn die Unternehmensmitbestimmung auf mehrere Gesetze verteilt geregelt ist, bilden das DrittelbG und das MitbestG den einheitlichen Ordnungsbereich und damit die hier relevante Vergleichsgruppe, weil sie den Lebenssachverhalt der Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen abschließend regeln. Gäbe es die sondergesetzlichen Systemausnahmen nämlich nicht, würden auch die von ihnen erfaßten Unternehmen ohne weiteres den allgemeinen Mitbestimmungsgesetzen unterfallen. Es ist also zu fragen: Was unterscheidet die sondermitbestimmten Unternehmen von allen übrigen, daß sie nicht den allgemeinen Statuten unterworfen sein sollen? Lassen sich daraus Sachgründe für ihre Sonderbehandlung gewinnen? Stehen die Sachgründe in einem inneren, wenn nötig auch verhältnismäßigem Zusammenhang zur daran anknüpfenden Sonderregelung?

A. Sondermitbestimmung in der Montanindustrie

I. Mitbestimmungsstatute

1. Entwicklung

- 427 Für Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie ist mit dem MontanMitbestG von 1951⁶⁹⁸ und dem Montan-

697 So aber *Preis*, AuR 1983, 161 (167 f.), für die Montanmitbestimmung unter Verweis auf BVerfG vom 25.7.1960 – 1 BvL 5/59 – BVerfGE 11, 283 (293), wo das Gericht allerdings die Vergleichbarkeit unterschiedlicher Pfändungsschranken für Angestelltenrenten und Beamtenruhegehälter abgelehnt hatte.

698 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21.5.1951, BGBl. I 347, zuletzt geändert durch Art. 220 VO vom 31.10.2006, BGBl. I, 2407.

MitbestErgG von 1956⁶⁹⁹ die Unternehmensmitbestimmung nach eigenen Regeln gestaltet. Bereits vor Erlaß dieser Gesetze wurde seit 1947 in der besatzungsrechtlich besonders beaufsichtigten Montanindustrie die Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen teilweise praktiziert.⁷⁰⁰ Obgleich schon 1952 mit den §§ 76 ff. BetrVG a.F. eine branchenunabhängige Drittelbeteiligung für alle Kapitalgesellschaften eingeführt wurde, beließ es der Gesetzgeber damals, wie auch bei den späteren Reformen des Mitbestimmungsrechts, bis heute bei der Sonderrolle der Montanmitbestimmung und überführte sie nicht in die allgemeinen Statuten.

Im Gegenteil: Um ein Abwandern von Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des MontanMitbestG infolge der Bildung von montanfreien Obergesellschaften mit Montan-Tochterunternehmen zu verhindern, wurden Konservierungsmaßnahmen in Gestalt des MontanMitbestErgG („lex Mannesmann I“ 1956), insbesondere durch Abstellen auf den allgemeinen Unternehmenszweck (§ 3 MontanMitbestErgG), ergriffen.⁷⁰¹ Außerdem wurde der fortschreitenden Deindustrialisierung und dem damit einhergehenden Bedeutungsverlust der Montanmitbestimmung zunächst durch eine Verlängerung der Übergangsfristen („lex Rheinstahl I“ 1967)⁷⁰², dann durch eine generelle Veränderungssperre („lex Rheinstahl II“ 1971)⁷⁰³ und schließlich durch eine erneute Verlängerung der Übergangsfristen auf die heute noch geltenden sechs Jahre (§ 1 Abs. 3 MontanMitbestG – „lex Mannesmann II“ 1981)⁷⁰⁴ Rechnung getragen.⁷⁰⁵ Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sollen jedoch nicht die „Nebenkriegsschauplätze“ sein, die sich auf die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahmengesetzgebung zur Sicherung der

699 Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 7.8.1956, BGBl. I, 707, zuletzt geändert durch Art. 194 Gesetz vom 19.4.2006, BGBl. I, 707.

700 Kötter, S. XV f.; WWKK/Wißmann, Vorbem. Rn. 12; zur Geschichte ErfK/Oetker, Einl. MontanMitbestG Rn. 1 ff.; zum saarländischen Gesetz Nr. 560 vom 22.12.1956 (Abl. Saarland, 1703) Wiesner, AuR 1978, 73, 78f.

701 WWKK/Wißmann, Vorbem. Rn. 13.

702 Gesetz vom 27.4.1967, BGBl. I, 505.

703 Gesetz vom 29.11.1971, BGBl. I, 1857.

704 Gesetz vom 21.5.1981, BGBl. I, 441.

705 Ausführlich WWKK/Wißmann, Vorbem. Rn. 11 ff., auch zum Gesetz zur Verlängerung der Auslaufzeiten (1987) und zur Sicherung der Montanmitbestimmung (1988).

Montanmitbestimmung beschränken,⁷⁰⁶ sondern die gleichheitsrechtliche Rechtfertigung des Sondermitbestimmungsstatuts als solches.⁷⁰⁷

2. Betroffene Unternehmen

- 429 Der Montanmitbestimmung unterfallen Unternehmen, welche die in § 1 Abs. 1 MontanMitbestG umschriebenen Betriebszwecke verfolgen, d.h. Kohle oder Erze fördern und weiterverarbeiten, in Form einer AG oder einer GmbH betrieben werden und in der Regel mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigen oder – heute nicht mehr existierende – Einheitsgesellschaften⁷⁰⁸ sind (§ 1 Abs. 2 MontanMitbestG).⁷⁰⁹ Außerdem sorgt das MontanMitbestErgG dafür, daß Obergesellschaften solcher Unternehmen ebenfalls einer leicht modifizierten Form der Montanmitbestimmung unterfallen, obwohl sie die Anforderungen von § 1 Abs. 1 MontanMitbestG selbst nicht erfüllen. Erforderlich ist für Alt-Montanunternehmen nur, daß der Konzernzweck als solcher noch durch Unternehmen „gekennzeichnet“ ist (§ 3 Abs. 1 Satz 1 MontanMitbestErgG), die dem MontanMitbestG unterfallen. Diese Kennzeichnung hängt nach § 3 Abs. 2 MontanMitbestErgG entweder von der sog. Montanquote von 20 Prozent der Gesamtwertschöpfung im Konzern (Nr. 1) oder – nunmehr verfassungskonform⁷¹⁰ – von einer Beschäftigtenquote von 20 Prozent in der Montanindustrie (Nr. 2) ab. Die Eintrittsschwelle für Neu-Montanunternehmen liegt gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 MontanMitbestErgG bei 50 Prozent des Umsatzes unabhängig von der Montan-Beschäftigungsquote.⁷¹¹
- 430 Wie viele Unternehmen tatsächlich heute noch der Montanmitbestimmung unterfallen, läßt sich nur schätzen. Die letzte Erhebung stammt aus dem Jahre 2005 und ergab eine Anzahl von 45 Unternehmen, von denen allerdings die Hälfte nur noch aufgrund „freiwilliger Vereinbarungen“ mit

706 Exemplarisch zu den damit verbundenen Fragen des gesetzgeberischen Entwicklungs- und Beurteilungsspielraums *Scholz*, AG 1972, 195 ff.

707 Dazu auch *Kittner*, BB 1971, 1057 (1058 ff.); *Krüger*, FS Friauf, S. 611 (617 ff.); *Mayer*, BlStSozArbR 1981, 86 (90); *H.-P. Müller*, DB 1977, 163 (164 ff.); *Preis*, AuR 1983, 161 (164 ff.); *von Zezschwitz*, BB 1971, 479 (483).

708 Der Begriff geht auf das AHK-Gesetz Nr. 27, AHK-ABl. 1950, 299, zurück und meint Gesellschaften, denen die Alliierten vorübergehend Vermögensgegenstände von Unternehmen des deutschen Kohlebergbaus (Art. 3 Nr. 1) und der deutschen Eisen- und Stahlindustrie (Art. 4 Nr. 3) zum Zwecke der Dezentralisierung der deutschen Wirtschaft übertragen haben; vgl. *Kötter*, § 1 Anm. 14.

709 Im einzelnen *ErfK/Oetker*, § 1 MontanMitbestG Rn. 2 ff.

710 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (393 ff.). Ursprünglich war eine absolute Montanbeschäftigtenzahl von 2.000 als ausreichend angesehen worden.

711 Dazu auch Rn. 307 f.

den Gewerkschaften der verschärften Mitbestimmung unterfielen.⁷¹² Eine solche Mitbestimmungsvereinbarung haben beispielsweise die Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie (IG BCE) und Teilkonzerne der RAG AG dergestalt geschlossen, daß für die Obergesellschaften der montanfreien Teilkonzerne ein Arbeitsdirektor installiert wird, der nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bestellt oder abberufen werden kann.⁷¹³ Mit fortschreitendem Rückgang der Montanindustrie, nicht zuletzt durch das Einstellen staatlicher Subventionierung der Steinkohleförderung,⁷¹⁴ ist ein nahezu vollständiger Wegfall des obligatorischen Anwendungsbereichs anzunehmen. Bereits 1989 wäre nur noch ein einziges Unternehmen montanmitbestimmt gewesen, hätte der Gesetzgeber nicht noch einmal konservierend eingegriffen.⁷¹⁵ Dem MontanMitbestErgG unterfallen seit 1999 überhaupt keine Unternehmen mehr.⁷¹⁶ Seit 2002 gibt es keine GmbH mehr, für die das MontanMitbestG gilt.⁷¹⁷

3. Sondermitbestimmung

a) MontanMitbestG

Die Montanmitbestimmung ist, obgleich sie die älteste Form der bundesrepublikanischen Unternehmensmitbestimmung darstellt⁷¹⁸, zugleich auch die weitestreichende. Dieses Sondermitbestimmungsstatut wird deshalb auch als Modell einer paritätischen Mitbestimmung angesehen.⁷¹⁹ 431

aa) Zusammensetzung und Wahl des Aufsichtsrats

Die Zusammensetzung und Wahl des Aufsichtsrats⁷²⁰ richtet sich nach den §§ 4 ff. MontanMitbestG und läßt sich wie folgt umreißen: 432

712 Raiser, 66. DJT, Gutachten B, S. 21; zur Unverbindlichkeit solcher Vereinbarungen Mertens, AG 1982, 141 ff.; Peus, AG 1982, 206 ff.

713 Beermann, Die Mitbestimmung 5/2001, 25.

714 Gesetz zur Finanzierung der Beendigung des subventionierten Steinkohlenbergbaus zum Jahr 2018 (Steinkohlefinanzierungsgesetz) vom 20.12.2007, BGBl. I, 3086.

715 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (393).

716 Henssler, 50 Jahre BGH, S. 387 (412); GK-AktG/Oetker, MitbestErgG Einl. Rn. 10.

717 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 52 Rn. 281; vgl. ders., 19. Aufl. 2010, § 52 Rn. 310.

718 Beachte aber § 70 Reichsbetriebsrätegesetz (Fn. 36, S. 34).

719 Badura, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, S. 21.

720 Gem. § 3 MontanMitbestG hat auch eine GmbH einen Aufsichtsrat zu bilden.

- Der Aufsichtsrat besteht in Abweichung von § 7 MitbestG aus elf Mitgliedern (§ 4 Abs. 1 Satz 1 MontanMitbestG), sofern nicht durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag und bei einem erhöhten Nennkapital von mehr als zehn oder 25 Millionen Euro eine Mitgliederanzahl von 15 bzw. 21 vereinbart wird (§ 9 MontanMitbestG).
- Die vier Vertreter der Anteilseigner und ein weiteres Mitglied (§ 4 Abs. 1 Satz 2 lit. a MontanMitbestG) werden nach Maßgabe von Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag gewählt (§ 5 MontanMitbestG).
- Die vier Vertreter der Arbeitnehmer und ein weiteres Mitglied (§ 4 Abs. 1 Satz 2 lit. b MontanMitbestG) werden teils auf Vorschlag der Betriebsräte, teils auf Vorschlag der Spitzenorganisationen der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften vom Wahlorgan gewählt (§ 6 MontanMitbestG).
- In Pattsituationen hat der Vorsitzende keine zweite Stimme (so aber nach § 29 Abs. 2 MitbestG). Vielmehr entscheidet das elfte (oder 15. oder 21.), neutrale Aufsichtsratsmitglied. Dieses wird im Zweifel nicht von der Anteilseignerseite gewählt (so aber § 27 Abs. 2 MitbestG), sondern in einem konsensualen und deshalb sehr diffizilen Verfahren nach § 8 MontanMitbestG. Im Rahmen dieses Wahlverfahrens wird unter Umständen nicht nur ein besonderer Vermittlungsausschuß gebildet, sondern auch das Oberlandesgericht eingeschaltet, das über die berechtigte oder unberechtigte Ablehnung von Kandidaten entscheidet. Nur wenn das Vermittlungsverfahren zweimal scheitert oder kein Wahlvorschlag gemacht wird, kann nach § 8 Abs. 3 Satz 7 MontanMitbestG das Wahlorgan in Gestalt der Anteilseignerversammlung (Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung) das neutrale Mitglied „von sich aus“ wählen. Dies schwächt die paritätische Gesamtausrichtung aufgrund der vorher zu nehmenden praktischen Hürden freilich nur formal.⁷²¹
- „Nach unten“ wird bei den leitenden Angestellten abgewichen, denn sie haben nach dem MontanMitbestG keinen eigenen Vertreter im Aufsichtsrat (anders § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG).

bb) Mitbestimmung im Vorstand

- 433** Als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs (Vorstand bzw. Geschäftsführung) wird nach § 13 Abs. 1 Satz 1 MontanMitbestG ein Arbeitsdirektor bestellt (ebenso § 33 Abs. 1 Satz 1 MitbestG). Er kann aber anders als nach dem MitbestG gegen den Willen

⁷²¹ *Badura*, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, S. 21; ähnlich *MüHdbArbR/Wißmann*, § 381 Rn. 21.

der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat weder bestellt noch abberufen werden (§ 13 Abs. 1 Satz 2, 3 MontanMitbestG), so daß die Arbeitnehmervertreter ein „eigenes“ Vorstandsmitglied für das Personal- und Sozialwesen im Unternehmen⁷²² durchsetzen können.

b) MontanMitbestErgG

Das MontanMitbestErgG regelt in Art. 1 die „Mitbestimmung in herrschenden Unternehmen“: 434

- Der Aufsichtsrat besteht aus 15 Mitgliedern (§ 5 Abs. 1 Satz 1 MontanMitbestErgG) und kann ab einem Gesellschaftskapital von mehr als 25 Millionen Euro durch Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag auf 21 Mitglieder erweitert werden (§ 5 Abs. 1 Satz 3 MontanMitbestErgG).
- Wie im MontanMitbestG ist das 15. (oder 21.) Mitglied als neutrales Mitglied in Pattsituationen die entscheidende Person und wird nach den gleichen Regeln wie im MontanMitbestG gewählt (§ 5 Abs. 3 MontanMitbestErgG).
- Im übrigen folgt das MontanMitbestErgG den Regeln des MontanMitbestG mit geringen Abweichungen bei der Bestellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, insbesondere sieht es nur zwei (oder drei) externe Gewerkschaftsvertreter (§ 6 MontanMitbestErgG) und keine „weiteren Mitglieder“ auf Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite (§ 5 Abs. 1 Satz 2 MontanMitbestErgG) vor.
- Der Arbeitsdirektor ist – insoweit im Einklang mit § 33 MitbestG – nicht zwangsläufig im Einvernehmen mit den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zu wählen (§ 13 MontanMitbestErgG).
- Die leitenden Angestellten haben wie nach dem MontanMitbestG keinen Anspruch auf einen eigenen Vertreter im Aufsichtsrat.

Die Montanmitbestimmung in Obergesellschaften nach dem MontanMitbestErgG ist folglich ein dem MitbestG angenähertes, jedoch gerade in der fehlenden Doppelstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden entscheidend abweichendes Sonderstatut, welches das im Mitbestimmungsurteil des BVerfG maßgebliche leichte Übergewicht und Letztentscheidungsrecht der Anteilseignerseite⁷²³ jedenfalls im Aufsichtsrat aufhebt.⁷²⁴ 435

722 „Arbeitsdirektor“ ist nicht Titel sondern Funktionsbezeichnung, ErfK/Oetker, § 13 MontanMitbestG Rn. 1.

723 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (346, 350, 351).

II. Rechtfertigung der Sondermitbestimmung

- 436 Im Folgenden ist die Sondermitbestimmung in der Montanindustrie auf Sachgründe zu untersuchen, welche die Ungleichbehandlung der Montanunternehmen gegenüber den montanfreien Unternehmen rechtfertigen können.

1. Besatzungsrechtliche Determination

- 437 Zunächst ist dem zeitlichen Kontext Rechnung zu tragen, in dem die Montanmitbestimmung entstand.

a) Historie

- 438 Die Montanindustrie ist nach dem Zweiten Weltkrieg aus den besonderen Umständen der besatzungsrechtlichen Beschlagnahme, Demontage und Entflechtung der Ruhrindustrie hervorgegangen.⁷²⁵ Die Alliierte Hohe Kommission (AHK) hatte sich die „Dezentralisierung der deutschen Wirtschaft zum Ziele gesetzt, um übermäßige Konzentration wirtschaftlicher Macht zu beseitigen und die Entwicklung eines Kriegspotentials zu verhindern“.⁷²⁶ Daraus wird bisweilen versucht, ihre Sonderbehandlung zu rechtfertigen.⁷²⁷
- 439 Tatsächlich gestattete nur die Besatzungsbehörde *North German Iron and Steel Control* 1947 eine informelle Form der Montanmitbestimmung für die eisenschaffende Industrie, während die *North German Coal Control* für den Kohlebergbau keine Mitbestimmung zuließ.⁷²⁸ Das Angebot zur verstärkten Arbeitnehmerbeteiligung kam indes von den Unternehmern selbst, die eine radikale Zerschlagungspolitik der Alliierten fürchteten⁷²⁹ und sich eine günstigere Verhandlungsposition erhofften.⁷³⁰ Hingegen suspendierten die Besatzungsmächte aber auch diverse Betriebsräte-

724 Daß damit die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 14 GG wieder zur Disposition gestellt wird, soll hier nicht vertieft werden. Zur mutmaßlichen Auffassung des BVerfG WWKK/*Wißmann*, Vorbem. Rn. 48.

725 Vgl. Gesetz Nr. 27, AHK-ABl. 1950, 299; Verfügung Nr. 7 der brit. Militärregierung vom 20.8.1946, ABl. d. brit. Militärreg., 308 f.

726 Präambel zum Gesetz Nr. 27, AHK-ABl. 1950, 299; zu den ersten beiden Durchführungsverordnungen zum Gesetz Nr. 27 *Pinckernelle*, BB 1951, 62 ff.

727 *Kittner*, BB 1971, 1057 (1059).

728 *E. R. Huber*, Wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 132.

729 Exemplarisch der Brief von *Reusch* (Gutehoffnungshütte Oberhausen AG), *Jarres* (Klöckner-Werke AG) und *Hehemann* (Otto Wolff) an den Leiter des Verwaltungsamtes für Wirtschaft der amerikanischen und britischen Zone *Agartz*, abgedruckt bei *Peters*, Dok. 17, S. 82 (84 f.).

730 *Goch*, Strukturwandel, S. 138 („Bündnis mit dem Teufel“); *Mayer*, BStSozArbR 1981, 86 (90).

gesetze der Länder⁷³¹, was als Mißtrauen gegenüber den zunehmenden Beteiligungstendenzen gedeutet werden kann.⁷³² Nach der Entflechtungsliquidation der bestehenden Gesellschaften und Erlass des Montan-MitbestG wurden die umgestalteten Montanunternehmen 1951 schließlich wieder aus der besatzungsrechtlichen Kontrolle entlassen⁷³³, so daß sich nur feststellen läßt, „daß die Alliierten die paritätische Mitbestimmung 1947 in Kraft gesetzt haben“.⁷³⁴ Ihre Erfinder waren sie gleichwohl nicht.⁷³⁵

Die besatzungsrechtlichen Einflüsse auf die Montanmitbestimmung konnten jedoch zu keinem Zeitpunkt als Rechtfertigungsgrund des gesetzlichen Sonderstatuts dienen, denn die AHK hatte beschlossen, „die endgültige Entscheidung über die Eigentumsverhältnisse im Kohlebergbau und in der Eisen- und Stahlindustrie einer aus freien Wahlen hervorgegangenen, den politischen Willen der Bevölkerung zum Ausdruck bringenden deutschen Regierung zu überlassen“.⁷³⁶ Damit hatte der Gesetzgeber 1951 die uneingeschränkte Sachgestaltungsbefugnis auch für die Mitbestimmung in der Montanindustrie und war an keine besatzungsrechtlichen Vorgaben betreffend die Mitspracherechte der Arbeitnehmer gebunden.⁷³⁷ 440

Die Bundesregierung strebte auch völlig zu Recht zunächst die Anwendung des allgemeinen, damals noch mitbestimmungsfreien Gesellschaftsrechts auf die neuen Unternehmen⁷³⁸, später eine allgemeine Drittelbeteiligung ohne Sonderstatuten an⁷³⁹, was jedoch bezogen auf die Interimsmitbestimmung in der Eisen- und Stahlindustrie eine Abschaffung bzw. Reduzierung der Arbeitnehmermitsprache bedeutet hätte. „Nur der entschlossene Widerstand der Arbeitnehmer und ihrer 441

731 E. Schmidt, Verhinderte Neuordnung, S. 163.

732 Mayer, BlStSozArbR 1981, 86 (90).

733 Vgl. Art. 8 Gesetz Nr. 27, AHK-ABl. 1950, 299; dazu insgesamt Badura, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, S. 18; ders./Rittner/Rüthers, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, S. 6 f.; Boldt, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, S. 6 ff.

734 Rappe, MdB (SPD), BT-PlProt. 7/7496.

735 Mayer, BlStSozArbR 1981, 86 (90).

736 Präambel zum Gesetz Nr. 27, AHK-ABl. 1950, 299.

737 Mayer, BlStSozArbR 1981, 86 (90), sieht jedenfalls nach Unterzeichnung der Pariser Verträge 1955 keine Ingerenzen mehr; Preis, AuR 1983, 161 f., sieht dennoch die historische Sonderrolle als sachgerechtes Unterscheidungskriterium an (a.a.O., S. 166); a.A. E. R. Huber, Wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 132: „Für die Neuordnung [...] forderten die Militärregierungen die Aufrechterhaltung des in der eisenschaffenden Industrie eingeführten Mitbestimmungssystems“.

738 Mayer, BlStSozArbR 1981, 86 (91).

739 Boldt, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, S. 7 f.

Gewerkschaften hat damals einen Abbau der Mitbestimmungsrechte verhindert“.⁷⁴⁰ Tatsächlich machten sich die Gewerkschaften die ohnehin geschwächte Lage von Unternehmerschaft und Staat zunutze⁷⁴¹ und setzten der Bundesregierung ein Ultimatum, um die Überführung der auf Betriebsebene⁷⁴² besatzungsbehördlich genehmigte Sondermitbestimmung in die gesetzliche Mitbestimmungsregelung zu erreichen; ansonsten hätte sie zum Streik aufgerufen.⁷⁴³ Angesichts der über 90-prozentigen Zustimmung in der Urabstimmung⁷⁴⁴ suchte Bundeskanzler *Adenauer* die Aussprache mit ausgesuchten Sachverständigen und Gewerkschaftsvertretern, was schließlich zu den „Richtlinien über die Mitbestimmung in der Kohle und Eisen schaffenden Industrie“⁷⁴⁵ führte – der Grundlage des späteren MontanMitbestG.⁷⁴⁶

b) Handlungsfreiheit des Gesetzgebers

- 442 Politischer (Un-)Wille ist jedoch kein Rechtfertigungsgrund, solange reale Handlungsalternativen bestehen. Eine Ungleichbehandlung kann nicht in geglückter Lobbyarbeit ihren Legitimationsgrund finden, weil der Gleichheitssatz den Gesetzgeber gerade auf *Sachgründe* verpflichtet, die er zum Anknüpfungspunkt für Differenzierungen machen darf⁷⁴⁷, und nicht auf vom Willen gekürte Gründe, hier: Sonderinteressen.⁷⁴⁸ Bloß weil die Besatzungsbehörde zwischen 1947 und 1951 paritätische Mitbestimmung in zum Zwecke der Umgestaltung hoheitlich beschlagnahmten Unternehmen der Eisen- und Stahlindustrie zuließ, waren die neuen

740 *Rappe*, MdB (SPD), BT-PlProt. 7/7496.

741 *Goch*, Strukturwandel, S. 139.

742 Vgl. Betriebsvereinbarung der Stahlwerk Osnabrück AG abgedruckt bei *Peters*, Montanmitbestimmung, Dok. 26 (S. 117 ff.). Hingegen beschränkte sich die Betriebsvereinbarung der Stahlwerke Bochum AG, abgedruckt bei *Peters*, Montanmitbestimmung, Dok. 25 (S. 112 ff.), auf Unterrichtungspflichten der Unternehmensorgane.

743 *Boldt*, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, S. 9; vgl. Aufruf der IG Metall zur Urabstimmung in der Eisen- und Stahlindustrie vom November 1950, abgedruckt bei *Peters*, Montanmitbestimmung, Dok. 32 (S. 158 f.).

744 *Mayer*, BlStSozArbR 1981, 86 (91).

745 Abgedruckt bei *Peters*, Montanmitbestimmung, Dok. 33 (S. 160 ff.).

746 *Boldt*, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, S. 11 ff.; *Peters*, Montanmitbestimmung, S. 160 (Asterisk); zusammenfassend BGH vom 28.2.1983 – II ZB 10/82 – BGHZ 87, 52 (56).

747 BVerfG vom 5.5.1964 – 1 BvR 416/61, 106/62 – BVerfGE 17, 381 (388 f.).

748 *Morgenthaler*, in: Mellinghoff/Palm, Gleichheit im Verfassungsstaat, S. 51 (65): „Unabhängig davon sollten Inkonsistenzen und Wertungswidersprüche immer dann verworfen werden, wenn sie zu Differenzierungen führen, die erkennbar nur der Befriedigung von Individual- oder Gruppeninteressen dienen können“.

Montanunternehmen, als sie schließlich in die Freiheit entlassen wurden, nicht Unternehmen *sui generis*, die von Anfang an montanmitbestimmt geboren mit allen anderen Gesellschaften nicht mehr vergleichbar gewesen wären.⁷⁴⁹ Im Zeitpunkt des Erlasses des MontanMitbestG bestanden keine besatzungsrechtlichen Ingerenzen mehr, die der Gesetzgeber zu beachten gehabt hätte.⁷⁵⁰ Die vorangegangene, besatzungsbehördlich gebilligte Praxis hat – wie eine Experimentierklausel⁷⁵¹ – nicht mehr als Erfahrungen in paritätischer Arbeitnehmerbeteiligung geliefert. Die verfassungsrechtliche Überprüfung des anschließend vom Gesetzgeber gewählten Modells wurde damit weder determiniert noch ausgeschlossen.⁷⁵²

c) Keine Fremdbestimmung durch Verbände

Wenn der Gesetzgeber Sozialpartnervereinbarungen zum Gegenstand eines Gesetzes macht, entbindet dies ihn nicht von seiner Verantwortung aus Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG. Auch wenn das übernommene Statut konsensual zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden ausgehandelt worden ist, stellt dies allein keinen sachlichen Grund für damit herbeigeführte Ungleichbehandlungen dar.⁷⁵³ Die Sozialpartner sind nicht – egal wie mitgliederstark sie auch sein mögen – demokratisch legitimiert⁷⁵⁴, sondern der Gesetzgeber. Erst recht erzeugt eine Sozialpartnervereinbarung keine tatbestandlichen Ungleichheiten gegenüber anderen Sachverhalten und kann deshalb nicht zum legitimen Anknüpfungspunkt ihrer selbst gemacht werden.⁷⁵⁵ 443

Entgegen *Kittner*⁷⁵⁶ ist die Situation auch nicht mit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen vergleichbar: Durch Allgemein- 444

749 So aber zur Rechtfertigung vor Art. 14 GG *E. R. Huber*, Wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 133: „Die Rechtsbeschränkung ging im Montanbereich der Rechtsentstehung voraus“; dem zustimmend *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz, S. 6.

750 Ebenso *Preis*, AuR 1983, 161.

751 Der Leiter der North German Iron and Steel Control *Harris-Burland* sprach selbst von einem „Experiment“; zitiert bei *E. Schmidt*, Verhinderte Neuordnung, S. 83.

752 *Preis*, AuR 1983, 161 (162); a.A. *E. R. Huber*, Wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 131; in diese Richtung auch *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz, S. 6 f.

753 So aber *Kittner*, BB 1971, 1057 (1059); *Mayer*, BlStSozArbR 1981, 86 (91); dagegen *Preis*, AuR 1983, 161 (166): „problematisch“.

754 HdbStR/*Böckenförde*, § 24 Rn. 29; *Rieble*, Mitbestimmung, Rn. 16.

755 Deshalb zirkulär *Kittner*, BB 1971, 1057 (1059); *Mayer*, BlStSozArbR 1981, 86 (91).

756 BB 1971, 1057 (1059 mit Fn. 27).

verbindlicherklärungen (§ 5 TVG) werden stets nur bestimmte Tarifverträge einer Branche auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber des tarifvertraglichen Geltungsbereichs erstreckt, was gegenüber Außenseitern in anderen Branchen schon deshalb keine Ungleichbehandlung darstellen kann, weil dieser Tarifvertrag für sie nicht geschlossen wurde. Außerdem sind die Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 TVG vom Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrages abhängig. Es fehlt also schon an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Fragen der Unternehmensmitbestimmung können schließlich ohnehin nicht Gegenstand von Tarifverträgen sein.⁷⁵⁷ Schließlich ersetzt eine Allgemeinverbindlicherklärung als Akt der Rechtsetzung nur die fehlende Tarifgebundenheit der Außenseiter,⁷⁵⁸ macht aber keine Sozialpartnervereinbarung zum Gesetz, d.h. zu einer abstrakt-generellen Regelung.

- 445 Nur auf Ebene des Unionsrechts kann eine aus dem Sozialen Dialog nach Art. 154 f. AEUV⁷⁵⁹ hervorgegangene Vereinbarung der anerkannten europäischen Sozialpartner auf Vorschlag der Kommission durch Ratsbeschluß nach Art. 155 Abs. 2 Var. 3 AEUV zu einer Richtlinie erhoben werden.⁷⁶⁰ Solche Sozialpartnervereinbarungen müssen einen Gegenstand der europäischen Sozialpolitik in den Grenzen des Art. 153 AEUV regeln.⁷⁶¹ Branchenspezifische Vereinbarungen erscheinen zwar nicht *per se* ausgeschlossen, bedürften insoweit freilich besonderer Rechtfertigung, denn der Unionsrechtssetzer muß die volle Verantwortung für eine Richtlinie übernehmen, auch wenn sie auf eine Sozialpartnervereinbarung zurückgeht, und entbindet ihn nicht von der Beachtung der Unionsgrundrechte und -freiheiten.⁷⁶² Insbesondere ist er an den europarechtlich anerkannten allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden, welcher *die Union* darauf verpflichtet, vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich zu behandeln, es sei denn, daß eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt ist.⁷⁶³
- 446 Legt der deutsche Gesetzgeber eine nationale Sozialpartnervereinbarung einem Gesetzentwurf zu Grunde, steht ihm dies politisch grundsätzlich frei, ändert aber nichts an seiner Bindung an die Grundrechte und die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG). Art. 9 Abs. 3

757 Rieble, Bitburger Gespräche 2006/I, S. 41 (47 f.); Ulmer/Habersack/Henssler, § 1 MitbestG Rn. 16.

758 Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 15, 60.

759 Eingehend Rieble/Kolbe, EuZA 2008, 453 ff.

760 Zur Rechtsnatur des Ratsbeschlusses Grabitz/Hilf/Langenfeld/Benecke, Art. 139 EGV Rn. 10 f. m.w.N.

761 Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 139 EGV Rn. 12.

762 Grabitz/Hilf/Langenfeld/Benecke, Art. 139 EGV Rn. 8; Streinz/Eichenhofer, Art. 139 EGV Rn. 18.

763 Dazu Rn. 69 ff.

GG erteilt weder den Sozialpartnern einen Gesetzgebungsauftrag, noch entbindet er den Gesetzgeber vom Gleichheitssatz.⁷⁶⁴

d) Entflechtungspolitik

Nur wenn man die Montanindustrie wegen der ihr verordneten Entflechtungspolitik nicht mit anderen Wirtschaftszweigen vergleichbar, d.h. wesentlich ungleich im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG, ansähe, ließe sich für die erste Version des MontanMitbestG – und nur dafür („Versteinerung“) – eine Legitimation finden.⁷⁶⁵ Dabei bliebe allerdings offen, inwiefern die Montanmitbestimmung die Entflechtung der Unternehmen aufrecht erhalten sollte, denn inhaltliche, unternehmenspolitische Vorgaben sind nicht Gegenstand dieses Sonderstatus. Dieser Irrtum bestätigte sich, als die Entflechtungspolitik durch die Bildung montanfreier Obergesellschaften ein jähes Ende fand. Mit Beginn der „Rekonzentration“⁷⁶⁶ war die nachkriegszeitliche, ordnungspolitische Sonderrolle der Montanindustrie spätestens 1956 wieder aufgehoben, als das (erste) MontanMitbestErgG die sich organisatorisch selbst-normalisierende Montanindustrie in ihrer Sonderrolle festhalten sollte. Jedoch nicht – wie man erwarten könnte – durch Fusionskontrolle und kartellrechtliche Einflußnahme, sondern einzig auf Seite der Rechtsfolgen in Gestalt der Sondermitbestimmung. Obwohl die ordnungspolitische Zwecksetzung längst von der Wirklichkeit überholt worden war, wurde am untauglichen Mittel mit aller Gewalt festgehalten.⁷⁶⁷ Damit wurden das ursprüngliche Regelungskonzept und seine etwaige Folgerichtigkeit aufgegeben, was die Entflechtungspolitik als Rechtfertigung disqualifiziert.⁷⁶⁸ Dezentralisierungsargumente rechtfertigen die Montanmitbestimmung also ebenfalls nicht.⁷⁶⁹

764 A.A. offenbar *Kittner*, BB 1971, 1057 (1059).

765 So *Badura*, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, S. 19.

766 WWKK/*Wißmann*, Vorbem. Rn. 13.

767 *Badura*, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, S. 19, will dennoch den ursprünglichen Kern als gerechtfertigt hinnehmen und nur jegliche spätere Ergänzungsgesetzgebung verfassungsrechtlich geprüft wissen.

768 Zum Verlust der Folgerichtigkeit und resultierendem Gleichheitsverstoß im Beratungshilferecht BVerfG vom 14.10.2008 – 1 BvR 2310/06 – NJW 2009, 209 (213).

769 A.A. *Preis*, AuR 1983, 161 (166): Historische Sonderrolle wirkt auch heute noch als sachgerechtes Unterscheidungskriterium fort.

e) Kontinuitätswahrung

- 448 Auch von „Kontinuitätswahrung eines vorgefundenen Regulationssystems“⁷⁷⁰ kann keine Rede sein. Sofern ein Vergleich mit dem gespaltenen Notariatswesen in Deutschland und der dazu ergangenen Verfassungsgerichtsentscheidung⁷⁷¹ bemüht wird,⁷⁷² geht diese Argumentation fehl: Anders als das Notariatswesen und seine regional unterschiedliche Ausgestaltung als Anwalts- oder Nur-Notariat, ist die Mitbestimmung in Unternehmen der Eisen- und Stahlindustrie zwischen 1947 und 1951 keine historisch überkommene Rechtstradition. Während das Notariatswesen schon im Deutschen Reich vergebens Gegenstand von Vereinheitlichungsbemühungen war,⁷⁷³ hat es die Interimsmitbestimmung nur bis zu Betriebsvereinbarungen geschafft. Auch wäre die Abschaffung der Übergangsmitbestimmung keinen erheblichen Schwierigkeiten begegnet, wie bei den verschiedenen Notariatsformen und ihrer Verwurzelung in den jeweiligen Teilen Deutschlands. Die Sondermitbestimmung war keine vier Jahre in Kraft, ohne gesetzliche Grundlage und nur unter Besatzungsaufsicht in beschlagnahmten Unternehmen.
- 449 Daß die Montanmitbestimmung älter ist als die allgemeine Unternehmensmitbestimmung ist ebenso unerheblich, wie die Tatsache, daß die Ungleichbehandlung zur übrigen Wirtschaft durch Einführung des BetrVG 1952 wenigstens vermindert wurde.⁷⁷⁴ Der Gesetzgeber hat es zu unterlassen, wesentliche Gleichheiten unberücksichtigt zu lassen, obwohl sie so bedeutsam sind, daß eine einheitliche Regelung erforderlich ist.⁷⁷⁵ Versäumt er auf geänderte Rahmenbedingungen zu reagieren, begründet dieses Unterlassen den Gleichheitsverstoß.⁷⁷⁶ Welche Regelung zuerst da war, spielt dabei keine Rolle. Besitzstandswahrung im Interesse einzelner Gruppen stellt für sich genommen keinen sachlichen Grund dar – die Interessen selbst müssen im Rahmen der Rechtsordnung gerechtfertigt sein.⁷⁷⁷

770 *Wlotzke*, FS *Fabricius*, S. 179; ähnlich *Adenauer*, Bundeskanzler (CDU), BT-PlProt. 1/4432; *Kittner*, BB 1971, 1057 (1059); dagegen zu Recht *Spindler*, AG 1994, 258 (264 f.): „Leerformel“.

771 BVerfG vom 5.5.1964 – 1 BvR 416/61 – BVerfGE 17, 381 (387).

772 *Nagel*, Mitbestimmung S. 46; *Wlotzke*, FS *Fabricius*, S. 179; kritisch *Spindler*, AG 1994, 258 (264).

773 Erklärtes Ziel der Reichsnotarordnung war die allgemeine Einführung des Nur-Notariats, BVerfG vom 5.5.1964 – 1 BvR 416/61 – BVerfGE 17, 381 (388).

774 Für *Nagel*, Mitbestimmung, S. 41, schließt dies zumindest die Willkür aus.

775 *H.-P. Müller*, DB 1977, 163 (164).

776 BVerfG vom 11.4.1967 – 1 BvL 25/64 – BVerfGE 21, 292 (304).

777 *H.-P. Müller*, DB 1977, 163 (165).

Der gewerkschaftliche Widerstand, insbesondere der angekündigte (politische) Streik⁷⁷⁸, begründet keine solchen Schwierigkeiten, welche die Beibehaltung (genauer: Einführung) einer Sonderregelung rechtlich erzwingen könnten und ihr damit zur verfassungsrechtlichen Legitimation verhelfen.⁷⁷⁹ Deswegen betonte Bundeskanzler *Adenauer* in seinem Brief an den DGB-Vorsitzenden *Böckler* vom 14. Dezember 1950 völlig zu Recht:

„In einem demokratischen Staatswesen kann es einen Streik gegen die verfassungsmäßigen Gesetzgebungsorgane nicht geben. [...] Es kann keine Rede davon sein, daß die verfassungsgesetzlich gewährleistete Koalitionsfreiheit einer organisierten Minderheit, die die Gewerkschaften vom Ganzen gesehen sind, das Recht gibt, durch Niederlegung der Arbeit die Wirtschaft lahm zu legen, um dadurch bestimmte Akte der Gesetzgebung zu erzwingen.“⁷⁸⁰

Historische Zufälligkeiten und geschickter Lobbyismus sind keine rechtlich relevanten Rechtfertigungsgründe.⁷⁸¹

2. Zur besonderen Bedeutung der Montanindustrie

a) Eisen, Kohle und Sondermitbestimmung

„Traditionell“⁷⁸² wird die Montanmitbestimmung auch mit der Bedeutung des Industriezweigs gerechtfertigt: Die Bergbau-, Eisen- und Stahlindustrie spielten als Grundstoffindustrien in der Nachkriegszeit eine entscheidende Rolle für den Wiederaufbau und das gesamte Wirtschaftsleben.⁷⁸³ Schon im Nationalsozialismus waren sie Gegenstand besonderer Interessen und Machtansprüche gewesen, was es nach dem Krieg im Sinne der alliierten Entflechtungspolitik zu verhindern galt.⁷⁸⁴ Als Minus zur

778 Vgl. Aufruf der IG Metall zur Urabstimmung in der Eisen- und Stahlindustrie vom November 1950, abgedruckt bei *Peters*, Montanmitbestimmung, Dok. 32 (S. 158 f.);

779 *Preis*, AuR 1983, 161 (166); zum Ganzen *Thum*, Mitbestimmung in der Montanindustrie. Der Mythos vom Sieg der Gewerkschaften (1982); a.A. offenbar OLG Düsseldorf vom 8.1.1991 – 19 W 3/90 – AG 1991, 153 (155).

780 Abgedruckt bei *Peters*, Montanmitbestimmung, Dok. 31, S. 151 (155).

781 *Morgenthaler*, in: Mellinghoff/Palm, Gleichheit im Verfassungsstaat, S. 51 (65); *H.-P. Müller*, DB 1977, 163 (165 f.); *von Zezschwitz*, BB 1971, 479 (483); a.A. *Mayer*, BlStSozArbR 1981, 86 (90), der gerade die historischen Entstehungszusammenhänge der Montanmitbestimmung als Rechtfertigungsgrund ansieht; in diese Richtung auch OLG Düsseldorf vom 8.1.1991 – 19 W 3/90 – AG 1991, 153 (155).

782 ErfK/Oetker, Einl. MontanMitbestG Rn. 4.

783 *Von Zezschwitz*, BB 1971, 479 (483); dagegen *Kittner*, BB 1971, 1057 (1059), der – insoweit zutreffend – eine Bedeutungsrechtfertigung ablehnt.

784 *Preis*, AuR 1983, 161 (166).

Sozialisierung sollte paritätische Sondermitbestimmung nach dem Willen der Bundesregierung sowohl privat- als auch staatskapitalistische Tendenzen in der jungen Bundesrepublik vermeiden.⁷⁸⁵

- 452 *Preis* sah in dieser historischen Sonderrolle der Montanindustrie sowie ihrer wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Bedeutung als Grundstoffindustrie, insbesondere auch im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS), noch 1983 ein sachgerechtes Unterscheidungskriterium, das zumindest keine evidente Unsachlichkeit erkennen läßt, als daß man daran nicht abweichendes Mitbestimmungsrecht knüpfen könnte.⁷⁸⁶ Dies ist in vielerlei Hinsicht zweifelhaft:

aa) Rechtfertigungsmaßstab bei Systemabweichungen

- 453 Zunächst ist der Maßstab der evidenten Unsachlichkeit in den Fällen von Systemabweichungen ungenügend, um die Gleichbehandlungsgerechtigkeit innerhalb eines Systems einzuhalten.⁷⁸⁷ Gerade innerhalb eines Regelungskomplexes ist es für die Normunterworfenen wichtig, nach gleichen Regeln agieren und konkurrieren zu dürfen. Der wirtschaftliche Wettbewerb darf nicht durch unterschiedliches Arbeits- und Gesellschaftsrecht manipuliert werden.
- 454 Wird im deutschen Mitbestimmungsrecht zwischen Unternehmen nach dem *Inhalt* (nicht dem Umfang) ihrer wirtschaftlichen Betätigung differenziert, ist dies jedoch systemfremd und kann nicht durch „versteckte Willkür“ gerechtfertigt werden.⁷⁸⁸ Das Wirtschaftsrecht gilt grundsätzlich unabhängig vom Unternehmenszweck⁷⁸⁹ nur in Anknüpfung an die Gesellschaftsform und mitunter auch an die Unternehmensgröße. Abweichungen von diesem System bedürfen valider Sachgründe von einigem Gewicht, da sie steuernd auf die betroffene Branche einwirken. Dies gilt um so mehr, wenn in gesellschaftsrechtliche Kernbereiche der Unternehmensverfassung und der internen Entscheidungsfindung durch zwingende Sonderbeteiligungsrechte und -mehrheitserfordernisse eingegriffen wird. Es kann deshalb nicht „irgendein Sachgrund“ für „irgendeine

785 *Preis*, AuR 1983, 161 (166).

786 *Preis*, AuR 1983, 161 (166).

787 Dazu Rn. 453 f.

788 Zu Rechtfertigungsanforderungen beim Abweichen „der vom Gesetz selbst gewählten Sachgesetzlichkeit“ BVerfG vom 16.2.1965 – 1 BvL 20/64 – BVerfGE 18, 366 (372 f.); BVerfG vom 11.4.1967 – 1 BvL 25/64 – BVerfGE 21, 292 (304), (sachfremde Anknüpfung an die Vertriebsform „Warenhaus“ im Rabattgesetz zum Zwecke des Mittelstandschutzes). *Preis*, AuR 1983, 161 (167), sieht Probleme der Systemgerechtigkeit hingegen nur montanintern.

789 *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, 261 (265).

Ungleichbehandlung“ ausreichen⁷⁹⁰, ohne daß ein Zusammenhang zwischen beiden besteht. So sind die Ausnahmeregelungen für Tendenzunternehmen und -betriebe im Mitbestimmungs- bzw. Betriebsverfassungsrecht⁷⁹¹ legitime Systemausnahmen, weil sie dem Grundrechtsschutz der Tendenzträger dienen.⁷⁹²

bb) Systemfremde Produktionsanknüpfung

Die historische Sonderrolle der Montanindustrie war 1951, als es noch kein systematisches Mitbestimmungsrecht in Deutschland gab, ein Novum und als solches durch die experimentelle Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und der von ihm verfolgten Entflechtungspolitik zunächst am Maßstab des Verbots evidenter Willkür gerechtfertigt. Indem aber bald darauf ein allgemeines Mitbestimmungsrecht geschaffen wurde, geriet die Montanmitbestimmung unter erhöhten Rechtfertigungsdruck. Es wurde der einheitliche Regelungskomplex des (Unternehmens-)Mitbestimmungsrechts geschaffen, innerhalb dessen nun MontanMitbestG und §§ 76 ff. BetrVG 1952 unterschiedliche Organisationsvorgaben und damit unterschiedliche Wettbewerbsparameter setzten je nachdem, ob ein Unternehmen montanproduzierend tätig war oder nicht. Damit wurde der klare Verstoß gegen die wirtschaftliche Neutralität des Gesellschaftsrechts begründet.⁷⁹³

cc) Sonderrolle

Werden Unternehmen gleicher Rechtsform nach ihren Betriebszwecken unterschiedlich behandelt, muß der Rechtfertigungsgrund im Betriebszweck selbst oder in mit dem Betriebszweck typischerweise verbundenen Tatsachen zu finden sein:

- Daß Kohlebergbau, Eisen- und Stahlindustrie rohstoffgewinnende Grundstoffindustrien darstellen, läßt sich ebensowenig bestreiten, wie die „wirtschaftliche Bedeutung“ der Grundstoffindustrien für das weiterverarbeitende Gewerbe.⁷⁹⁴ Werden Grundstoffunternehmen aber unter paritätische Mitbestimmung gestellt, muß sich ein Sachzusammenhang finden lassen, der die verstärkte Arbeitnehmerbeteiligung als Antwort auf die grundlegende Rolle im Wirtschaftsleben erklärt. Was bewirkt die Montanmitbestimmung, daß gerade Grundstoffindustrien dieser bedürfen? Das BVerfG

790 So aber *Kittner*, BB 1971, 1057 (1058).

791 Vgl. § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, S. 2 DrittelbG, § 1 Abs. 4 MitbestG, § 118 BetrVG.

792 H.M., statt vieler *ErfK/Kania*, § 118 BetrVG Rn. 1 ff. m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

793 *Krüger*, FS Friauf, S. 611 (613 f.).

794 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (394).

verweist im „Mannesmann-Urteil“ darauf, daß die Montanindustrie bei Einführung der Sondermitbestimmung eine Schlüsselindustrie war, auf die ganze Regionen ihre Wirtschaftsstruktur ausgerichtet hatten, weshalb die dort ansässige Bevölkerung vom Wohlergehen der Industrien abhängig war.⁷⁹⁵ Dies steht freilich zusammenhanglos neben der Grundstoffargumentation und läßt sich ebenso für den Großraum Frankfurt am Main und das dort konzentrierte Bankenwesen oder die regionprägenden Automobilstandorte von Wolfsburg über Rüsselsheim bis Ingolstadt und München konstatieren. Grundstoffcharakter und Mitbestimmung verbindet kein einleuchtender Sachzusammenhang.⁷⁹⁶

- 458 • Daß die Beschäftigten in der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie sowie im Bergbau ein arbeitssoziologisch besonders zu berücksichtigendes Bedürfnis nach paritätischer Mitbestimmung hätten, ist nicht ersichtlich und wird auch von keiner Seite vorgebracht.⁷⁹⁷ Zwar sind die Tätigkeiten im Montanbereich typischerweise besonders belastend für die Arbeiter (Bergbau, Hochofen etc.), doch wird diesem Schutzanliegen abschließend durch Arbeitsschutzrecht und betriebliche Mitbestimmung (§ 87 BetrVG) Rechnung getragen.
- 459 • Daß die mit dem Betriebszweck im Zusammenhang stehende Kriegsbedeutung der Montanindustrie auf fehlende Mitbestimmung zurückzuführen wäre, wird sich ebensowenig behaupten lassen, wie ein Rückgang der Kriegsbedeutung gerade aufgrund verstärkter Arbeitnehmermitsprache. Die Entscheidung über Auf- oder Abrüstung, Krieg oder Frieden obliegt nicht den Beschäftigten in Unternehmen der Grundstoffindustrien und sie können darauf unternehmenspolitisch auch keinen nennenswerten Einfluß ausüben.
- 460 • Wer nur irgendeinen sachlichen Unterschied zwischen Montan- und Nichtmontanunternehmen sucht, kann ihn – um ein faßbares Kriterium vorzuschlagen – womöglich in hohen Beschäftigtenzahlen finden. Diese könnten eine typischerweise mit der Montanindustrie verbundene Tatsache darstellen, waren 1950 doch immerhin rund 850.000 Menschen⁷⁹⁸ im Montansektor beschäftigt⁷⁹⁹, was etwa 6,4

795 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (394).

796 Ähnlich *Krüger*, FS Friauf, S. 611 (620).

797 Einzig *Krüger*, FS Friauf, S. 611 (614), widmet sich diesem Aspekt und findet ebenfalls keine montanen Besonderheiten.

798 Braunkohlebergbau: 37.648, Steinkohlebergbau: 555.546 (Quelle: jeweils Statistik der Kohlenwirtschaft e.V., www.kohlenstatistik.de), Eisen- und Stahlindustrie: 253.698 Beschäftigte (Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, www.destatis.de).

Prozent der Gesamtbeschäftigung ausmachte⁸⁰⁰. Doch bleibt allein eine hohe Beschäftigtenzahl in einem Teilbereich der Wirtschaft ohne Aussage über Besonderheiten, auf die mit verstärkter Mitbestimmung zu reagieren wäre. Ein Sachzusammenhang kann allein dadurch nicht hergestellt werden. Anderes ließe sich nur vertreten, wenn die Montanmitbestimmung als zweite (ab 1976: dritte) Stufe der Arbeitnehmerbeteiligung betrachtet würde,⁸⁰¹ die einmalig hohen Beschäftigtenzahlen der Montanunternehmen Rechnung trüge. Je nach Unternehmensgröße ließe sich die Mitbestimmung systemkonform staffeln: Drittelbeteiligung ab 500, Beteiligung nach dem MitbestG ab 2.000, paritätische Mitbestimmung ab beispielsweise 50.000 Beschäftigten. Die Montananknüpfung fände ihre Rechtfertigung darin, daß zur Humanisierung der Beschäftigung in Großunternehmen eine besondere Auflockerung der wirtschaftlichen Macht erforderlich sein könnte und solche Unternehmensgrößen nur in diesem Wirtschaftszweig erreicht wurden. Doch diese Sichtweise verfängt nicht: Großunternehmen hat es auch schon damals in der Großchemie, im Fahrzeugbau sowie bei Banken und Versicherungen gegeben⁸⁰² und § 1 Abs. 2 MontanMitbestG unterstellt Montanunternehmen schon ab 1.001 Beschäftigten der Sondermitbestimmung. Die (ohnehin verfehlte) Montananknüpfung hätte spätestens abgeschafft werden müssen, als der unterstellte Sachgrund einer hohen Beschäftigtenzahl *nur* im Montanbereich strukturell entfallen war. *Von Zezschwitz* stellt richtig fest: „Die besonderen Legitimationsgründe, die bei wohlwollender Betrachtung in den Jahren 1951/52 für differenzierende Regelungen in der sonstigen Industrie geltend gemacht werden konnten, sind damit [Bedeutungsverlust des Montansektors, Anm. d. Verf.] in sich zusammengefallen“.⁸⁰³ Versäumt es der Gesetzgeber, die wirtschaftlichen Veränderungen, die sich im Laufe der Zeit ergeben haben, bei der Rechtsgestaltung zu berücksichtigen, ist auch dieses Unterlassen willkürlich und mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.⁸⁰⁴

Indem sich der Gesetzgeber 1951 gegen die Verstaatlichung der Montan- 461
unternehmen entschlossen und sie der Privatwirtschaft überlassen hat, mußte er auch die allgemeinen Regeln der Privatwirtschaft im Interesse

799 Davon waren nicht alle Arbeitnehmer in Unternehmen beschäftigt, die in den Anwendungsbereich des MontanMitbestG fielen.

800 Ausgehend von einer Beschäftigtenzahl von 13.247.000 im Jahr 1950; Statistisches Bundesamt, Wiesbaden (www.destatis.de).

801 So *Henssler*, ZfA 2000, 241 (243); *Wißmann*, FS Däubler, S. 386.

802 *Krüger*, FS Friauf, S. 611 (614); vgl. *Kittner*, BB 1970, 1057 (1059).

803 *Von Zezschwitz*, BB 1971, 479 (483); ebenso *Krüger*, FS Friauf, S. 611 (613).

804 BVerfG vom 11.4.1967 – 1 BvL 25/64 – BVerfGE 21, 292 (304).

freien Wettbewerbs zulassen. Eine Zwitter- oder Sonderstellung konnte er ihnen nicht unter Pauschalverweis auf Bedeutungen oder Sonderrollen einräumen.

b) Von der Bedeutung der Bedeutung

- 462 Im übrigen ist eine Bedeutungsargumentation generell unergiebig. „Bedeutung“ meint Wichtigkeit oder Wert in einem bestimmten Zusammenhang oder für eine bestimmte Angelegenheit.⁸⁰⁵ Die *Bedeutung* eines Industriezweigs ist also bestenfalls ein Kryptoargument,⁸⁰⁶ das Sachgründe verbirgt, häufiger aber ein Scheinargument, das Sachgründe vortäuscht, wo keine vorhanden sind. Wer die *Bedeutung* zum Alleinstellungsmerkmal erhebt, kann damit beliebige (willkürliche) Ergebnisse herbeiführen, da an Wertungen angeknüpft wird, deren Parameter verborgen bleiben. *Bedeutungen* von Wirtschaftszweigen können beispielsweise gesamtwirtschaftlich (z.B. Großbanken), regionalwirtschaftlich (z.B. Werften), umweltpolitisch (z.B. erneuerbare Energien), verteidigungspolitisch (z.B. Rüstungsindustrie) erklärt werden, so daß letztlich jede Branche auf ihre Weise und damit sogar „besondere“ *Bedeutung* hat. Das System der Unternehmensmitbestimmung tut deshalb gut daran, sie außer Betracht zu lassen.⁸⁰⁷
- 463 Als Positivbeispiel für eine angemessene *Bedeutungsreaktion* kann die Atomindustrie dienen, die nach dem Zweiten Weltkrieg insbesondere durch die zivile Nutzung der Kernenergie *Bedeutung* erlangte – energiewirtschaftlich wie umweltpolitisch. Freilich sind die besonderen Merkmale der Atomindustrie (Umweltgefahren, völkerrechtliche Reglementierung) nicht vergleichbar mit Merkmalen der Montanindustrie (früher viele Beschäftigte und hohe Wertschöpfungsquote, heute Strukturwandel). Doch immerhin ist die „Relevanz“ der Atomindustrie (zumindest außerhalb Deutschlands) im Gegensatz zu der der Montanindustrie noch ungebrochen, was sich nicht zuletzt daran zeigt, daß, um auf *Preis* zurückzukommen,⁸⁰⁸ die Europäische Atomgemeinschaft (EURATOM) – im Gegensatz zur 2002 beendeten EGKS⁸⁰⁹ – auch heute noch fortbesteht. Rechtlich hat der Gesetzgeber hingegen, den Besonderheiten der Atomwirtschaft entsprechend, durch staatliche Aufsicht (Art. 87c GG, AtomG) und nicht durch Sondermitbestimmung der Beschäftigten in Kraftwerksgesellschaften (und ihren Obergesellschaften) reagiert. Trotz

805 Duden – Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl. 2002, Stichwort „Bedeutung“.

806 Im Sinne *Scheuerles*, AcP 163 (1963), 429 (430).

807 *Krüger*, FS Friauf, S. 611 (613 f.).

808 *Preis*, AuR 1983, 161 (166).

809 Art. 97 EGKS-Vertrag: „Die Geltungsdauer dieses Vertrags endet am 23. Juli 2002“; dazu *Obwexer*, EuZW 2002, 517.

Sonderstellung wurden damit Systemverwerfungen in Bereichen, die mit den Besonderheiten in keinem Zusammenhang stehen, vermieden.

3. Sozialstaatsprinzip

a) Rechtfertigungseignung

Ungleichbehandlungen können grundsätzlich sozialstaatlich gerechtfertigt werden, wenn die Differenzierung zum Ausgleich sozialer Nachteile geboten erscheint.⁸¹⁰ Das in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip garantiert zwar nicht die Unternehmensmitbestimmung als Institut, kann sie jedoch legitimieren.⁸¹¹ Dabei werden im wesentlichen zwei Begründungen verfolgt: Zum einen sollen „fremdbestimmte Anonymität und werkzeughafte Ausgeliefertsein“ der Arbeitnehmer durch aktive Mitgestaltung und Verantwortung ausgeglichen werden; zum anderen sollen Unternehmen ab einer gewissen Größe ihre regional- und gesamtwirtschaftliche Verantwortung auf die Schultern verschiedener Interessenträger verteilen.⁸¹² 464

Das Sozialstaatsprinzip entbindet den Gesetzgeber jedoch nicht vom übrigen Verfassungsrecht, insbesondere nicht vom Gleichheitssatz.⁸¹³ Er darf deswegen nicht der Versuchung erliegen, Ungleichbehandlungen am Sozialstaatsprinzip an sich zu rechtfertigen.⁸¹⁴ Es kann nur legitimieren, nicht erzwingen.⁸¹⁵ Es kann Ziele setzen, die der Gesetzgeber – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen – verfolgen darf.⁸¹⁶ Somit kommt es auf den Einzelfall an, ob eine gesetzgeberische Maßnahme sozialen Erfordernissen legitimer Weise Rechnung trägt, oder aber unter 465

810 Maunz/Dürig/*Herzog*, Art. 20 VIII Rn. 36.

811 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532-533/77, 419/78; 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (350); *Di Fabio*, Bitburger Gespräche 2006/I, 163 (173); *Spindler*, AG 1994, 258 (260); *Wlotzke*, FS Fabricius, S. 177; dagegen *Brocker*, Mitbestimmung und Corporate Governance, S. 110.

812 *Von Zezschwitz*, BB 1971, 479, (483); vgl. BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532-533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (350 f.); *Ulmer/Habersack/Henssler*, Einl. MitbestG Rn. 2 f.; *Wlotzke*, FS Fabricius, S. 177; umfassende Kritik bei *Brocker*, Mitbestimmung und Corporate Governance, S. 97 ff.

813 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (395); *Scholz*, AG 1972, 195 (199 f.), billigt dem Sozialstaatsprinzip immerhin bestandsschützende Wirkung zu.

814 Dagegen *Scholz*, AG 1972, 195 (199): „[Das Sozialstaatsprinzip] begreift sich nämlich auch als Schranke der (formal-liberalen) Rechtsgleichheit“.

815 *Di Fabio*, Bitburger Gespräche 2006/I, S. 163 (173).

816 *Sachs/ders.*, Art. 20 Rn. 48.

dem Deckmantel des Sozialstaates willkürlich privilegiert und benachteiligt.⁸¹⁷

b) Zweck-Mittel-Relation

466 Daß etwas sozialstaatlich möglich ist, heißt nicht automatisch, daß es in dieser Form gleichheitskonform gerechtfertigt und realisierbar ist. Ein als geeignet empfundenes Mittel für sich genommen ist ebenso unzureichend wie ein legitimerweise verfolgter Zweck für sich genommen – der Zweck heiligt nicht jedes Mittel. Erst ein Sachzusammenhang zwischen Handlungsbedarf und (sozialstaatlicher) Reaktion darauf wirkt rechtfertigend.⁸¹⁸

467 Das BVerfG wirft im „Mannesmann-Urteil“ die Frage nach einem solchen Zusammenhang bei der Montanmitbestimmung auf, läßt sie an jener Stelle gleichwohl unbeantwortet:

„Die Sonderform der Montan-Mitbestimmung kann auch in der Ausprägung des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes nur durch solche Merkmale gerechtfertigt werden, die gerade auf die Montan-Industrie zutreffen und sie folglich von anderen Industriezweigen unterscheiden. Grundbedingung für die Verfassungsmäßigkeit ihrer Fortgeltung ist *daher*, daß nur Unternehmen von der Regelung erfaßt werden, die einen ausreichenden Montan-Bezug aufweisen“.⁸¹⁹

468 Der entscheidende Zwischenschritt vor der Prüfung der Fortgeltungsbedingungen, nämlich die Suche nach dem Alleinstellungsmerkmal der Montanindustrie, wird elegant übersprungen („daher“) – die Verfassungsmäßigkeit des Sondermitbestimmungsstatuts bleibt dahingestellt, um dessen (Teil-)Erhaltung durch das MontanMitbestErgG prüfen zu können.

c) Strukturwandel als Differenzierungsmerkmal

aa) Wandel der Sachgründe

469 Zuvor führt das Gericht aber aus:

„Die langjährige Bewährung der Montan-Mitbestimmung kann auch in der noch nicht voll bewältigten Strukturkrise dieses Industriezweiges zu einer sozial verträglichen Lösung beitragen. Da die Montan-Mitbestimmung noch stärker als die allgemeine Unternehmensmitbestimmung auf eine einvernehmliche Problembewältigung angelegt ist, eignet sie sich besonders dazu, neben dem Rentabilitätsinteresse der Unternehmen und den Renditeerwartungen der

817 Preis, AuR 1983, 161 (165).

818 Dazu Rn. 44.

819 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (395), Hervorhebung durch Verf..

Anteilseigner auch die Interessen der Arbeitnehmer an der Sicherung von Arbeitsplätzen angemessen zu berücksichtigen“.⁸²⁰

Damit wird – dies ist im Gegensatz zur überflüssigen „Bewährungsargumentation“⁸²¹ anzuerkennen – erstmals ein Sachzusammenhang zwischen dem in Rede stehenden Mittel (paritätische Sondermitbestimmung) und einem damit verfolgten Zweck (Bewältigung des Strukturwandels) hergestellt, nämlich in Gestalt der „einvernehmlichen Problembewältigung“.⁸²² Die Montanmitbestimmung soll also ihren Rechtfertigungsgrund nunmehr sozialstaatlich in der Sicherung von Arbeitsplätzen („Sozial ist was Arbeit schafft“⁸²³) oder zumindest einer sozialverträglichen Begleitung des Stellenabbaus finden.⁸²⁴ 470

Damit wird aus der Not eine Tugend gemacht. Geht aufgrund der schwindenden „Bedeutung“ der Montanindustrie das ohnehin unzureichende Argumentationsmaterial für die Sonderbehandlung verloren, wird gerade dieser Umstand dankbar als neue Rechtfertigung aufgegriffen. Das ist allerdings legitim, denn Sachgründe können im Laufe der Zeit entstehen, wechseln oder entfallen; sind doch auch Gesetze dem Wandel der Zeiten unterworfen.⁸²⁵ Es genügt deshalb *ein* sachlicher Grund, der die Ungleichbehandlung *heute* trägt (Koinzidenz), gleich ob er mit dem historischen Sachgrund übereinstimmt oder es vorher überhaupt keinen Sachgrund gab.⁸²⁶ 471

bb) Handlungsbedarf

[1] Ökonomischer und sozioökonomischer Wandel

Ein sozialstaatlicher Handlungsauftrag kann in dem Transformationsprozeß gefunden werden, welcher als „Strukturwandel“ den Kohlebergbau schon seit der ersten Kohlekrise 1958, die Eisen- und Stahlindustrie 472

820 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (395); ebenso schon *Wlotzke*, FS Fabricius, S. 177 f.

821 Dazu Rn. 506 ff.

822 Mißverständlich GK-AktG/*Oetker*, Montan-MitbestG Einl. Rn. 6, der die „Schlüsselrollen-Argumentation“ als die entscheidende interpretiert.

823 So der Titel des freilich erst vier Jahre später gefaßten gemeinsamen Beschlusses der Präsidien von CDU und CSU vom 4.5.2003 (www.cdu.de/tagesthema/beschluss_strukturreformen.pdf, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

824 *Reppel*, Die Mitbestimmung 5/2001, 18 (20), spricht von der „dritte Phase“ der Montanmitbestimmung.

825 Umfassend Maunz/Dürig/*Hillgruber*, Art. 97 Rn. 58 ff.

826 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (393); *Preis*, AuR 1983, 161 (165).

spätestens ab Mitte der 1970er Jahre beschäftigte.⁸²⁷ Der massenhafte Wegfall von Arbeitsplätzen führte zu Arbeitslosigkeit, verdeckter Armut und Segregation und damit auch zu einem sozioökonomischen Wandel, der unter dem Einfluß der Krise der Montanindustrie verursacht wurde.⁸²⁸ Das BVerfG faßt den Vorgang folgendermaßen zusammen:

„Inzwischen haben andere Energieträger und Fertigungsstoffe die Montan-Produktion zum großen Teil ersetzt. Insgesamt ist der Produktionssektor von dem Dienstleistungssektor in den Hintergrund gedrängt worden. Zahlreiche Arbeitsplätze sind verlorengegangen, viele Montanunternehmen haben ihre Geschäftstätigkeit verändert, Montan-Regionen sind einem Strukturwandel ausgesetzt, der die Abhängigkeit der Bevölkerung von diesem Industriezweig erheblich mindert“.⁸²⁹

[2] Struktureller Wandel

- 473 Ändern sich Wirtschaftsbedingungen derart intensiv, daß der Arbeitsmarkt und damit auch die Sozial- und Steuerkassen stark belastet zu werden drohen, kann dies der Gesetzgeber zum Anlaß für gegensteuernde oder abfedernde Maßnahmen nehmen. Ist die Krise nach seiner Prognose *konjunkturbedingt* und damit von relativ überschaubarer Dauer, kann er mit einer Verlängerung des Kurzarbeitergeldes⁸³⁰ oder einer vorübergehenden Umformulierung des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs⁸³¹ reagieren. Ist die Krise nach seiner Prognose *strukturbedingt* und damit von längerer Dauer, kann er mit Subventionen den Niedergang verlangsamen, wie im Fall des Steinkohlebergbaus geschehen.⁸³² Der ordnungspolitische Sinn oder Unsinn solcher Maßnahmen soll vor dem hier maßgeblichen Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG dahingestellt bleiben. Daß der Schrumpfungsprozeß der Arbeitsplätze in der Montanindustrie nicht nur konjunkturell veranlaßt, sondern struktureller Art war, läßt sich an den Beschäftigtenzahlen ablesen:

827 Eingehend *Goch*, Strukturwandel, S. 160 ff.

828 *Goch*, Strukturwandel, S. 160.

829 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (394).

830 Erste Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld vom 29.5.2009, BGBl. I, 1223.

831 Neufassung von § 19 Abs. 2 InsO durch Art. 5 Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008, BGBl. I, 1982; zur Befristung BMJ-Pressemitteilung vom 19.8.2009 („Mehr Rechtsicherheit für sanierungsfähige Unternehmen“).

832 Steinkohlefinanzierungsgesetz (Fn. 714, S. 201).

	Maximalbeschäftigte (Jahr)	Beschäftigte 1990 ⁸³³	Veränderung
Braunkohlebergbau ⁸³⁴	42.007 (1948)	17.453	-58,5%
Steinkohlebergbau ⁸³⁵	607.349 (1957)	130.255	-78,6%
Eisen- und Stahlindustrie ⁸³⁶	420.568 (1961)	174.992	-58,4%

[3] Differenzierungsmerkmal

Die montanmitbestimmten Unternehmen lassen sich somit von übrigen 474 Unternehmen anhand des Strukturwandels unterscheiden, der bei typisierender Betrachtung⁸³⁷ überwiegend gerade sie betrifft. Aus dem damit einhergehenden sozioökonomischen Wandel kann der Gesetzgeber nach seiner Einschätzung sozial- wie auch finanzpolitischen Handlungsbedarf ableiten, um einerseits die Folgen für die Bevölkerung, insbesondere die drohende Massenarbeitslosigkeit, andererseits aber auch die damit verbundenen Belastungen für die Staatsfinanzen abzumildern. Die Montanbeschäftigten sind insofern gegenüber den Beschäftigten in anderen Wirtschaftsbereichen sozial benachteiligt, als sie nicht nur vorübergehend, konjunkturbedingt ihre Erwerbsmöglichkeit verlieren, sondern langfristig, strukturell keine Beschäftigungsperspektive im erlernten Beruf mehr haben. Dies kann als taugliches Differenzierungsmerkmal für Art. 3 Abs. 1 GG herangezogen werden.

Umgekehrt muß die Frage nach Sondermitbestimmungsstatuten für 475 Industriezweige in ähnlichen Situationen, wie die deutsche Textil-, Atom- (solange noch Ausstieg) oder vielleicht bald Automobilindustrie, gestellt werden. Auch nach der Wiedervereinigung hätten alle ehemaligen Volkseigenen Betriebe sondermitbestimmt werden müssen, um nach der Diktion des BVerfG „zu einer sozial verträglichen Lösung der Problembewältigung“ beizutragen. Hier ist aber wieder auf die dem Gesetzgeber zustehende Typenbildung hinzuweisen. Anders als die Sonderbehandlung von Sparkassen im Bankenwesen, ist die Montanmit-

833 Nur alte Bundesländer ohne Beitrittsgebiet.

834 Quelle: Statistik der Kohlenwirtschaft e.V. (www.kohlenstatistik.de).

835 Quelle: Statistik der Kohlenwirtschaft e.V. (www.kohlenstatistik.de).

836 Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden (www.destatis.de).

837 Auch wenn nicht alle vom Wandel erfaßten Unternehmen montanmitbestimmt werden, kann der Gesetzgeber eine Typenbildung nach seiner Einschätzungsprärogative vornehmen; vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 3 Rn. 30 f. m.w.N.

bestimmung nicht Ausdruck einer besonderen Gemeinwohlbindung des Wirtschaftszweigs,⁸³⁸ sondern trägt dem Strukturwandel Rechnung.

- 476 Nota bene ist es wieder einmal die Schwerindustrie, welche das Sozialstaatsprinzip herausfordert. Schon im 19. Jahrhundert hat sie die Soziale Frage aufgeworfen und damit den sozial fürsorglichen Staat überhaupt erst zum Leben erweckt.⁸³⁹ Nun ist ihr Transformationsprozeß erneut Anlaß für den zwischenzeitlich reichlich angewachsenen Sozialstaat⁸⁴⁰ tätig zu werden. *Herzog* erachtet dies als folgerichtig:

„Die verfassungsrechtliche Folgerung [aus der Wachstumskrise der Industrienationen] müßte sein, daß auch ihre Bewältigung Bestandteil einer sozialstaatlichen Politik wäre und ihre verfassungsrechtliche sedes materiae im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I hätte“.⁸⁴¹

cc) Reaktion

- 477 Die vorgefundene Situation gewährt dem Gesetzgeber, wie bereits erwähnt, aber auch nicht im Anwendungsbereich des Sozialstaatsprinzips freie Hand. Sein Einschätzungsspielraum auf reaktiver Seite ist bei systeminvasiven Ausnahmeregelungen durch das besondere Sachgrund-erfordernis eingeschränkt, welches Maßnahmen ohne Zusammenhang zwischen Anlaß und Reaktion verbietet. Die Montanmitbestimmung muß sich als Reaktion auf den Strukturwandel verstehen und mit diesem in Sachzusammenhang stellen lassen. *Formal* betrachtet von einer „Reaktion“ des Gesetzgebers zu sprechen, mutet zwar vor der Geschichte der Montanmitbestimmung euphemistisch an, läßt sich gleichwohl wegen der durchaus auch reagierenden Konservierungsgesetzgebung⁸⁴² noch vertreten, zumal die heutige Koinzidenz von Maßnahme und Sachgrund genügt. *Inhaltlich* muß freilich genauer analysiert werden:

[1] Konsenszwang

- 478 Die paritätische Mitbestimmung zwingt – da ist wertfrei dem BVerfG beizupflichten – in besonderem Maße zu konsensualen Lösungen.⁸⁴³ Dies

838 Zur damit verbundenen Vertrauensschutzargumentation *Spindler*, AG 1994, 258 (265), gegen *Nagel*, Mitbestimmung, S. 46 ff.

839 Maunz/Dürig/*Herzog*, Art. 20 VIII Rn. 10.

840 Maunz/Dürig/*Herzog*, Art. 20 VIII Rn. 13 f.

841 Maunz/Dürig/*Herzog*, Art. 20 VIII Rn. 15.

842 Das MontanMitbestErgG und seine zahlreichen Änderungen ergingen gerade wegen der sinkenden Montanquoten der montanmitbestimmten Unternehmen; dazu Rn. 428.

843 Ebenso zum MitbestG *Gentz*, Bitburger Gespräche 2006/I, S. 33 (37); *Henssler*, 50 Jahre BGH, S. 400, der dennoch dem MitbestG die Fähigkeit zur Erreichung arbeitnehmerfreundlicher Entscheidungen abspricht.

ergibt sich schon aus der Position des neutralen Aufsichtsratsmitglieds und seinem äußerst diffizilen Wahlverfahren nach § 8 MontanMitbestG (ggf. i.V.m. § 5 Abs. 3 MontanMitbestErgG), das nur Kompromißkandidaten hervorbringt, sowie aus seiner Moderatorenrolle, die schon im Vorfeld abgestimmte Entscheidungen zwischen Unternehmensleitung, Betriebsrat und Gewerkschaften bewirkt.⁸⁴⁴ Damit wird zwar kein „sozialer Frieden“ garantiert⁸⁴⁵, doch eine neue, nicht konfrontative Form der Konfliktbewältigung, ein „neokorporatistisches“ Beziehungsgeflecht etabliert.⁸⁴⁶ Ob dies gegenüber dem in der Betriebsverfassung vorherrschenden Vertragsprinzip ein Fortschritt ist, oder sich als defizitär erweist, weil die Zuspitzung von gruppenspezifischen Verhandlungspositionen reduziert wird und häufig eine Einigung zu Lasten Dritter erfolgt⁸⁴⁷, sei dahingestellt.⁸⁴⁸ Jedenfalls ist der auch in Montanunternehmen theoretisch bestehende Ausweg über einen Ersetzungsbeschluß der (mitbestimmungsfreien) Hauptversammlung gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG⁸⁴⁹ nicht geeignet, den Zwangscharakter zu beseitigen. Der organisatorische und zeitliche Aufwand einer außerordentlichen Hauptversammlung bzw. das Abwarten der nächsten ordentlichen Hauptversammlung, die erforderliche Drei-Viertel-Mehrheit, die negativen Schlagzeilen in der Öffentlichkeit und die nachhaltige Belastung der Verhandlungsbeziehungen machen das Letztentscheidungsrecht der Anteilseigner zunichte.⁸⁵⁰

[2] Erzwungener Interessenausgleich

Die Montanmitbestimmung begleitet den Strukturwandel nicht nur nachteilsausgleichend, wie (erzwingbare) Sozialpläne⁸⁵¹, sondern setzt auch die unternehmerische Entscheidung selbst einer Einflußnahme der Belegschaft aus, wie (gerade aus diesem Grund nicht erzwingbare) Interessenausgleiche.⁸⁵² Obwohl formal keine Verhandlungsziele vorgeschrieben werden, oder auf bestimmte Interessen oder gar das

844 *Reppel*, Die Mitbestimmung 5/2001, 18 (19); schon zur allgemeinen Mitbestimmung *Raiser*, 66. DJT, Gutachten B, S. 54.

845 *Rieble*, Mitbestimmung, Rn. 28.

846 *Goch*, Strukturwandel, S. 140; *Säcker*, AG 2008, 17 (21).

847 *Säcker*, AG 2008, 17 (21).

848 Eingehend *Brocker*, Mitbestimmung und Corporate Governance, S. 140 ff.

849 Bei einer GmbH entsprechend die Gesellschafterversammlung gem. § 2 MontanMitbestG i.V.m. § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG.

850 MüKo-AktG/*Habersack*, § 111 Rn. 130; GK-AktG/*Hopt/Roth*, § 111 Rn. 719; *Rieble*, Bitburger Gespräche 2006/I, S. 41 (51); a.A. *Nagel*, Mitbestimmung, S. 12, für den damit die Parität verloren geht.

851 ErfK/*Kania*, § 112 BetrVG Rn. 14 ff., 21.

852 ErfK/*Kania*, § 112 BetrVG Rn. 1.

„Gemeinwohl“ verpflichtet wird⁸⁵³, führt die zwangsweise Einigung (sofern erforderlich⁸⁵⁴) mit einem paritätisch besetzten und „vom Neutralen dominierten“ Aufsichtsrat gleichsam automatisch zu (auch) arbeitnehmerfreundlichen Entscheidungen. Diese Wirkung wird wohl auch nicht verfehlt: So konnte beispielsweise der Strukturwandel der Eisen- und Stahlindustrie an der Saar trotz Stellenabbaus von 48.000 auf 11.000 Arbeitsplätze angeblich ohne betriebsbedingte Kündigungen in einem solchen „Konsensprozeß“ bewältigt werden.⁸⁵⁵

- 480 Es ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen Sondermitbestimmung und Strukturwandel erkennbar, der den besonderen Nachteilen der vom Wandel betroffenen Montanbeschäftigten (weitreichender Wegfall von Erwerbsmöglichkeiten) durch Konsenszwang Rechnung trägt. Die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats ohne Doppelstimmrecht des Vorsitzenden unter Beteiligung eines neutralen Mitglieds sowie ein einvernehmlich bestellter Arbeitsdirektor sorgen dafür, daß die Unternehmenspolitik verstärkt auf Arbeitnehmerbelange durch Transfergesellschaften, Umschulungen etc. eingeht. Dies läßt sich wertfrei feststellen und ist nicht sachwidrig. Vielmehr erfährt darin das auf Ausgleich bedachte Sozialstaatsprinzip eine weitere Ausprägung und ist deshalb *grundsätzlich* ein tauglicher Rechtfertigungsgrund vor Art. 3 Abs. 1 GG.⁸⁵⁶

[3] Treuepflicht und Unternehmensinteresse

- 481 Die Sozialwirkungen der Montanmitbestimmung dürfen allerdings nicht auf rechtswidrige Verhaltensweisen zurückzuführen sein. Aufsichtsräte sind, gleich von welcher Seite sie entsandt wurden, ebenso wie der Vorstand auf das Wohl des Unternehmens verpflichtet (§§ 2, 4 Abs. 3 Satz 1 MontanMitbestG i.V.m. § 25 Abs. 1 Satz 1 MitbestG).⁸⁵⁷ Der Aufsichtsrat darf weder eigenen Zweckmäßigkeitsvorstellungen zum Durchbruch verhelfen, noch hat er ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand

853 Zu Gegenbeispielen *Rieble*, Mitbestimmung, Rn. 26.

854 Die Beteiligung des Aufsichtsrats richtet sich vor allem nach der Satzung und § 111 Abs. 4 AktG.

855 *Hartz*, in: *Girndt*, Die Mitbestimmung 5/2001, 12 (13); *Beer mann*, Die Mitbestimmung 5/2001, 25: „Wechsel vieler Beschäftigter vom Bergbau in den Nichtbergbaubereich geräuschlos und ohne Brüche und Konflikte vollzogen“.

856 *Wlotzke*, FS *Fabircius*, S. 177 f., der allerdings auch mit Kontinuitätswahrung argumentiert; zustimmend wohl auch *Spindler*, AG 1994, 258 (262).

857 BGH vom 5.6.1975 – II ZR 156/73 – BGHZ 64, 325 (330); MüKo-AktG/*Habersack*, § 116 Rn. 11; *Säcker*, AG 2008, 17 (20); ebenso schon *Adenauer*, Bundeskanzler (CDU), BT-PlProt. 1/4432; dagegen differenziert *Badura*, Wirtschaftsverfassung, Rn. 241, zwischen Unternehmens- und Anteilseignerinteressen.

(vgl. §§ 76 Abs. 1, 111 Abs. 4 Satz 1 AktG).⁸⁵⁸ Er darf nie, auch nicht in der Krise des Unternehmens, eine Geschäftsführungsmaßnahme allein deshalb beanstanden, weil er anders als der Vorstand entscheiden würde⁸⁵⁹, auch nicht, um den Interessen eines Entsenders den Vorzug zu geben.⁸⁶⁰

Hingegen sind die Unternehmensinteressen vielfältig und bestehen nicht ausschließlich in den Interessen des Kapitals.⁸⁶¹ Es wäre unzutreffend anzunehmen, die Anteilseigner und ihre Vertreter im Aufsichtsrat würden Arbeitnehmerinteressen nicht berücksichtigen. Der montane Einigungszwang verhält sich zur Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer also neutral, ist es im Zweifel doch gerade das neutrale Mitglied, das im Interesse des Unternehmens und damit aller Beteiligten entscheiden muß. Unerwähnt bleiben soll aber nicht, daß gerade im Montanbereich die Arbeitnehmervertreter „den unvermeidlichen Strukturwandel zu lange aufgehalten“ haben.⁸⁶²

d) Überreaktion

Die Montanmitbestimmung muß über einen sachlichen Zusammenhang hinaus auch eine *angemessene* Antwort auf den Strukturwandel darstellen, wenn sie gemäß der „neuesten Formel“ des BVerfG entweder nach Personengruppen differenziert oder die Ausübung von Freiheitsgrundrechten beeinträchtigt.⁸⁶³ Ein spezifisch personaler Bezug der Montananknüpfung scheidet aufgrund der kapitalgesellschaftlichen Regelungsmaterie aus, so daß zu untersuchen bleibt, in welchem Maß sich das Sondermitbestimmungsstatut auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann. Daraus kann freilich nur der Maßstab einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gebildet, nicht ein unmittelbarer Rückschluß auf die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG gezogen werden.⁸⁶⁴

858 MüKo-AktG/Habersack, § 111 Rn. 12, 29, 43.

859 MüKo-AktG/Habersack, § 111 Rn. 43.

860 BGH vom 29.1.1962 – II ZR 1/61 – BGHZ 36, 296 (310).

861 Henssler, 50 Jahre BGH, S. 387 (419); Köstler/Zachert/Müller, Aufsichtsratspraxis, Rn. 767; Raiser, 66. DJT, Gutachen B, S. 104 ff.; a.A. Brocker, Mitbestimmung und Corporate Governance, S. 139.

862 Säcker, AG 2008, 17 (21).

863 Dazu Rn. 44.

864 Freiheits- und gleichheitsrechtliche Prüfung dürfen nicht vermischt werden, da freiheitswidrige Regelungen mit dem Gleichheitssatz vereinbar sein können, wie auch gleichheitswidrige Regelungen mit Freiheitsgrundrechten vereinbar sein können; BeckOK-GG/Kischel, Art. 3 Rn. 50.

aa) Maßstabsbildung

- 484 Wie das allgemeine Mitbestimmungsrecht schränkt auch die Montanmitbestimmung die Unternehmerfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie die Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG ein.

[1] Eigentumsfreiheit

- 485 Das BVerfG hat die quasi-paritätische Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG in seinem „Mitbestimmungsurteil“ vor allem deshalb für einen noch zulässigen Ausgleich von Sozial- und Privatnützigkeit des Eigentums befunden, weil das Letztentscheidungsrecht bei den Anteilseignern verbleibt⁸⁶⁵:

„Der Gesetzgeber hält sich jedenfalls dann innerhalb der Grenzen zulässiger Inhalts- und Schrankenbestimmung, wenn die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nicht dazu führt, daß über das im Unternehmen investierte Kapital gegen den Willen aller Anteilseigner entschieden werden kann, wenn diese nicht auf Grund der Mitbestimmung die Kontrolle über die Führungsauswahl im Unternehmen verlieren und wenn ihnen das Letztentscheidungsrecht belassen wird“.⁸⁶⁶

- 486 Die „voll-paritätische“ Montanmitbestimmung ohne Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden hebt die Privatnützigkeit des Eigentums aber auf, weil sie den Eigentümern des Unternehmens das Letztentscheidungsrecht nimmt und damit eine privatautonome Eigentumsverwendung mehr als sozial korrigiert, indem sie zugunsten einer „potentiell genuin sozial- oder fremdnützigen Eigentumsverwendung geopfert“ wird.⁸⁶⁷ Die Privatnützigkeit gehört aber zum Kern des Anteils- und Gesellschaftseigentums, damit der einzelne am Aufbau und der Gestaltung der Wirtschaftsordnung mit privatnütziger Zielsetzung mitwirken kann. Folglich sind Mitbestimmungsmodelle, welche die grundsätzliche Ausrichtung des Unternehmens auf andere Ziele orientieren wollen, mit Art. 14 GG unvereinbar.⁸⁶⁸

865 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (346, 350, 351). *Badura*, Mitbestimmung, S. 6, sieht darin den „die Verfassungsmäßigkeit sichernden Baustein“.

866 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (350).

867 Maunz/Dürig/*Papier*, Art. 14 Rn. 500 m.w.N.; *Säcker*, AG 2008, 17 (19 f.); a.A. *Nagel*, Mitbestimmung, S. 31 f.; *E. Stein*, Qualifizierte Mitbestimmung, S. 60 ff. (64), 70 ff. (74). Das OLG Düsseldorf, AG 1991, 153 (155), bezeichnet in seinem Vorlagebeschluß vom 8.1.1991 (Az. 19 W 3/90) die Beschneidung der körperchaftlichen Mitgliedschaftsrechte der Kapitaleigner als „offenkundig“.

868 *Badura*, Mitbestimmung, S. 41, 82 f., 87, der aber mutmaßt, daß das BVerfG die Montanmitbestimmung zumindest für vereinbar mit Art. 14 GG befinden

Der theoretische Ausweg über einen Ersetzungsbeschluß der Hauptversammlung mit Drei-Viertel-Mehrheit gegen eine Aufsichtsratsentscheidung nach § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG gibt schon aus den bereits geschilderten praktischen Gründen⁸⁶⁹ keinen Anlaß dazu, das Letztentscheidungsrecht weiterhin bei den Anteilseignern zu sehen. Auch das BVerfG hat damit nur eine Substanzverletzung des Anteilseigentums ausgeschlossen, bei den mitgliedschaftsrechtlichen Positionen der Anteilseigner aber zu Recht darauf nicht mehr rekurriert.⁸⁷⁰

[2] Unternehmerfreiheit

Ferner wird durch den von der Montanmitbestimmung erzwungenen Interessenausgleich die unternehmerische Betätigungsfreiheit verletzt.⁸⁷¹ Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet die freie Gründung und Führung von Unternehmen nicht nur in kleinen und mittleren, sondern auch in Großunternehmen, wenngleich dort der personale Bezug verringert ist.⁸⁷²

Zum einen werden die Vertretungsorgane nicht nur (wie nach dem MitbestG) durch die neue Zusammensetzung des Aufsichtsrates in der Freiheit ihrer Planung und Entscheidung eingeengt, weil sie im Umfang ihrer Abhängigkeit vom Aufsichtsrat an die Mitwirkung der nicht von den Anteilseignern der Gesellschaften gewählten Mitglieder dieses Organs gebunden werden,⁸⁷³ sondern sie werden ihrer Entscheidungsfreiheit beraubt, weil die Zusammensetzung des Vertretungsorgans durch die Zwangsmitgliedschaft des Arbeitsdirektors vorgegeben wird und die Abhängigkeit von Aufsichtsratsmitwirkungen eine vollständige Abhängigkeit von Kapitalfremden bedeutet.

Außerdem erzwingt die Montanmitbestimmung einen permanenten Interessenausgleich gerade in Kernfragen der Unternehmensführung. Daß aber eine vom Unternehmer in Aussicht genommene Betriebsänderung

würde, während eine Ausweitung auf die gesamte Wirtschaft ein neu zu beurteilender Sachverhalt wäre (S. 13); *Wolf/Prinz*, FS Bauer, S. 1171 (1174), erachten eine Ausdehnung der Montanmitbestimmung auf Unternehmen anderer Branchen für verfassungswidrig.

869 Dazu Rn. 487.

870 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (346 f.).

871 A.A. *Scholz*, AG 1972, 195 (199); *E. Stein*, Qualifizierte Mitbestimmung, S. 81 ff., der die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit von Art. 14 Abs. 1 GG verdrängt sieht.

872 BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (363 f.).

873 Dazu BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 (364).

nicht zwangsweise zum Gegenstand eines Interessenausgleichs gemacht werden kann⁸⁷⁴, schützt gerade die auch im größten Unternehmen noch verbliebene freie Unternehmerentscheidung vor Fremdbestimmung. Über den Einsatz und Nichteinsatz von Betriebs- und Investitionsmitteln soll der Unternehmer frei bestimmen können und muß folglich auch Unternehmen nach seinem Willen umstrukturieren, verkleinern und auflösen können.⁸⁷⁵ Deswegen darf die einer Betriebsänderung zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung nicht zwangsweise der Zustimmung des Betriebsrats unterstellt werden, sondern können allenfalls deren Begleiterscheinungen durch Sozialpläne einer Fremdbestimmung ausgesetzt werden.⁸⁷⁶ Die Montanmitbestimmung nimmt darauf durch ihren unvermeidlichen Konsenszwang keine Rücksicht und entreißt die Entscheidungshoheit über das Schicksal des Unternehmens entschädigungslos dem Unternehmer, der das wirtschaftliche Risiko allein trägt.

[3] Verhältnismäßigkeitsmaßstab

- 491 Die besonders starken Eingriffe in die Eigentumsfreiheit und die Unternehmerfreiheit, welche die Montanmitbestimmung im Unterschied zum allgemeinen Mitbestimmungsrecht zeitigt, verlangen, daß der Sachzusammenhang, welcher die Montanmitbestimmung als Reaktion auf den Strukturwandel grundsätzlich zu rechtfertigen vermag, in angemessenem Verhältnis zum Grad der Ungleichbehandlung steht.⁸⁷⁷

bb) Unangemessenheit der Montanmitbestimmung

- 492 Der Strukturwandel im Montansektor rechtfertigt nicht eine derart intensive Ungleichbehandlung in Mitbestimmungsfragen, wie sie die Montanmitbestimmung im Verhältnis zur allgemeinen Mitbestimmung darstellt.

[1] Sozialstaatsprinzip im Privatrecht

- 493 Das Sozialstaatsprinzip als Staatsstrukturprinzip bindet nicht private Unternehmer – auch nicht mittelbar. Doch kann der Gesetzgeber, wenn er seiner sozialstaatlichen Verantwortung nachkommen will, nicht nur unmittelbar ausgleichend tätig werden – beispielsweise im Fall des Steinkohlebergbaus mit einem besonderen Anpassungsgeld für die ehemaligen Beschäftigten⁸⁷⁸ – sondern er kann die Problembewältigung

874 ErfK/*Kania*, § 112 BetrVG Rn. 6 ff.

875 Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 126; zur Kündigungsfreiheit von *Hoyningen-Huene*, FS Birk, S. 217 (237 ff.).

876 *Von Hoyningen-Huene*, FS Birk, S. 217 (236 f.).

877 Vgl. BVerfG vom 15.3.2000 – 1 BvL 16-20/96, 18/97 – BVerfGE 102, 68 (87).

878 § 5 Steinkohlefinanzierungsgesetz (Fn. 714, S. 201).

auch den Parteien selbst in die Hand geben („Eigenverantwortung fördern“). Montanmitbestimmung ist insofern Staatsintervention, welche Privatrecht ausgestaltet⁸⁷⁹ und von der sich der Gesetzgeber ordnungspolitische Wirkungen erhofft, welche die montanspezifischen Wandlungsprobleme abfedern.

Doch Eigenverantwortung kann nur dort entstehen, wo Privatautonomie vorhanden ist, die im Wege von Verhandlungslösungen divergierende Interessen ausgleicht. Im Fall der Montanmitbestimmung werden von Gesetzes wegen keine inhaltlichen Vorgaben gemacht. Allerdings werden Rahmenbedingungen geschaffen, die zweifelsohne sozialstaatliche Wirkungen zeitigen, obwohl die Unternehmer keinerlei Gemeinwohlbindung unterliegen.⁸⁸⁰ Wird die Privatautonomie einseitig ausgeschaltet und werden die betroffenen Unternehmen quasi vergesellschaftet, indem die unternehmerische Letztentscheidung Nichteigentümern überantwortet wird, verletzt der Staat seine Schutzpflichten gegenüber den Grundrechten der Anteilseigner, weil er das Verhalten der kapitalfremden, demokratisch nicht legitimierten Aufsichtsratsmitglieder sowie des Arbeitsdirektors nicht beaufsichtigt.⁸⁸¹ Montanmitbestimmten Unternehmen erwächst daraus auch ein erheblicher Wettbewerbsnachteil, weil ihre „unparitätisch“ mitbestimmten Konkurrenten schneller und mit geringeren Kosten auf Markt- und Strukturveränderungen reagieren können.⁸⁸²

Es findet sich in der Montanindustrie keine Gemeinwohlbindung, die eine derart intensive Ungleichbehandlung gegenüber montanfreien Unternehmen rechtfertigen könnte. Im Gegensatz zu Sparkassen, die im staatlichen Auftrag Aufgaben der kommunalen Daseinsfürsorge wahrnehmen,⁸⁸³ war und ist die Montanindustrie rein privatnützig und privatwirtschaftlich.⁸⁸⁴ Anpassungsprobleme im Zuge des Strukturwandels sind deshalb nicht über ein Sondermitbestimmungsstatut

879 Ebenso zur allgemeinen Mitbestimmung *Rieble*, Mitbestimmung, Rn. 9, 31.

880 *Rieble*, Mitbestimmung, Rn. 26.

881 *Rieble*, Mitbestimmung, Rn. 27; *ders.*, Bitburger Gespräche 2006/I, S. 41 (53).

882 OLG Düsseldorf vom 8.1.1991 – 19 W 3/90 – AG 1991, 153 (155); dagegen *Nagel*, Mitbestimmung, S. 56 ff., der Wettbewerbsvorteile sieht; für *Spindler*, AG 1994, 258 (261), rechtfertigt die Sozialbindung des Eigentums den Wettbewerbsnachteil.

883 Art. 2 Abs. 1 BaySpkG: „Die Sparkassen haben [...] der Bevölkerung Gelegenheit zur sicheren und verzinslichen Anlegung von Ersparnissen und anderen Geldern zu geben sowie dem örtlichen Kreditbedürfnis, insbesondere der Bevölkerungsschichten, aus denen die Spareinlagen stammen, zu dienen. Sie haben durch geeignete Einrichtungen den Sparsinn der Bevölkerung zu pflegen und den bargeldlosen Zahlungsverkehr in jeder Weise zu fördern“.

884 *Spindler*, AG 1994, 258 (265).

angemessen zu lösen, das gruppenegoistische Interessenvertreter zu Krisenmanagern erhebt und die das wirtschaftliche Risiko tragenden Anteilseigner im Wege der „Zwangsbeglückung“ vor eigener Entscheidungsfreiheit schützt (Entmündigung).

[2] Montanmitbestimmung als Sozialisierung

Will der Gesetzgeber der Montanindustrie einen Sonderstatus angedeihen lassen, der die Unternehmen selbst dem Sozialstaatsprinzip unterwirft und damit ein derartiges Mitbestimmungsmodell trägt, muß er Farbe bekennen und den Weg des Art. 15 GG beschreiten.⁸⁸⁵ Art. 15 Satz 1 GG erlaubt dem Staat ausdrücklich:

„Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel können zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden.“

Solange die Grenzen der zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG eingehalten werden, bedarf es eines Rückgriffs auf Art. 15 GG nicht.⁸⁸⁶ Werden diese allerdings – wie bei der Montanmitbestimmung durch Wegfall des Letztentscheidungsrechts der Anteilseigner – überschritten und wird damit die Privatnützigkeit des Eigentums nicht nur eingeschränkt, sondern aufgehoben, verlangt Art. 15 GG, daß das Sozialisierungsgesetz zugleich auch Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. „Jedenfalls eine über die Paritätsgrenze hinausgehende Mitbestimmung [schlägt in] eine entschädigungspflichtige Sozialisierung“ um.⁸⁸⁷ Da die Montanmitbestimmungsgesetze eine Entschädigung der von ihr erfaßten Unternehmen nicht vorsehen, wird sie den Anforderungen des Art. 15 Satz 1 GG (Junktivklausel)⁸⁸⁸ nicht gerecht und ist auch deshalb verfassungswidrig.⁸⁸⁹ Das BVerfG hat sich freilich um diese Frage bislang erfolgreich gedrückt.⁸⁹⁰

[3] Mitbestimmungskumulation

- 496 Da neben der ohnehin überreagierenden Montanmitbestimmung noch die betriebliche Mitbestimmung nach dem BetrVG in den Montanunternehmen fortbesteht, wird die Teilhabefunktion des Mitbestimmungs-

885 Erkennt von *E. R. Huber*, Wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 131.

886 BK/*Kimminich*, Art. 15 Rn. 38.

887 *E. R. Huber*, DÖV 1956, 172 (173).

888 *Sachs/Wendt*, Art. 15 Rn. 16.

889 Ähnlich *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, Art. 15 Rn. 10 m.w.N.

890 Kritisch *Maunz/Düring/Durner*, Art. 15 Rn. 71.

gedankens übererfüllt.⁸⁹¹ Hinzu kommt, daß nach der Rechtsprechung des BAG auch Tarifverträge mit sozialplanähnlichen Inhalten zulässig⁸⁹² und mithin auch erstreikbar sein sollen. Selbst wenn sich also die Anteilseigner im Aufsichtsrat nach intensivem Bemühen und Vermittlung des neutralen Mitglieds einmal durchgesetzt haben sollten, können der Betriebsrat über den erzwingbaren Sozialplan und Gewerkschaften über erstreikbare Tarifsozialpläne den gefundenen Kompromiß nochmals erheblich beeinflussen. Die einseitige Grundrechtsauslegung durch die Arbeitsgerichte zu Lasten der Unternehmerfreiheit verhindert in diesen Fällen eine entsprechende Kontrolle der Tarifforderungen.⁸⁹³ Damit wird einmal mehr deutlich, daß die soziale Begleitung des Strukturwandels schon mehr als ausreichend durch das allgemeine Recht sichergestellt wird⁸⁹⁴ – eine Sondermitbestimmung für Montanunternehmen trägt den strukturellen Schwierigkeiten der Branche übermäßig Rechnung, da das allgemeine Recht auch sich stark wandelnden Wirtschaftszweigen und den betroffenen Arbeitnehmern umfassende Einflußmöglichkeiten gewährt, die eigene Situation sozial mitzugestalten. Sonderrecht ist überflüssig.

[4] *Petito principii*

Nagel versucht aus dem angeblich gleichheitsrechtlich unbeanstandet gebliebenen Sondermitbestimmungsstatut VW-Gesetz *argumentum a fortiori* auf die Zulässigkeit des Sondermitbestimmungsstatuts in der Montanmitbestimmung zu schließen.⁸⁹⁵ Allerdings ist die Gleichheitskonformität des VW-Gesetzes unter Mitbestimmungsgesichtspunkten bislang – soweit ersichtlich – weder (verfassungs-)gerichtlich noch wissenschaftlich (auch nicht von *Nagel*) untersucht worden.⁸⁹⁶ Obendrein ist der Erst-Recht-Schluß von der Legitimität einer „größeren“ Ungleichbehandlung auf die Legitimität einer „geringeren“ Ungleichbehandlung doppelt falsch, da sich zum einen ihre Intensitäten nur bei gleicher Abweichungsrichtung vergleichen lassen und zum anderen ihnen unterschiedliche Sachgründe zugrunde liegen können, die zwar die „stärkere“ nicht aber die „schwächere“ Ungleichbehandlung rechtfertigen.

-
- 891 Eingehend *Brocker*, Mitbestimmung und Corporate Governance, S. 153 ff.; zur „Überparität“ auch *Säcker*, AG 2008, 17 (18 f., 22 ff.).
- 892 BAG vom 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan, mit krit. Anm. *Kerwer*, EuZA 2008, 335 (345 ff.); auch schon BAG vom 6.12.2006 – 4 AZR 798/05 – AP Nr. 1 zu § 1 TVG Sozialplan, mit Anm. *Löwisch*, RdA 2009, 253.
- 893 *Höfling*, ZfA 2008, 1 (27 f.) m.w.N.
- 894 Die praktischen Auswirkungen der Mitbestimmungskumulation schildert *Gentz*, Bitburger Gespräche 2006/I, S. 33 ff.
- 895 *Nagel*, Mitbestimmung, S. 46, 48, 74.
- 896 Dagegen aber hier Rn. 583 ff.

[5] Zwischenergebnis

Die Montanmitbestimmung stellt folglich eine übermäßige Reaktion auf den Strukturwandel und seine sozioökonomischen Begleiterscheinungen dar, weil die gewählten systemwidrigen und grundrechtsinvasiven Mittel den verfolgten sozialstaatlichen Zweck ihrem Umfang nach nicht zu tragen vermögen.

e) Heutige Situation

- 497 Schließlich ist die „Wandel-Argumentation“ noch einer kritischen Analyse aus heutiger Sicht zu unterziehen:

aa) Struktur gewandelt

- 498 Das BVerfG sprach 1999 noch davon, daß die „Strukturkrise“ der Montanindustrie noch nicht voll bewältigt sei.⁸⁹⁷ „Krise“ meint den Wende- oder Höhepunkt einer gefährlichen Entwicklung.⁸⁹⁸ Wohin die Entwicklung geht – zurück zu den Montanquoten der 1960er Jahre oder weiterer Niedergang bis zum vollständigen Aussterben dieser Industrie – bleibt unausgesprochen und damit auch der Maßstab dafür, wann eine vollständige Bewältigung der Krise eingetreten sein wird. Der Begriff des „Strukturwandels“ bezeichnet den Vorgang zwar besser, indem er eine nicht an Extrema gebundene Entwicklung von einem Zustand zum anderen umschreibt, doch ist auch das Ende eines Wandels nur dann, definierbar, wenn der Zielzustand bekannt ist. Bezogen auf den Strukturwandel der deutschen Montanindustrie ist zu differenzieren:
- 499 • Der deutsche *Steinkohlebergbau* ist ohne Perspektive und wird spätestens 2019 quasi vollständig eingestellt sein, wenn die staatliche Subventionierung ausgelaufen ist. § 1 Abs. 1 Steinkohlefinanzierungsgesetz⁸⁹⁹ ist unmißverständlich: „Die subventionierte Förderung der Steinkohle in Deutschland wird zum Ende des Jahres 2018 beendet“.⁹⁰⁰ Der Wandel wird hier also mit ziemlicher Sicherheit erst beendet sein, wenn die letzte Zeche geschlossen ist.

897 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (395).

898 Duden. Das Fremdwörterbuch, 7. Aufl. 2001, Stichwort: „Krise“.

899 Fn. 714 (S. 201).

900 Vgl. auch § 1 Abs. 1 Gesetz über Hilfen für den deutschen Steinkohlebergbau bis zum Jahr 2005 (Steinkohlebeihilfengesetz), BGBl I 1995, 1638: „Mit diesem Gesetz soll ein angemessener Beitrag zum Absatz deutscher Steinkohle für den Einsatz in Kraftwerken und zur Stahlerzeugung im Hochofenprozeß im Geltungsbereich dieses Gesetzes geleistet und die Deckung von Aufwendungen der Bergbauunternehmen infolge dauerhafter Stilllegungen ermöglicht werden“.

Insofern weisen die Beschäftigtenzahlen und Fördermengen eine eindeutige Tendenz auf⁹⁰¹:

	1995	2005 (Veränderung ggü. 1995)	2006 (Veränderung ggü. Vorjahr)	2007 (Veränderung ggü. Vorjahr)	2008 (Veränderung ggü. Vorjahr)
Beschäftigte	92.578	38.528 (-58,4%)	35.415 (-8,1%)	32.803 (-7,4%)	30.384 (-7,4%)
Fördermenge in Mio. t v. F.	53,1	24,7 (-53,5%)	20,7 (-16,2%)	21,3 (+2,9%)	17,1 (-19,7%)

- Die deutsche *Braunkohleförderung* hingegen ist auch dank Atomausstieg keine sterbende Industrie. Wenngleich sie von Beschäftigtenzahlen der 1960er Jahre weit entfernt ist, hat sie doch einen stabilen Zustand erreicht, der auf einen abgeschlossenen Wandel hindeutet:⁹⁰² **500**

	1995	2005 (Veränderung ggü. 1995)	2006 (Veränderung ggü. Vorjahr)	2007 (Veränderung ggü. Vorjahr)	2008 (Veränderung ggü. Vorjahr)
Beschäftigte	40.281	16.996 (-57,8%)	16.796 (-1,2%)	16.824 (+0,2%)	16.530 (-1,7%)
Fördermenge in Mio. t	192,7	177,9 (-7,7%)	176,3 (-0,9%)	180,4 (+2,3%)	175,3 (-2,8%)

- Am besten hat die *Eisen- und Stahlindustrie* den Wandel gemeistert, was in letzter Zeit sogar zu steigenden Beschäftigtenzahlen geführt hat:⁹⁰³ **501**

	1995	2005 (Veränderung ggü. 1995)	2006 (Veränderung ggü. Vorjahr)	2007 (Veränderung ggü. Vorjahr)	2008 (Veränderung ggü. Vorjahr)
Beschäftigte	120.003	91.279 (-23,9%)	91.084 (-0,2%)	92.357 (+1,4%)	95.390 (+3,3%)
Erzeugung von Roheisen in Mio. t	30,0	28,9 (-3,7%)	30,4 (+5,2%)	31,2 (+2,6%)	29,1 (-6,7%)

901 Quelle: Statistik der Kohlenwirtschaft e.V. (www.kohlenstatistik.de).

902 Quelle: Statistik der Kohlenwirtschaft e.V. (www.kohlenstatistik.de).

903 Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden (www.destatis.de).

	1995	2005 (Veränderung ggü. 1995)	2006 (Veränderung ggü. Vorjahr)	2007 (Veränderung ggü. Vorjahr)	2008 (Veränderung ggü. Vorjahr)
Erzeugung von Rohstahl in Mio. t	42,1	44,5 (+5,7%)	47,2 (+6,1%)	48,6 (+3,0%)	45,8 (-5,8%)

bb) Konjunkturschwankungen statt Strukturwandel

- 502 Die den Strukturwandel begleitende Montanmitbestimmung konnte sich bislang allenfalls als Reaktion auf die mit dem Massenabbau von Arbeitsplätzen einhergehenden Anpassungsprobleme der Bevölkerung insbesondere im Ruhrgebiet verstehen lassen. Läßt man die Sonderrolle des ohnehin nur künstlich aufrechterhaltenen Steinkohlebergbaus und seine beschlossene Einstellung außer Betracht, zeigt sich, daß die deutsche Montanindustrie mittlerweile im 21. Jahrhundert angekommen ist und sich auf einen ungleich niedrigeren, aber doch nicht mehr als „Wandel“ titulierbaren Sockel gefangen hat.
- 503 Relativ stabile, ja sogar steigende Beschäftigungszahlen sind Zeichen für eine Normalisierung der Montanindustrie, die nicht mehr einem strukturellen Wandel, sondern konjunkturellen Schwankungen unterworfen ist. Ihre letzte einzig denkbare Aufgabe hat die Montanmitbestimmung somit verloren. Mit einem vollständigen Wegfall der Eisen- und Stahlindustrie in Deutschland ist nicht zu rechnen und selbst die Braunkohleförderung ist in Zeiten des Atomausstiegs nicht dem Untergang geweiht. Die Interessenlage der Arbeitnehmer und Kapitalgeber von Montanunternehmen unterscheidet sich somit nicht mehr von den Verhältnissen außerhalb der Montanindustrie.⁹⁰⁴
- 504 Meinte das BVerfG noch 1999, „die Montan-Industrie hat [...] viel von ihrer ursprünglichen Sonderstellung eingebüßt“⁹⁰⁵, kann heute gesagt werden: Die Montanindustrie hat jegliche Sonderstellung eingebüßt. Von einem „ständig sinkenden wirtschaftlichen und sozialen Gewicht“⁹⁰⁶ der Montanindustrie kann nicht mehr gesprochen werden, denn „fast jede Region in NRW hat auf ihre Art Strukturwandel erlebt“.⁹⁰⁷ Mag die neue

904 Krüger, FS Friauf, S. 611 (613).

905 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (394).

906 Preis, 66. DJT, Gutachten B, S. 59.

907 Noll, Vorsitzender der Geschäftsführung der RAG Montan Immobilien GmbH, FAZ vom 26.6.2009 (Nr. 145), S. B6 („Zurück in die Stadt“): „Nach der Montanindustrie setzen wir hier auf die Kompetenz-Cluster Energie, Logistik und Gesundheit, auch die Kreativwirtschaft ist stark im Kommen“.

Kulturmetropole „RUHR.2010“⁹⁰⁸ vielleicht noch nicht alle wirtschaftlichen Probleme der früheren Montanregion überwunden haben, so ist jedenfalls die Konsolidierungsphase in der Eisen- und Stahlindustrie sowie im Braunkohlebergbau abgeschlossen. Dies wird offenbar auch von Gewerkschaftsseite so gesehen:

„Die Montanmitbestimmung hat den massiven Strukturwandel [...] einen konstruktiven und unverzichtbaren Beitrag geleistet und zugleich die industriellen Kerne gefestigt“.⁹⁰⁹

Man betrachtet die Phase der Krisenbewältigung als abgeschlossen und sieht die Funktion der Montanmitbestimmung nunmehr reichlich floskelhaft und juristisch unergiebig in „partizipativer, ganzheitlicher, integrierter Personalpolitik“.⁹¹⁰

4. Tradition und Bewährung

a) Tradition ohne Legitimation

Verfassungsrechtlich unerheblich wird stets dann argumentiert, wenn die Montanmitbestimmung als Leitbild der Unternehmensmitbestimmung glorifiziert und als Tradition mit Symbolwert herausgestellt wird.⁹¹¹ Dies sind Bewertungen, die nur verdunkeln und nichts erhellen, schlicht ohne Aussagekraft für die Ungleichbehandlung montangeprägter und montanfreier Unternehmen bleiben. Daß etwas schon längere Zeit so war, begründet keinen Vertrauensschutz und erst Recht keine Legitimation des Sonderrechts. Historisch gewachsene Unterscheidungen vermögen nicht aus sich selbst heraus Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen.⁹¹² Der Gleichheitssatz wäre sehr bald wirkungslos und der Rechtszersplitterung Tür und Tor geöffnet, wenn sich jede Interessengruppe rechtswirksam auf Bestandsschutz berufen könnte.⁹¹³ In erfrischender Klarheit formuliert das BVerfG zur nur teilweise für zulässig befundenen Differenzierung des § 3 Abs. 2 MontanMitbestErgG zwischen Konzernobergesellschaften mit Montanbezug und solchen ohne Montanbezug:

908 FAZ vom 26.6.2009 (Nr. 145), S. B4 („Mythos Ruhr – Vom Wandel des Ruhrgebiets zu einer neuen Metropole“): „Wo früher Kohle für Europa gefördert wurde, ist es heute die Kultur“.

909 Gemeint wohl: „zu dem massiven Strukturwandel“; *Jendrzejewski/Matic/Seyboth*, Die Mitbestimmung 5/2001, 36.

910 *Reppel*, Die Mitbestimmung 5/2001, 18 (20).

911 *Wlotzke*, FS Fabricius, S. 165 (177 f.); Zusammenfassung bei *Krüger*, FS Friauf, S. 611 (615 f.); kritisch *Spindler*, AG 1994, 258 (263 f.).

912 BVerfG vom 16.11.1982 – 1 BvL 16/1975, 36/79 – BVerfGE 62, 256 (279).

913 *H.-P. Müller*, DB 1977, 163 (165).

„Die lange Geltung einer Regelung kommt als Legitimationsgrund für Ungleichbehandlungen nicht in Betracht. Auch wenn eine lange Tradition für die Existenz sachlicher Differenzierungen in der Vergangenheit sprechen mag, taugt sie zur fortdauernden Legitimation nur, wenn diese Gründe weiterhin vorhanden oder durch tragfähige neue abgelöst worden sind. Wo solche Gründe fehlen, kann die Regelungstradition sie nicht ersetzen“.⁹¹⁴

b) Bewährung ohne Gleichheitsrelevanz

- 506 Schließlich wird versucht, die Montanmitbestimmung mit ihrer langjährigen Praxis zu rechtfertigen, worin sich eine besondere „Sozialverträglichkeit“ erwiesen habe, die es zu erhalten gelte.⁹¹⁵ *Nagel* bekennt freimütig: „Es geht um einen Bestandsschutz der Mitbestimmung im Interesse des sozialen Friedens“.⁹¹⁶ Auch das BVerfG will trotz zutreffender Ablehnung der „Traditionsargumentation“ in der „Bewährung“ der Montanmitbestimmung einen angemessenen Sachgrund finden:

„Von der bloßen traditionellen Rechtfertigung ist allerdings der Legitimationsgrund zu unterscheiden, der in der langjährigen praktischen Bewährung einer Regelung liegt. Von einer derartigen Bewährung ist der Gesetzgeber bei der Novellierung des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes ausgegangen [...] Diese Einschätzung, für die dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Spielraum zusteht, ist vertretbar“.⁹¹⁷

Das Gericht will dies freilich nur als „grundsätzlich tragfähigen“ Differenzierungsgrund zwischen Alt- und Neu-Montanunternehmen verstanden wissen – bezieht sich nicht auf das Verhältnis von Montanmitbestimmung zum allgemeinen Mitbestimmungsrecht.

- 507 Dennoch: Eine als „bewährt“, d.h. geeignet, brauchbar oder zuverlässig⁹¹⁸ empfundene Regelung kann niemals eine von ihr ausgehende Ungleichbehandlung gegenüber der weniger geeigneten, weniger brauchbaren, schlicht schlechteren Regelung legitimieren, selbst wenn die Einschätzung von den Betroffenen angeblich geteilt wird.⁹¹⁹ Betroffen sind nämlich immer zwei Gruppen: die Bessergestellten und die Nicht-Bessergestellten („Des einen Freud' ist des anderen Leid“). Neu-Montanunternehmen und montanfreie Unternehmen werden deshalb in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, wenn ihnen „Bewährtes“ vorenthalten wird.

914 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (393).

915 Zusammenfassung bei *Spindler*, AG 1994, 258 (260).

916 *Nagel*, Mitbestimmung, S. 74.

917 BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 (393 f.).

918 Duden. Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl. 2002, Stichwort: „bewähren“.

919 Das BVerfG, a.a.O. (Fn. 917, S. 236), rekurriert auf den Bericht der Mitbestimmungskommission sowie das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung.

Ob sich eine Regelung „bewährt“ hat oder nicht, ist eine Wertungsfrage 508 anhand des Zwecks der Regelung und damit eine isolierte Betrachtung einer Norm. Der Gleichheitssatz ist jedoch relativer Maßstab und insoweit wertungsneutral. Die „Bewährung“ einer Regelung kann deshalb bei der Rechtfertigung eines Eingriffs in Freiheitsgrundrechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Bedeutung erlangen – solange sie Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt ist sie aber stets gleichheitskonform.⁹²⁰ Freilich kann sich auch eine Ungleichbehandlung selbst als „bewährt“ erweisen. Dies meint indes nur, daß sie zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks (Gleichbehandlung wesentlich Gleichens, Ungleichbehandlung wesentlich Ungleichens) geeignet ist, was wiederum voraussetzt, daß an taugliche Differenzierungsmerkmale angeknüpft wird. Ob die mitbestimmungsrechtliche Differenzierung zwischen Montanunternehmen und allen anderen in diesem Sinne „bewährt“ ist, mündet aber gerade in die Suche nach einem tauglichen Sachgrund.

Sollte die Montanmitbestimmung mehr als die allgemeine Mitbestimmung 509 für „sozialen Frieden“ und „einzigartige Konfliktbewältigung“ sorgen und sich somit als Mitbestimmungsmodell „bewährt“ haben⁹²¹, trägt dies keinem spezifischen Merkmal der betroffenen Montanunternehmen Rechnung. Die Probleme der täglichen Arbeit in industriellen Großbetrieben sind nämlich auf die mit einer zunehmenden Unternehmensgröße in allen Branchen einhergehenden Organisationsstrukturen zurückzuführen – nicht auf die Produktionsgegenstände.⁹²² Wenn das BVerfG von einer „langjährigen praktischen Bewährung“ der Montanmitbestimmung spricht, bringt es damit nicht mehr zum Ausdruck, als daß die Montanmitbestimmung sich im Laufe der Zeit vor ihrem Zweck als geeignet erwiesen hat. Doch ob geeignete Tradition („Bewährung“) oder ungeeignete Tradition („Versagen“) – traditionelle Ungleichbehandlungen können beide nicht rechtfertigen. Stellt sich nach jahrzehntelanger sachgrundloser Ungleichbehandlung heraus, daß sich eine Regelung „bewährt“ hat, ist dies ebensowenig eine *ex-tunc*- wie eine *ex-nunc*-Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Insofern muß sich das BVerfG an seine eigenen Maßstäbe halten.⁹²³

Auf den Kopf gestellt wird die Argumentation, wenn versucht wird, eine 510 Ungleichheit daraus zu konstruieren, daß die „typische Kultur der Montanmitbestimmung“ das taugliche Differenzierungsmerkmal sein soll und Forderungen nach Gleichbehandlung als Forderungen nach

920 Zur Gefahr der Vermischung von Gleichheits- und Freiheitsprüfung Fn. 864 (S. 225).

921 Kritisch Säcker, AG 2008, 17 (20 f.).

922 Krüger, FS Friauf, S. 611 (614).

923 Dazu Rn. 505.

rechtlicher Ungleichbehandlung umgedeutet werden, die ihrerseits rechtfertigungsbedürftig seien.⁹²⁴ Indem gleiche Sachverhalte rechtlich ungleich behandelt werden, werden sie nicht selbst ungleich.⁹²⁵ Auch nach jahrzehntelanger Ungleichbehandlung wesentlich Gleichens, gibt es nicht den Tag, an dem Gleiches plötzlich Ungleich wird, d.h. auch nach 50 Jahren Montanmitbestimmung sind die betroffenen Unternehmen noch immer Kapitalgesellschaften deutschen Rechts und bilden nicht plötzlich eine eigene Vergleichsgruppe der Montan-Kapitalgesellschaften deutschen Rechts⁹²⁶ – jedenfalls solange nicht, wie das Gesellschaftsrecht produktionsneutral bleibt.

5. Schlußfolgerung

- 511 Die Montanmitbestimmung ist ein gleichheits- und damit verfassungswidriger Anachronismus und deshalb abzuschaffen.⁹²⁷ Die Anknüpfung an die Montanproduktion ist dem Gesellschaftsrecht systemfremd und stützt sich auf kein Differenzierungsmerkmal, welches das Sondermitbestimmungsstatut seinem Umfang nach zu tragen vermag.⁹²⁸ Auch wenn der Gesetzgeber bei festgestellten Gleichheitsverstößen grundsätzlich verschiedene Reaktionsmöglichkeiten hat (Anpassung „nach oben“, „nach unten“, vollständige Neuregelung)⁹²⁹, ist im Fall der Montanmitbestimmung eine Anhebung der allgemeinen Mitbestimmung auf Montanniveau im Hinblick auf die gravierenden Eingriffe in Art. 14 und Art. 12 GG ausgeschlossen.⁹³⁰ Die Montanunternehmen sind in das allgemeine Mitbestimmungsrecht zu entlassen, da auch eine noch so lange „Mitbestimmungsübung“ kein schützenswertes Vertrauen auf die Fortdauer des jeweiligen Modells begründet, sondern ein Wechsel zwischen Mitbestimmungsregimen auch in verhältnismäßig kurzer Zeit vom Gesetzgeber den Sozialpartnern zugemutet wird.⁹³¹

924 *Nagel*, Mitbestimmung im Montankonzern und Grundgesetz, S. 40.

925 A.A. *Nagel*, Mitbestimmung im Montankonzern und Grundgesetz, S. 41 (zur Erhaltungsgesetzgebung): „Die Gründe des Gesetzgebers können die gemeinsame Montanmitbestimmungskultur und die Prägung des Konzerns durch Montanunternehmen sein“.

926 A.A. *Preis*, AuR 1983, 161 (167 f.).

927 Ebenso *Habersack*, AG 2007, 641 (650); *Raiser*, 66. DJT, Gutachten B, S. 79 ff.

928 I.E. auch *Krüger*, FS Friauf, S. 611 (620); *H.-P. Müller*, DB 1977, 163 (167); *von Zezschwitz*, BB 1971, 479 (484); a.A. *Kittner*, BB 1971, 1057 (1062); *Mayer*, BlStSozArbR 1981, 86 (90); *Preis*, AuR 1983, 161 (167); *Scholz*, AG 1972, 195 (199); *Wlotzke*, FS Fabricius, S. 165 (176 ff.); unklar *Spindler*, AG 1994, 258 (262).

929 *Jarass/Pieroth*, Art. 3 Rn. 40; *H.-P. Müller*, DB 1977, 163 (165).

930 *H.-P. Müller*, DB 1977, 163 (165, 167).

931 *Spindler*, AG 1994, 258 (264 f.); i.E. auch *Krüger*, FS Friauf, S. 611 (618 f.), der zu Recht anmerkt, daß in einem demokratischen Rechtsstaat solche Rechts-

Unternehmen, die sich auf „freiwilliger“ Basis mit Gewerkschaften zu Mitbestimmungsvereinbarungen bewegen lassen, welche die Montanmitbestimmung in Teilen erhalten, obwohl der Anwendungsbereich der montanen Sondermitbestimmungsstatute verlassen wurde, werden in ihrer Position gestärkt, zu den allgemeinen Statuten zurückzukehren. Sondermitbestimmung sollte auch bei Gewerkschaften als Einschränkung der Eigentümerrechte und Investitionshemmnis begriffen werden, das sich nachteilig auf künftige Standortentscheidungen auswirkt. Die Arbeitgebervertreter in der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung aus dem Jahre 2006 regen deshalb völlig zu Recht die Bereinigung des deutschen Mitbestimmungsrechts durch die Abschaffung von MontanMitbestG und MontanMitbestErgG an.⁹³²

III. Unvereinbarkeit mit Unionsrecht

Ferner stellt sich die Frage der Vereinbarkeit der Montanmitbestimmung mit dem unionsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung sowie der Kapitalverkehrsfreiheit.

1. Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung

Die Montanmitbestimmung ignoriert Beschäftigte in ausländischen Betrieben und bei Tochterunternehmen ausländischen Rechts ebenso wie die deutsche Mitbestimmung insgesamt. Auch für Montanunternehmen geht die Praxis seit jeher von einer Nichteinbeziehung ausländischer Belegschaften aus,⁹³³ was mit dem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts auf Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung⁹³⁴ unvereinbar ist.⁹³⁵ Allerdings gewährt die Montanmitbestimmung den Arbeitnehmern weit stärkere Mitbestimmungsrechte als die allgemeine quasi-paritätische Mitbestimmung, weil das neutrale Aufsichtsratsmitglied das leichte Übergewicht der Anteilseignerseite aufhebt und der Arbeitsdirektor als Vorstandsmitglied

änderungen auch von den Sozialpartnern ohne Störung des „sozialen Friedens“ hinzunehmen sind; a.A. *Scholz*, AG 1972, 195 (199 f.), für den die Montanmitbestimmung sozialstaatlichen Bestandsschutz genießt.

932 Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission, S. 65; weitere Nachw. auch zur Gegenansicht bei *Raiser*, 66. DJT, Gutachten B, S. 59.

933 *Geßler*, BB 1956, 625 (628); dagegen bereits kritisch *Krug*, NJW 1956, 1585; *Schlotfeldt*, RdA 1967, 415 (417); *Zilius*, NJW 1957, 325 (326).

934 Zur Herleitung Rn. 100 ff.

935 I.E. ebenso *Habersack*, AG 2007, 641 (650).

nicht gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gewählt werden kann.

- 515 Dies wirkt sich auf die nicht im Aufsichtsrat vertretenen Belegschaften besonders gravierend aus, weil die von der deutschen Belegschaft gewählten Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertreter mehr als schon nach der allgemeinen Mitbestimmung ihre eigenen Interessen zu Lasten der nicht vertretenen Arbeitnehmer verwirklichen können, ja dies ihnen durch die Montanmitbestimmung gerade erleichtert wird, weil sich im Zweifel nicht stets die Anteilseignerseite durchsetzt. Ausländische Belegschaften montanmitbestimmter Unternehmen stehen deshalb in der Gefahr, im unternehmens- oder konzerninternen Standortwettbewerb eine nachteiligere Behandlung zu erfahren, als sie in einem mitbestimmungsfreien Unternehmen oder Konzern zu erwarten hätten, weil dann die Gesellschafter unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ohne protektionistische Begleitmotive über Standortfragen entscheiden würden.

2. Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit

- 516 Das fehlende Letztentscheidungsrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, denn dadurch wird (potentiellen) Investoren die Möglichkeit genommen, sich effektiv an der Verwaltung der Gesellschaft und deren Kontrolle zu beteiligen.⁹³⁶ Auch wenn dies nicht staatlichen Sonderrechten am Montanunternehmen geschuldet ist und somit keine „Goldene Aktie“ im engeren Sinne vorliegt, werden die sekundärrechtlich verankerten Grenzen der Unternehmensmitbestimmung im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit überschritten, die nach Art. 42 Satz 2 SE-VO und Art. 50 Abs. 2 SE-VO gerade ein Letztentscheidungsrecht der Kapitaleseite im Aufsichtsrat erzwingen, indem der Vorsitzende Anteilseignervertreter sein muß, dessen Stimme im Zweifel den Ausschlag gibt. Die Montanmitbestimmung überschreitet diese Grenzen und ist deshalb mit der Kapitalverkehrsfreiheit unvereinbar, weil Investoren anderer Mitgliedstaaten von Direktinvestitionen in das Kapital dieser Unternehmen abgeschreckt werden, wenn sie im Zweifel kein Letztentscheidungsrecht im Aufsichtsrat haben. Bereits heute kann in Montanunternehmen durch eine Umwandlung in eine SE die von Art. 42 Satz 2 SE-VO und Art. 50 Abs. 2 SE-VO verlangte Vorherrschaft der Anteilseigner im Aufsichtsrat hergestellt werden.⁹³⁷

936 Dazu Rn. 211 ff.

937 Rieble, NJW 2006, 2214 (2216).

B. Sondermitbestimmung bei den Grenzkraftwerken

I. Mitbestimmungsstatute

Betreiberunternehmen von Wasserkraftwerken an deutschen Grenzflüssen unterliegen, sofern sie überhaupt nach deutschem Gesellschaftsrecht errichtet werden, teilweise dennoch nicht dem allgemeinen deutschen Mitbestimmungsrecht. 517

1. Betroffene Unternehmen

a) Deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke am Rhein

Der Rhein bildet nicht nur in weiten Teilen die natürliche Grenze zwischen Deutschland und der Schweiz, sondern ist auch gerade in seinem Oberlauf zwischen Bodensee und Basel (Hochrhein) zur wirtschaftlichen Nutzung der Wasserkraft geeignet und wird seit Ende des 19. Jahrhunderts entsprechend genutzt.⁹³⁸ Einige deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke unterliegen deutschem, andere schweizerischem Recht. Erstere sind bis heute von den allgemeinen Regelungen der *Unternehmensmitbestimmung* entbunden und haben ihr eigenes Statut, welches freilich die *betriebliche* Mitbestimmung unberührt läßt.⁹³⁹ 518

Der „Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Regelung von Fragen, welche die Aufsichtsräte der in der Bundesrepublik Deutschland zum Betrieb von Grenzkraftwerken am Rhein errichteten Aktiengesellschaften betreffen“ vom 6. Dezember 1955⁹⁴⁰ konstituiert für Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland, deren Unternehmensgegenstand der Betrieb deutsch-schweizerischer Grenzkraftwerke am Rhein ist, ein eigenes Mitbestimmungsregime für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.⁹⁴¹ Dem Vertrag 519

938 Die Wasserkraftwerke am Oberrhein wurden aufgrund des Vertrages über die Wassernutzung am Oberrhein vom 28.9.1867 und 10.5.1879 errichtet, vgl. *Neumann*, RdA 1957, 281. Das Grenzkraftwerk Rheinfelden nahm 1898 als erstes seinen Betrieb auf.

939 Dietz/*Richardi*, 6. Aufl., Anhang 6, Anm. zu Art. 1.

940 BGBl. II 1957, 264.

941 Dazu auch *Frank*, Das Mitbestimmungs-Gespräch 1956, Nr. 10, S. 7 f.; Dietz/*Richardi*, 6. Aufl., Anhang 6; MüHdbArbR/*Wißmann*, § 383 Rn. 9; außerdem erwähnt bei *Hockstein-Rasch/Fetzer*, Bibliographie Mitbestimmung, S. 439; *Pulte*, Betriebsgröße und Betriebszugehörigkeit, S. 57; *Raiser/Veil*, § 1 MitbestG Rn. 35; *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 1 MitbestG Rn. 15; *WWKK/Koberski*, § 1 MitbestG Rn. 59; *WWKK/Kleinsorge*, § 1 DrittelbG Rn. 49.

wurde mit Gesetz vom 13. Mai 1957⁹⁴² durch den Deutschen Bundestag zugestimmt und damit sein Inhalt zu verbindlichem Bundesrecht.⁹⁴³

- 520 Bei Verabschiedung des Vertragsgesetzes ging es um drei nach deutschem Recht betriebene Grenzkraftwerke, nämlich die Werke Albrück-Dogern, Rheinfeldern und Reckingen, welche allesamt deutsche und schweizerische Arbeitnehmer beschäftigten.⁹⁴⁴ Heute existieren elf deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke, von denen Säckingen⁹⁴⁵, Albrück-Dogern⁹⁴⁶, Rheinfeldern⁹⁴⁷, Wyhlen⁹⁴⁸, Reckingen⁹⁴⁹ nach deutschem Recht betrieben werden und somit der Sondermitbestimmung unterfallen. Von den vier nach dem Zweiten Weltkrieg errichteten deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken wird nur eines von einer Aktiengesellschaft nach deutschem Recht betrieben.⁹⁵⁰

aa) Sonderfall Laufenburg – exportierte Sondermitbestimmung

- 521 Der Verwaltungsrat der schweizerischen Energiedienst Holding AG (EDH), die das Grenzkraftwerk Laufenburg nach schweizerischem Recht⁹⁵¹ und entsprechend ohne Bindung an das Grenzkraftwerkegesetz betreibt, hat nach „Zusammengehen“⁹⁵² mit der deutschen Energiedienst

942 BGBl. II, 262; zuletzt geändert durch Art. 2 § 5 EGStGB vom 2.3.1974, BGBl. I, 469

943 Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG; zu den Einzelheiten Sachs/*Streinz*, Art. 59 Rn. 60 ff.

944 Die Beschäftigtenzahlen betragen im Werk Albrück-Dogern 44 Arbeitnehmer (32 Deutsche, 12 Schweizer), im Werk Rheinfeldern 29 Arbeitnehmer (17 Deutsche, 12 Schweizer) und im Werk Reckingen 265 Arbeitnehmer (256 Deutsche, 9 Schweizer); vgl. *Sauerborn*, BSt ArbMin, BT-PlProt. 2/8999 (B).

945 Betrieben von der Rheinkraftwerk Säckingen AG (Bad Säckingen).

946 Betrieben von der Rheinkraftwerk Albrück-Dogern AG (Waldshut-Tiengen); seit 1.1.2004 Betriebsführung durch die Schluchseewerk AG (Laufenburg).

947 Betrieben von der Energiedienst AG (Rheinfeldern), vormals Kraftübertragungswerke Rheinfeldern AG.

948 Betrieben von der Energiedienst AG (Rheinfeldern).

949 Betrieben von der Kraftwerk Reckingen AG (Küssaberg).

950 Grenzkraftwerk Säckingen (Inbetriebnahme 1966). Die Grenzkraftwerke Birsfelden (1954), Rheinau (1956) und Schaffhausen (1963) werden nach schweizerischem Recht betrieben.

951 Art. 2 Abs. 2, Art. 20 Statuten der EDH (abrufbar unter www.energiedienst.de/cms/medienboard/pdf/Unternehmen/corporate-governance/09-03-27__EDH-Statuten_beglaubigt_gueltig_ab_27.03.2009.pdf, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

952 Die EDH ist zu 100 Prozent Anteilseigner der deutschen Energiedienst AG (ED). Verwaltungsrat der EDH und Aufsichtsrat der ED sind personenidentisch, der Präsident des Verwaltungsrates ist zugleich Vorsitzender des

AG (ED), welche die Grenzkraftwerke Rheinfeldern und Whylen nach deutschem Recht und entsprechend mit Bindung an das Grenzkraftwerkegesetz betreibt, beschlossen, eine entsprechende Vertretung der Arbeitnehmerschaft, wie sie Vertrag und Gesetz über die deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerke vorsehen, auch im Verwaltungsrat der EDH einzurichten. Dies wurde mit einer „Betriebsvereinbarung“ vom 17. Juni 2003 nochmals festgehalten.⁹⁵³ Die Arbeitnehmervertreter werden entsprechend dem Grenzkraftwerkegesetz für die Dauer von vier Jahren gewählt.⁹⁵⁴ Damit zeitigt das Grenzkraftwerkegesetz letztlich doch – ursprünglich ungewollte⁹⁵⁵ – mitbestimmungsrechtliche Außenwirkungen auf die Schweiz, der bis heute Arbeitnehmervertreter in der Unternehmensverfassung, insbesondere im Verwaltungsrat, fremd sind.⁹⁵⁶ Die letzte große gewerkschaftliche Mitbestimmungsinitiative in der Schweiz von 1971 blieb im Volksentscheid 1976 ohne Ergebnis.⁹⁵⁷ „Eine Mitbestimmung in den Organen der Unternehmen ist in der Schweiz gesetzlich nicht vorgesehen und ist auch auf freiwilliger Basis praktisch nicht vorhanden“.⁹⁵⁸

bb) Sonderfall Albruck-Dogern – ignorierte Sondermitbestimmung

Anders verhält es sich beim Kraftwerk Albruck-Dogern, das seit 2004 522 von der Schluchseewerk AG betriebsgeführt wird, so daß das eigentliche Betreiberunternehmen des Kraftwerks keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt, die im Aufsichtsrat vertreten oder dorthin entsendet werden könnten.⁹⁵⁹ Die Schluchseewerk AG ihrerseits ist drittelmitbestimmt.⁹⁶⁰

Aufsichtsrates, der Vizepräsident zugleich stellvertretender Vorsitzender; vgl. Geschäftsbericht 2009 der EDH, S. 46 (abrufbar unter www.energiesdienst.de/cms/medienboard/pdf/geschaeftsberichte/ED_GB_09.pdf, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

953 Geschäftsbericht 2009 der EDH, S. 40, a.a.O. (Fn. 952, S. 242).

954 Geschäftsbericht 2009 der EDH, S. 40, a.a.O. (Fn. 952, S. 242).

955 Das Bundesarbeitsministerium (zitiert bei *Frank*, Das Mitbestimmungsgesetz 1956, Nr. 10, S. 7) wies Ende 1953 noch darauf hin, daß „Regierungen von Staaten, in denen ein dem deutschen Recht auch nur annähernd entsprechendes Betriebsverfassungsrecht nicht besteht, erhebliche Bedenken dagegen erheben, daß durch die Beteiligung von Arbeitnehmern ihres Landes in Aufsichtsräten ein Übergreifen des Gedankens des deutschen Arbeitsrechts auf die Arbeitnehmerbewegung ihres Landes erfolgt“.

956 *R. A. Müller*, Arbeitnehmervertretung, S. 11 mit Fn. 57.

957 *R. A. Müller*, Arbeitnehmervertretung, S. 29 f.

958 *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, Rn. 620.

959 Vgl. Jahresabschluß der Rheinkraftwerk Albruck-Dogern AG 2009, elektronischer BAnz. (abrufbar unter www.unternehmensregister.de).

Damit ist das Kraftwerk Albbbruck-Dogern faktisch dem völkerrechtlichen Sondermitbestimmungsstatut entzogen worden. Man kann zwar in der Drittelbeteiligung beim Betriebsführungsunternehmen als Minus die Sondermitbestimmung enthalten sehen, doch ist einerseits die Dispositivität des deutsch-schweizerischen Vertrages nicht vereinbart worden und andererseits ist es gerade Zweck der vertraglichen Mitbestimmungsregelung, deutsches Mitbestimmungsrecht für die Grenzkraftwerke nicht zur Anwendung kommen zu lassen.⁹⁶¹ Anders als im Fall des Kraftwerks Laufenburg wird hier also das Sondermitbestimmungsstatut nicht mehr respektiert.

b) Deutsch-österreichische Grenzkraftwerke

- 523 Auch an der deutsch-österreichischen Grenze wird u.a. die Wasserkraft der Flüsse Donau und Inn zur Stromerzeugung genutzt. Für die zu diesem Zweck errichteten Grenzkraftwerke gelten verschiedene völkerrechtliche Verträge, die teilweise auch Mitbestimmungsregelungen enthalten.

aa) Donaukraftwerk Jochenstein

- 524 Das Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Österreich einerseits und den Regierungen der Bundesrepublik Deutschland sowie des Freistaates Bayern andererseits vom 13. Februar 1952 über die Donaukraftwerk-Jochenstein-Aktiengesellschaft (DKJ-Abkommen)⁹⁶² hat die „gemeinsamen Nutzung der Wasserkräfte an der Grenzstrecke der Donau“ zum Gegenstand. Das Abkommen regelt die Gründung der Donaukraftwerk-Jochenstein-AG (DKJ) nach deutschem Recht als gemeinsames Tochterunternehmen der (deutschen) Rhein-Main-Donau AG und der (österreichischen) Elektrizitätswirtschafts-AG.⁹⁶³ Die Gesellschaft soll ein Donaukraftwerk bei Jochenstein östlich von Passau errichten und betreiben, wobei Kapitalbeteiligung, Aufsichtsrats- und Vorstandsbesetzung sowie Energie- und Gewinnabführung zwischen deutscher und österreichischer Seite paritätisch geteilt werden.⁹⁶⁴ Im übrigen enthält das DKJ-Abkommen jedoch keinerlei Aussagen zur Arbeitnehmermitbestimmung oder -beteiligung, ja läßt nationales Recht

960 Gem. telefonischer Auskunft der Schluchseewerk AG vom 1.10.2009 haben die drei Arbeitnehmervertreter im neunköpfigen Aufsichtsrat volles Stimmrecht und werden von der Belegschaft gewählt.

961 Vgl. Art. 1 des Vertrages vom 6.12.1955 (Fn. 940, S. 241).

962 Abgedruckt bei *Hartig*, Internationale Wasserwirtschaft, S. 65 ff.

963 Art. 1 Satz 1, Art. 5 Abs. 1 DKJ-Abkommen (Fn. 962, S. 244).

964 Art. 6 Abs. 1, Art. 8, Art. 12 Abs. 2, Art. 13 Satz 1, Art. 14 Abs. 1 Satz 1 DKJ-Abkommen (Fn. 962, S. 244).

explizit unberührt.⁹⁶⁵ Mitbestimmungsrechtlich gilt für das Betreiberunternehmen mithin das allgemeine deutsche Mitbestimmungsrecht ohne Sonderstatut.⁹⁶⁶ Da seit 1. Juli 1999 die Betriebsführung des Kraftwerks auf die Grenzkraftwerke GmbH (GKW) übertragen wurde, beschäftigt die DKJ selbst ohnehin keine Arbeitnehmer mehr, die im Aufsichtsrat vertreten werden könnten.

bb) Kraftwerke am Inn

Der Vertrag zwischen den Regierungen der Bundesrepublik Österreich und des Freistaates Bayern vom 16. Oktober 1950 über die Österreichisch-Bayerische Kraftwerke AG (ÖBK-Vertrag)⁹⁶⁷ regelt die „gemeinsame Nutzung von Wasserkraften an österreichisch-bayerischen Grenzflüssen, insbesondere an Inn und Salzach, jedoch mit Ausnahme der Donau“.⁹⁶⁸ Zu diesem Zweck sieht der Vertrag die Gründung einer Aktiengesellschaft nach deutschem Recht, die Österreichisch-Bayerischen Kraftwerke AG (ÖBK), vor. Die ÖBK hat bislang vier Kraftwerke entlang des Inn im deutsch-österreichischen Grenzgebiet errichtet.⁹⁶⁹ Der ÖBK-Vertrag enthält auch konkrete Vorgaben zur Unternehmensverfassung.⁹⁷⁰ So teilen sich die ÖBK-Aktionäre paritätisch in eine österreichische und eine bayerische Gruppe, ebenso wie Vorstand und Aufsichtsrat hälftig nach Ländern besetzt werden sollen.⁹⁷¹ Es ist auch vorgesehen, daß dem wahlweise acht- oder zwölköpfigen Aufsichtsrat je ein Vertreter der bayerischen und der österreichischen Arbeitnehmerschaft angehören.⁹⁷² Da die ÖBK ebenfalls wie die DKJ zum 1. Juli 1999 die Betriebsführung auf die GKW übertragen hat, beschäftigt sie selbst keine Arbeitnehmer mehr, die in den Aufsichtsrat entsendet werden könnten. Statt dessen ist die GKW mit ihren 186 Mitarbeitern⁹⁷³ als Betreiberunternehmen der deutsch-österreichischen Grenzkraftwerke an Inn und Donau nunmehr

965 Art. 26 DKJ-Abkommen (Fn. 962, S. 244).

966 *Bleiß*, MdB (SPD), BT-PlProt. 2/8998 (D).

967 Abgedruckt bei *Hartig*, Internationale Wasserwirtschaft, S. 58 ff.

968 Durch Notenwechsel vom 16.1.1959, veröffentlicht in *BAnz.* 1959, Nr. 51, haben Deutschland und Österreich außerdem die einwendungsfreie, wechselseitige Erteilung von Arbeitsgenehmigungen an die Beschäftigten der ÖBK im Gebiet des jeweiligen Nachbarlandes vereinbart.

969 Kraftwerke Braunau-Simbach, Schärding-Neuhaus, Passau-Ingling und Oberaudorf-Ebbs.

970 §§ 2 ff. ÖBK-Vertrag (Fn. 967, S. 245).

971 § 2 Abs.1, § 5 Satz 1, § 6 Abs. 1. ÖBK-Vertrag (Fn. 967, S. 245).

972 § 6 Abs. 4 ÖBK-Vertrag (Fn. 967, S. 245).

973 Stand: 31.12.2008; Quelle: Jahresabschluß vom 31.12.2008 (abrufbar unter www.unternehmensregister.de).

Adressat der unverändert fortgeltenden völkervertraglichen Mitbestimmungsregel geworden.⁹⁷⁴

c) Deutsch-luxemburgische Wasserkraftwerke an Our und Sauer

- 526 Hingewiesen sei nur auf die deutsch-luxemburgischen Wasserkraftwerke an Sauer (bei Rosport/Luxemburg, Ralingen/Deutschland) und Our (bei Vianden/Luxemburg). Beiden liegen Staatsverträge zwischen dem Land Rheinland-Pfalz und dem Großherzogtum Luxemburg vom 25. April 1950⁹⁷⁵ bzw. 10. Juli 1958⁹⁷⁶ zugrunde. Nur das Kraftwerk bei Rosport/Ralingen liegt allerdings tatsächlich auf der deutsch-luxemburgischen Landesgrenze, während das Kraftwerk Vianden ausschließlich auf luxemburgischem Hoheitsgebiet errichtet wurde. Beide Kraftwerke wurden ausschließlich von Luxemburg errichtet und werden von Aktiengesellschaften nach luxemburgischem Recht (Société Anonyme, SA) betrieben.⁹⁷⁷ Der Konzessionsvertrag für das Kraftwerk Vianden enthält zwar Regelungen zur Mitbestimmung im Betreiberunternehmen (Anlage III, Nr. 1 und Nr. 2 lit. a), wonach Deutschland und Luxemburg je „ein bis zwei Beauftragte“ an den Sitzungen der Generalversammlung, des Verwaltungsrates und des Direktionsausschusses teilnehmen lassen dürfen. Diese Beauftragten sind jedoch keine aus der Belegschaft zu wählenden Vertreter. Eine Regelung zur Arbeitnehmermitbestimmung wird also nicht getroffen. Diese richtet sich ausschließlich nach luxemburgischem Recht, das Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften erst ab 1.000 Beschäftigten oder einer Staatsbeteiligung von 25 Prozent in Form einer Drittelbeteiligung kennt.⁹⁷⁸ Für die deutsch-luxemburgischen Grenzkraftwerke existieren somit nur Sonderregelungen des luxemburgischen Gesellschaftsrechts und keine des deutschen Mitbestimmungsrechts.

974 Inwieweit diese Gestaltung vom ÖBK-Vertrag gedeckt ist, sei hier dahingestellt. Die ÖBK bleibt jedenfalls Eigentümerin der Grenzkraftwerke und der Betriebsführungsvertrag ist zunächst auf 15 Jahre befristet; vgl. GWK-Jahresbericht 2008 (abrufbar unter: www.unternehmensregister.de).

975 GVBl. Rh.-Pf. 1950, 239.

976 GVBl. Rh.-Pf. 1959, 13.

977 Die Société Electrique de l'Our SA (SEO) betreibt das Kraftwerk Vianden (Art. 1 Abs. 1 Staatsvertrag 1958 [Fn. 976, S. 246], Art. 2 Nr. 1.1. SEO-Satzung), die Société Luxembourgeoise des Energies Renouvelables SA (SOLER) seit 1.3.2003 (vorher das Großherzogtum Luxemburg) das Kraftwerk Rosport/Ralingen.

978 *Castegnaro*, in: Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa, Luxemburg Rn. 396 f.

2. Sondermitbestimmung

a) Deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke

aa) Dispension

Art. 1 des Vertrages⁹⁷⁹ dispensiert die Betreibergesellschaften explizit von den in „Deutschland geltenden gesetzlichen Vorschriften über die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat“ sowie von der „Vorschrift des deutsche Aktienrechts, daß die Satzung nur eine durch drei teilbare Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern festsetzen kann“, d.h. von § 95 Satz 3 AktG.⁹⁸⁰ 527

bb) Kreation

Art. 2 des Vertrages ermöglicht es der Bundesrepublik, die „Teilnahme“ von Arbeitnehmervertretern an den Sitzungen der Aufsichtsräte der betroffenen Aktiengesellschaften nach in Art. 2 Nr. 1-8 näher bestimmten Grundsätzen zu regeln. Von dieser Möglichkeit wurde im Zustimmungsgesetz vollumfänglich Gebrauch gemacht. Diese Grundsätze sind im einzelnen: 528

- An allen Sitzungen des Aufsichtsrates in Unternehmen mit nicht mehr als 150 Arbeitnehmern dürfen zwei Arbeitnehmervertreter, in Unternehmen mit mehr als 150 Arbeitnehmern drei Arbeitnehmervertreter beratend und ohne Stimmrecht teilnehmen. Sie dürfen auch an Ausschußsitzungen teilnehmen, wenn der Vorsitzende nichts anderes bestimmt. Im übrigen sind sie nicht Mitglieder des Aufsichtsrates, werden aber zu allen Sitzungen, an denen sie teilnehmen können, eingeladen.⁹⁸¹
- Wahl- und Abberufungsmodalitäten der Arbeitnehmervertreter: Aktiv wahlberechtigt sind alle Arbeitnehmer, die das 18. Lebensjahr vollendet haben; passiv wahlberechtigt sind alle Arbeitnehmer, die das 21. Lebensjahr vollendet haben. Wahlvorschläge können sowohl von den Betriebsräten als auch den Arbeitnehmern gemacht werden.⁹⁸² Die Bundesregierung wird zur Konkretisierung der Wahl- und Abberufungsmodalitäten durch Rechtsverordnung ermäch-

979 A.a.O. (Fn. 940, S. 241).

980 § 95 Satz 5 AktG nennt zwar nur MitbestG, MontanMitbestG und MontanMitbestErgG als abweichende Regelungen, wird als *lex generalis* aber vom spezielleren Vertragsgesetz verdrängt; vgl. Hüffer, § 95 Rn. 6; MüKo-AktG/Habersack, § 95 Rn. 11.

981 Art. 2 Nr. 1 des Vertrages (Art. 2 § 1 Zustimmungsgesetz); dazu Dietz/Richardi, 6. Aufl., Anhang 6, Art. 2 § 1.

982 Art. 2 Nr. 2-5 des Vertrages (Art. 2 § 2 Zustimmungsgesetz); dazu Dietz/Richardi, 6. Aufl., Anhang 6, Art. 2 § 2.

tigt.⁹⁸³ In Wahlstreitigkeiten entscheiden ausschließlich die Arbeitsgerichte im Beschlußverfahren.⁹⁸⁴

- Da die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat keine ordentlichen Mitglieder sind, erhalten sie eine eigene, von der Hauptversammlung festzusetzende Aufwandsentschädigung.⁹⁸⁵ Sie unterliegen einer strafbewehrten Verschwiegenheitspflicht.⁹⁸⁶
- 529 Der Sonderrechtsgehalt des Mitbestimmungsstatuts ist gering. Im Verhältnis zum sonst geltenden Recht, sind bei den deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken, obwohl ihre Unternehmensgrößen unter den (heutigen) Grenzwerten des allgemeinen Mitbestimmungsrechts bleiben, zwar Arbeitnehmervertreter in die Aufsichtsratssitzungen zu entsenden, doch dort haben sie nur Beratungsfunktion und kein Stimmrecht – sie sind also keine Mitglieder des Aufsichtsrates im mitbestimmungsrechtlichen Sinne, sondern nur Fürsprecher für Arbeitnehmerbelange.

cc) Relation

- 530 Hinzuweisen ist auf den *relativen* Wandel, welchen dieses Sondermitbestimmungsstatut im Laufe der Zeit erlebt hat: Ursprünglich war die bloß beratende Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat im Vergleich zur damals sonst (außer für Familienunternehmen) unabhängig von der Beschäftigtenzahl geltenden Drittelbeteiligung nach § 76 Abs. 1, Abs. 6 Satz 1 BetrVG 1952 eine stark abgemilderte Form der Mitbestimmung und wurde gerade deshalb von Gewerkschaften und SPD⁹⁸⁷ entsprechend intensiv, aber letztlich erfolglos bekämpft. Seit dem 10. August 1994 gilt allerdings die Drittelbeteiligung nach BetrVG 1952 bzw. seit 1. Juli 2004 nach DrittelbG erst ab einer Beschäftigtenzahl von 500 Arbeitnehmern. Diese Zahl erreicht keines der Grenzkraftwerke.⁹⁸⁸ Mittlerweile ist die

983 Art. 2 § 6 Zustimmungsgesetz. Von dieser Ermächtigung wurde nie Gebrauch gemacht, weswegen die §§ 31 ff. WO 1953 (jetzt WODrittelbG) analog gelten, MüHdbArbR/*Wißmann*, § 383 Rn. 9; Dietz/*Richardi*, 6. Aufl., Anhang 6, Art. 2 § 6.

984 Art. 2 § 7 Zustimmungsgesetz; dazu Dietz/*Richardi*, 6. Aufl., Anhang 6, Art. 2 § 7.

985 Art. 2 Nr. 6 des Vertrages (Art. 2 § 3 Zustimmungsgesetz); dazu Dietz/*Richardi*, 6. Aufl., Anhang 6, Art. 2 § 3.

986 Art. 2 Nr. 7 des Vertrages (Art. 2 §§ 4 und 5 Zustimmungsgesetz); dazu Dietz/*Richardi*, 6. Aufl., Anhang 6, Art. 2 §§ 4 und 5.

987 *Bleiß*, MdB (SPD), BT-PlProt. 2/162, 8998 ff.

988 Bspw. beschäftigt die Rheinkraftwerk Säckingen AG nur 15 Mitarbeiter (Stand: 31.12.2009), Geschäftsbericht 2009, S. 9 (abrufbar unter: www.rksag.de/media/Geschftsberichte/GB_2009_Homepage.pdf, zuletzt

Sondermitbestimmung also kein Weniger sondern wieder ein Mehr als allgemein gesetzlich gefordert. Sie gilt ungeachtet dessen fort.⁹⁸⁹

b) Deutsch-österreichische Grenzkraftwerke

aa) Kreation

Da bei Abschluß des ÖBK-Vertrages⁹⁹⁰ 1950 in Deutschland noch keine 531
allgemeinen Mitbestimmungsregeln existierten und die Montanmitbestimmung nur informell existierte,⁹⁹¹ war kein Dispens vom übrigen Recht notwendig. Es wurde – im Gegensatz zum anderthalb Jahre später geschlossenen DKJ-Abkommen⁹⁹² – folgender § 6 Abs. 4 zur Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat aufgenommen⁹⁹³: „Außerdem gehören dem Aufsichtsrat je ein Vertreter der österreichischen und der bayrischen Arbeitnehmerschaft an“.

Die GWK, die für die ÖBK seit 1. Juli 1999 die Betriebsführung der Grenz- 532
kraftwerke am Inn wahrnimmt, ist nunmehr an das Sondermitbestimmungsstatut des ÖBK-Vertrages gebunden⁹⁹⁴, der inhaltlich unverändert fortgilt. Die zwei Arbeitnehmervertreter, von denen einer deutscher und einer österreichischer Staatsangehörigkeit sein muß⁹⁹⁵, werden bei der GWK in direkter Wahl durch die Belegschaft in den Aufsichtsrat gewählt.⁹⁹⁶ Darüber hinaus ist man bei der GWK übereingekommen, zwei weitere Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat von der Belegschaft

abgerufen am 21.11.2010); frühere Zahlen nennt *Sauerborn*, BSt ArbMin, BT-PlProt. 2/162/8999 (B).

989 § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 DrittelbG, § 76 Abs. 6 Satz 1 Hs. 2 BetrVG 1952.

990 A.a.O. (Fn. 967, S. 245).

991 Dazu Rn. 438 ff.

992 A.a.O. (Fn. 962, S. 244).

993 Insofern hat *Hartig*, Internationale Wasserwirtschaft, S. 58 (dort Asterisk), auch nicht Unrecht, wenn er anmerkt, daß das Abkommen nicht gesetzessändernd wäre.

994 Die Präambel des ÖBK-Vertrages spricht nur von der Errichtung „einer Gesellschaft“ zum Ausbau und zur Nutzung von Wasserkraften. Zwar konkretisiert dies § 1 ÖBK-Vertrag auf eine AG nach deutschem Recht, doch ist die Regelung zur Arbeitnehmerbeteiligung in § 6 Abs. 4 ÖBK-Vertrag in einer arbeitnehmerlosen AG sinnlos, so daß teleologisch (Art. 31 Abs. 1 WVRK) der betriebsführende Unternehmer auf das Sonderstatut verpflichtet wird – hier die GWK GmbH.

995 Telefonische Auskunft der GWK vom 29.9.2009. Gem. Art. 8 BayVerf haben auch Deutsche, die nicht aus Bayern stammen, dieselben Rechte und Pflichten wie Bayern; vgl. Art. 33 Abs. 1 GG.

996 Telefonische Auskunft der GWK vom 29.9.2009.

wählen zu lassen, die allerdings nur beratende Funktion und kein Stimmrecht haben.⁹⁹⁷

- 533 Das (obligatorische) Sonderrecht ist hier freilich im Vergleich zur bloß beratenden Funktion der Arbeitnehmervertreter bei den deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken wesentlich intensiver, denn die beiden Arbeitnehmervertreter sind echte Mitglieder des Aufsichtsrats mit vollem Stimmrecht. Allerdings ist ihr Einfluß in einem achtköpfigen Aufsichtsrat (zzgl. der beiden nur beratenden Arbeitnehmervertreter) relativ gering.⁹⁹⁸

bb) Relation

- 534 Auch hier ist die Arbeitnehmervertretung im Verhältnis zum sonst geltenden Mitbestimmungsrecht im Wandel der Zeit zu sehen: Zunächst war die Regelung bei Vertragsschluß noch fortschrittlich, da in Nicht-Montanunternehmen keine Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat üblich war. Durch §§ 76, 77 BetrVG 1952 wurde die Drittelbeteiligung unabhängig von Branche und Unternehmensgröße für alle Aktiengesellschaften eingeführt, was im Vergleich zu den zwei Arbeitnehmervertretern im ÖBK-Aufsichtsrat (8 oder 12 Mitglieder⁹⁹⁹) eine ungleich stärkere Beteiligung darstellte. Als schließlich 1994 die Drittelbeteiligung nach §§ 76 ff. BetrVG 1952 (später DrittelbG) auf Aktiengesellschaften mit einer Beschäftigtenzahl von mindestens 500 beschränkt wurde, wurde die Beteiligung bei den ÖBK (weniger als 500 Beschäftigte¹⁰⁰⁰) wieder relativ stärker.

II. Rechtfertigung der Sondermitbestimmung

- 535 Die Sondermitbestimmungsstatute der deutsch-schweizerischen und der deutsch-österreichischen Grenzkraftwerke gründen in den Besonderheiten des Völkerrechts.

1. Abstimmungsgebot

- 536 Zunächst gebieten die Grundsätze des Umweltvölkerrechts eine allgemeine Verständigung zwischen jenen Staaten, die von umweltrelevanten Maßnahmen gerade in grenznahen Bereichen unmittelbar

997 Rechtsgrundlage hierfür soll gem. telefonischer Auskunft der GKW vom 29.9.2009 ein Gesellschafterbeschuß bilden.

998 In den 1950er-Jahren wurden noch acht der 24 Aufsichtsratsmitglieder der DKJ von der Belegschaft entsandt – vier Deutsche und vier Österreicher; vgl. *Bleiß*, MdB (SPD), BT-PIProt. 2/8898.

999 § 6 Abs. 1 ÖBK-Abkommen (Fn. 962, S. 244).

1000 Die Grenkraftwerke GmbH, die nicht nur für die ÖBK die Betriebsführung von Kraftwerken übernimmt, beschäftigte am 31.12.2008 noch 186 Mitarbeiter; vgl. ÖBK-Jahresabschluß 2008 (www.unternehmensregister.de).

betroffen werden. Die Gebietshoheit eines Staates, seine „innere Souveränität“¹⁰⁰¹, wird völker(gewohnheits)rechtlich dadurch eingeschränkt, daß Handlungen oder Unterlassungen auf dem eigenen Staatsgebiet untersagt sind, wenn sie die Umwelt des Nachbarstaates und damit dessen territoriale Integrität schwer beeinträchtigen.¹⁰⁰² Deshalb sind Nutzungen internationaler Flüsse, die grenzüberschreitende Auswirkungen haben können, wie z.B. das Anstauen des Fließgewässers, koordinierungsbedürftig und müssen die Interessen des anderen Staates gebührend berücksichtigen.¹⁰⁰³ „Dazu ist festzuhalten, daß es ein allgemeines, normiertes internationales Wasserrecht nicht gibt und daß internationale Wasserrechtsverhältnisse positivrechtlich ausschließlich auf speziell-völkerrechtlichen Verträgen beruhen.“¹⁰⁰⁴ Da die innere Organisation der Betreibergesellschaften umweltvölkerrechtlich ohne Belang ist, können die Sondermitbestimmungsstatute damit weder erklärt noch gerechtfertigt werden.

2. Kapitalbeteiligung

Die Errichtung der Grenzkraftwerke wird regelmäßig von den Anrainerstaaten gemeinsam finanziert.¹⁰⁰⁵ Aus diesem Umstand kann aber kein Dispens von innerstaatlichen Rechtsvorschriften legitimiert werden, auch wenn sich Staaten finanziell beteiligten, denen Unternehmensmitbestimmung fremd ist. Es handelt sich ausschließlich um finanzielle Beteiligungen an einem privaten Unternehmen deutschen Rechts. Betätigen sich Staaten als Investoren sind sie ebenso dem geltenden Gesellschaftsrecht unterworfen, wie alle anderen Anteilseigner. Nur durch anteilige Gewinn- oder Energieabführungsvereinbarungen, durch zugesicherte Aufsichtsratsmandate und andere Satzungsbestimmungen kann der gemeinsamen Finanzierung der Kraftwerke satzungsrechtlich im Rahmen des Aktienrechts Rechnung getragen werden. Entsprechend ist regelmäßig eine hälftige Teilung der Erträge sowie der Aufsichtsratsmandate vorgesehen.¹⁰⁰⁶ Die Arbeitnehmermitbestimmung gesondert zu regeln, nur weil die Anteilseigner gesetzgeberische Fähigkeiten

1001 *Stein/von Butlar*, Völkerrecht, Rn. 535.

1002 *Stein/von Butlar*, Völkerrecht, Rn. 542; *Ipsen/Heintschel von Heinegg*, Völkerrecht, § 58 Rn. 5 ff.

1003 *Ipsen/Heintschel von Heinegg*, Völkerrecht, § 58 Rn. 14 f.; *Sauerborn*, BSt ArbMin, BT-PlProt. 2/8999 (D); exemplarisch zum „Donauversinkungsstreit“ StGH des Deutschen Reiches vom 17./18.6.1927, RGZ 116, Anhang, S. 18 ff.

1004 *Graf*, Kraftwerk Rheinau, S. 127 unter Verweis auf IGH vom 28.6.1937, PCIJ, Ser. A./B., Nr. 70, 1925 – *The Diversion of Water from the Meuse Case* (Niederlande/Belgien).

1005 Z.B. § 15 Abs. 2, 3 ÖBK-Vertrag.

1006 Z.B. Art. 6 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 DKJ-Abkommen; § 16 Abs. 1 ÖBK-Vertrag.

besitzen, ist der öffentlichen Hand gerade versagt, wenn sie sich der Rechtsformen des Privatrechts bedient.¹⁰⁰⁷

3. Selbstbestimmungsrecht

538 Daß für Grenzkraftwerke Sondermitbestimmungsstatute gelten, gründet im völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrecht und Territorialitätsprinzip.

a) Begrenzte Rechtsetzungskompetenz

539 Aus dem Grundsatz der souveränen Gleichheit aller Staaten (völkerrechtliches Paritätsprinzip, Art. 2 Nr. 1 UN-Charta)¹⁰⁰⁸, und der Gebietsbezogenheit des völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrechts¹⁰⁰⁹ folgt, daß jedem Staat nur auf seinem Gebiet eine umfassende Verfassungs- und Gesetzgebungskompetenz zukommt. Nehmen fremde Staatsorgane in einem anderen Staat hoheitliche Maßnahmen (beispielsweise Rechtsetzung) vor, ist dies grundsätzlich völkerrechtlich unzulässig.¹⁰¹⁰

b) Grenzünternehmen

540 Grenzkraftwerke liegen stets zum Teil auch auf fremdem Staatsgebiet¹⁰¹¹ und damit jenseits der territorialen Rechtsetzungskompetenz der Bundesrepublik Deutschland. Gäbe es keine bilaterale Regelung, bestünde stets Unsicherheit über das auf die Grenzünternehmen anzuwendende (Gesellschafts-)Recht, da die Rechtswahl bei der Gründung (Gesellschaftsstatut) mit der im Grundsatz geltenden Sitztheorie konfligiert.¹⁰¹² Selbst wenn man auf die Gründungstheorie abstellte, bliebe bei Grenzünternehmen unklar, ob sie noch Inlands- oder schon Auslandsgesellschaften sind und somit nicht mehr dem deutschen Mitbestimmungsrecht unterfallen.¹⁰¹³ Deswegen sind in den völkerrechtlichen Verträgen auch Regelungen zum anzuwendenden Gesellschaftsrecht bei den Grenzünternehmen zweckmäßig, ja notwendig, um inkompatible Doppelbindungen zu vermeiden.

1007 MüKo-AktG/*Gach*, § 1 MitbestG Rn. 7.

1008 Ältester Grundsatz des Völkerrechts, Ipsen/*Epping*, Völkerrecht, § 26 Rn. 7.

1009 Ipsen/*Heintze*, Völkerrecht, § 27 Rn. 12.

1010 Ipsen/*Epping/Gloria*, Völkerrecht, § 23 Rn. 66, 69. Anderes gilt für Rechtsetzung mit bloßer Auslandswirkung; Ipsen/*Epping/Gloria*, Völkerrecht, § 23 Rn. 85 ff.

1011 Bei Rhein und Inn verläuft die Staatsgrenze überwiegend in der Flußmitte, während die Our sowohl zum deutschen als auch zum luxemburgischen Staatsgebiet zählt (sog. Kondominium, vgl. Ipsen/*Epping*, Völkerrecht, § 5 Rn. 33).

1012 *Hüffer*, § 1 Rn. 31.

1013 MüKo-AktG/*Gach*, § 1 MitbestG Rn. 13; WWKK/*Koberski*, § 1 MitbestG Rn. 17.

c) Bilaterale Einzelfälle

Wie die Rechtslage des einzelnen Grenzünternehmens geregelt wird, ist 541
völkerrechtlich grundsätzlich nicht vorgegeben und hängt von den
Interessen der jeweils in Verhandlung tretenden Staaten ab. So sind neben
der vollständigen Anwendung des Gesellschaftsrechts des einen oder
anderen Staates auch Vermittlungs- und Drittlösungen möglich, wenn sich
beide Seiten nicht auf ein Gesellschaftsstatut einigen können. Bei allen
hier interessierenden Grenzkraftwerken wurde eine grundsätzliche Wahl
zugunsten des deutschen Aktienrechts in seiner jeweils geltenden Form
als Gesellschaftsstatut getroffen.¹⁰¹⁴ Je nach Zeitpunkt des Vertrags-
schlusses existierten nach deutschem Recht bereits Arbeitnehmer-
beteiligungsrechte im Aufsichtsrat oder nicht und je nach Interesse des
jeweiligen Nachbarstaates sollte es dabei sein Bewenden haben oder nicht:

- Beim deutsch-österreichischen Donaukraftwerk Jochenstein wurde 542
von einer Regelung betreffend der Arbeitnehmerbeteiligung im
Kraftwerkunternehmen abgesehen, weil man entweder mit der bei
Vertragsschluß im Februar 1952 geltenden Nichtbeteiligung
einverstanden war, oder die sich abzeichnende Drittelbeteiligung
nach dem BetrVG 1952 in Kauf nehmen wollte.¹⁰¹⁵
- Bei den deutsch-österreichischen Kraftwerken am Inn wurde die 543
Beteiligung von zwei Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat
vereinbart, obwohl zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Oktober
1950 eine solche nach dem allgemeinen deutschen Gesellschafts-
recht nicht vorgesehen war. Hier wurde freilich nur aus deutscher
Sicht Neues geschaffen, während in Österreich seit 1919 die
Entsendung von zwei Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat
gesetzlich vorgeschrieben und nach Ende des Nationalsozialismus
bereits 1947 wieder eingeführt worden war.¹⁰¹⁶
- Bei den deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken wurden die 544
Gesellschaftsstatuten bereits lange vor Inkrafttreten deutschen Mit-
bestimmungsrechts zwischen beiden Staaten aufgeteilt.¹⁰¹⁷ Erst als
sich das deutsche Mitbestimmungsrecht in den 1950er Jahren auf

1014 Vgl. § 1 ÖBK-Vertrag, Art. 5 Abs. 1 DKJ-Abkommen. Bei den deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken folgt dies aus den einzelnen Konzessionen, vgl. BT-Drs. 2/2542, S. 7.

1015 Angesichts der bald nach Inkrafttreten des BetrVG praktizierten Drittelbeteiligung, ist letzteres wahrscheinlich; vgl. *Bleiß*, MdB (SPD), BT-PlProt. 2/8998.

1016 § 14 Abs. 2 Nr. 4 ÖBRG 1919 und ÖBRG 1947; vgl. *Putzer*, Mitwirkung, S. 22.

1017 Die Konzessionen wurden überwiegend bereits Ende des 19. Jahrhunderts erteilt; vgl. BT-Drs. 2 /2542, S. 7.

Unternehmensorgane auszuweiten begann, wurde auf Drängen¹⁰¹⁸ der eidgenössischen Nachbarn 1955 nachträglich vereinbart, für die nach deutschem Recht betriebenen Grenzkraftwerke das allgemeine Mitbestimmungsrecht auszusetzen. Als Kompromiß wurde der Bundesrepublik die Möglichkeit gegeben, statt dessen ein wesentlich milderer Sonderstatut auf die Kraftwerksgesellschaften anzuwenden. Die Schweiz wollte offenkundig die Geltung jedweden „echten“ Mitbestimmungsrechts auf ihren Boden vermeiden, um innerstaatliche Begehlichkeiten zu unterbinden. Daß die Arbeitnehmerbeteiligung nach § 70 Reichsbetriebsrätegesetz¹⁰¹⁹ zumindest theoretisch auch auf deutsche Grenzkraftwerksunternehmen Anwendung fand¹⁰²⁰ und dies für die Schweiz anscheinend tolerabel war, läßt sich damit erklären, daß es in der Vorkriegszeit auch in der Schweiz Ansätze zu korporativistischen Ordnungen gab, die maßgeblich auf der katholischen Soziallehre fußten.¹⁰²¹ Bald nach dem Zweiten Weltkrieg hatte diese Bewegung ihren Einfluß wieder eingebüßt.¹⁰²²

4. Vertragspraxis

- 545 Im Falle der deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerke rechtfertigte die Bundesregierung das mitbestimmungsrechtliche Sonderstatut mit der langjährigen völkerrechtlichen Übung zwischen dem Großherzogtum Baden bzw. dem Deutschen Reich einerseits und der schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits:¹⁰²³

a) Staatenparität

- 546 Bereits mit Verträgen vom 28. September 1867 und 10. Mai 1879 sowie im Protokoll der gemeinsamen Konferenz von Rheinfelden vom 20. Dezember 1890 kamen die Nachbarstaaten überein, den Rhein gemeinschaftlich in enger Abstimmung zu nutzen und Konzessionen an die in Betracht kommenden Gesellschaften nur im beiderseitigen Einvernehmen nach gemeinsamen Verhandlungen zu erteilen.¹⁰²⁴ Das Großherzogtum Baden und die Schweiz vereinbarten seinerzeit in Rheinfelden „in allen Punkten, welche die beiderseitigen Interessen gleichzeitig

1018 Auslöser war eine Note der schweizerischen Gesandtschaft vom 8.10.1954; vgl. BT-Drs. 2/2542, S. 7 f.

1019 Fn. 718 (S. 201).

1020 Notwendig war das Bestehen eines Betriebsrats, dessen Mitglieder in den Aufsichtsrat entsendet werden konnten (vgl. Fn. 718, S. 201).

1021 *Tschudi*, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, S. 74.

1022 *Tschudi*, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, S. 75.

1023 BegrRegE zum Zustimmungsgesetz, BT-Drs. 2/2542, S. 7 ff.

1024 BT-Drs. 2/2542, S. 7; *Neumann*, RdA 1957, 281.

berühren und daher einer gleichmäßigen Regelung bedürfen, übereinstimmend zu gestalten“.¹⁰²⁵

Zwischen der Schweiz und den deutschen Ländern ist es seither 547 „langjährige Übung“, das völkerrechtliche Paritätsprinzip auch auf die Aufsichtsräte der Grenzunternehmen zu erstrecken und innerstaatliche Besetzungsregeln für die Aufsichtsräte außer Anwendung zu lassen.¹⁰²⁶ So hat auch die Schweiz Art. XI der Novelle vom 8. Juli 1919 zum Obligationenrecht, der eine Mehrheit von schweizerischen Staatsbürgern für die Verwaltungsräte aller in der Schweiz domizilierenden Aktiengesellschaften vorschrieb, für die Grenzkraftwerke für unanwendbar erklärt, und die nach schweizerischem Recht gegründeten Betreibergesellschaften der Grenzkraftwerke zur hälftigen Besetzung ihrer Verwaltungsräte mit deutschen und schweizerischen Mitgliedern verpflichtet.¹⁰²⁷

All dies belegt freilich nur eine, wenn auch traditionsreiche, bilaterale 548 Regelungspraxis in bezug auf die Konzessionierung von Grenzkraftwerken am Hochrhein und die Aufteilung der Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsämter zwischen deutscher und schweizerischer Seite. Bindendes Völkergewohnheitsrecht wurde damit nicht geschaffen, denn dafür bedürfte es einer über die Vertragsparteien hinausreichenden allgemeinen Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*), an die sich auch vertragsfremde Völkerrechtssubjekte hielten, weil alle Beteiligten der Überzeugung sind, zu dieser Verhaltensweise rechtlich verpflichtet zu sein.¹⁰²⁸ Der Umstand, daß jedes Grenzkraftwerk vertraglich konzessioniert wurde und die Besetzungsregeln explizit vereinbart wurden, zeigt, daß die Vertragspartner keine übergeordnete Bindung an ihr bisheriges Verhalten annahmen, sondern autonom jedesmal erneut eine konkrete Entscheidung trafen, auch wenn sie sich dabei an ihre „bisherigen Grundsätze“ hielten. Ein Zwang zur paritätischen Besetzung der Aufsichts- und Verwaltungsräte mit deutschen und schweizerischen Staatsangehörigen besteht also immer nur insoweit und solange, wie er vertraglich vereinbart ist.

b) Staatenparität und Arbeitnehmervertreter

Ist im konkreten Fall eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrates mit 549 Vertretern beider Anrainerstaaten vereinbart und verlangt das deutsche

1025 BT-Drs. 2/2542, S. 7 auch zu späteren vertraglichen Übereinkommen.

1026 BT-Drs. 2/2542, S. 8.

1027 BT-Drs. 2/2542, S. 8. Daß Grenzkraftwerke in der Schweiz schon immer eine besondere Rolle spielten, belegt nicht zuletzt der Streit um das Kraftwerk Rheinau, gegen das nach langen Diskussionen letztlich sogar 1954 eine (erfolglose) Volksabstimmung durchgeführt wurde, vgl. *Graf*, Kraftwerk Rheinau, S. 15 ff., 41.

1028 Ipsen/*Heintschel von Heinegg*, Völkerrecht, § 16 Rn. 22.

Mitbestimmungsrecht eine Drittelbesetzung des Aufsichtsrats mit Arbeitnehmervertretern (§ 76 Abs. 1 BetrVG 1952, § 4 Abs. 1 DrittelbG), drängt sich eine versöhnliche Lösung dahingehend auf, daß auch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat hälftig nach deutscher und schweizerischer Staatsangehörigkeit zu besetzen sind.¹⁰²⁹ Daß die Aufsichtsratsmitglieder keine Arbeitnehmer des jeweiligen Grenzunternehmens sein dürfen, war nicht vereinbart worden.

- 550 Im Fall der deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerke konnte dies allerdings trotz Drucks der Gewerkschaften¹⁰³⁰ und Bemühens der Bundesregierung diplomatisch nicht durchgesetzt werden. Die eidgenössischen Verhandlungsführer sahen dies – obgleich die Bundesregierung ihnen insgesamt loyales Verhalten bescheinigte – unter Verweis auf die benachbarten Grenzkraftwerke nach schweizerischem Recht für „unannehmbar“ an.¹⁰³¹ Dies ist angesichts der bis heute ablehnenden Haltung der Eidgenossen gegen Unternehmensmitbestimmung wenig verwunderlich.¹⁰³²

c) Politische Rechtfertigung

- 551 Die vertragliche Praxis zwischen Deutschland und der Schweiz über die staatenparitätische Aufsichtsratsbesetzung bei den Grenzkraftwerken ist nicht mehr als ein politischer Rechtfertigungsversuch für den Dispens vom allgemeinen Mitbestimmungsrecht. Eine andere Mitbestimmungsregelung wie bei den deutsch-österreichischen Grenzkraftwerken am Inn oder auch eine Entscheidung zugunsten des allgemeinen deutschen Mitbestimmungsstatuts hätte jederzeit vertraglich vereinbart werden können, ohne daran durch übergeordnete Rechtssätze gehindert gewesen zu sein. Die „beiderseitige langjährige Übung“ bei der Konzessionserteilung mag zur Entwicklung „fester Grundsätze“ geführt haben¹⁰³³, Abweichungen davon hätten aber jederzeit vereinbart werden können.¹⁰³⁴

1029 Dies wurde von deutscher Seite auch angeregt, vgl. BT-Drs. 2/2542, S. 8.

1030 WdA 1956, Nr. 5 vom 3.2.1956: „Schweizer Kapitalisten gegen deutsche Gesetze“; WdA 1956, Nr. 43 vom 26.10.1956: „Wir beharren auf Mitbestimmung in den Grenzkraftwerken“; Stellungnahmen von IG Metall, ÖTV und Betriebsräten zitiert bei *Bleiß*, MdB (SPD), BT-PlProt. 2/9001 (D).

1031 BT-Drs. 2/2542, S. 8.

1032 Dazu Rn. 521.

1033 BT-Drs. 2/2542, S. 8.

1034 I.E. auch *Zellweger* in einem für den Schweizerischen Gewerkschaftsbund erstellten Gutachten; auszugsweise zitiert bei *Sauerborn*, BSt ArbMin, BT-PlProt. 2/8999 (C), 9000 (C).

d) Einvernehmliche Vertragsänderung

Es bleibt aber beim Selbstbestimmungsrecht der eidgenössischen Nachbarn, das eine Anwendung deutschen Rechts auf schweizerischen Boden nur im Rahmen der Verträge zuläßt. Daß die Sondermitbestimmung auf Betreiben der Schweiz nachträglich eingeführt und nicht anfänglich bei den jeweiligen Konzessionen vereinbart wurde, liegt nicht nur in den zeitlichen Divergenzen zwischen Konzessionserteilung und Einführung des Mitbestimmungsrechts begründet. Freilich ordnen die Verträge deutsches (Aktien-)Recht an. Die Bundesrepublik hätte sich theoretisch also dem Abschluß des (Änderungs-)Vertrages von 1955 verweigern können und durch Anwendung der Unternehmensmitbestimmung als Teil des deutschen Aktienrechts die Mitbestimmung bei den Grenzkraftwerken herbeiführen können, da sie gerade auf das deutsche Aktienrecht einvernehmlich gegründet wurden.¹⁰³⁵ Dies wäre formal auch nicht eine einseitige Vertragsänderung der Aufsichtsratsbesetzungsregel gewesen, weil dadurch der Schweiz keine Vorschriften über die Auswahl „ihrer Vertreter“¹⁰³⁶ gemacht worden wären, solange die Staatenparität gewahrt bliebe.

Doch hat sich die Schweiz mit den Konzessionen nicht auf Gedeih und Verderb mit der unbegrenzten Geltung jedweden deutschen Aktienrechts für die Grenzkraftwerke auf ihren Boden einverstanden erklärt und sich ihrer Selbstbestimmung vollkommen begeben. Bis heute lautet die schweizerische Sprachregelung zu Recht, daß die Grenzkraftwerke der Verfügungshoheit beider Rheinanrainer-Staaten unterliegen.¹⁰³⁷ Auch wenn die Einführung von Mitbestimmungselementen im deutschen Aktienrecht keinen grundlegenden Wandel der wesentlichen Grundlage der Konzessionsverträge darstellt und damit nicht zu einer Vertragsanpassung im Wege der *clausula rebus sic stantibus* nach Art. 62 Abs. 1 WVRK berechtigt,¹⁰³⁸ stand und steht der Schweiz stets das Recht zum Neu- und Nachverhandeln zu (Art. 39 WVRK). Dies mußte die Bundesregierung respektieren, wenn sie das „nachbarrechtliche Gemeinschafts-

1035 So i.E. *Zellweger*; auszugsweise zitiert bei *Sauerborn*, BSt ArbMin, BT-PlProt. 2/8999 (C), 9000 (C); vgl. BT-Drs. 2/3182, S. 2.

1036 Die Besetzung des Aufsichtsrats richtet sich nach allgemeinen Regeln, d.h. die Anteilseigner (nicht die Staaten) wählen die Aufsichtsratsmitglieder, § 101 AktG.

1037 Medienmitteilung des Eidgenössischen Bundesamtes für Energie (BFE) vom 7.12.2006 anlässlich der Genehmigung des Ausbaus des (deutschen) Grenzkraftwerks Albruck-Dogern (abrufbar unter www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=de&msgid=8930, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

1038 Eingehend Ipsen/*Heintschel von Heinegg*, Völkerrecht, § 15 Rn. 92 ff.

verhältnis“¹⁰³⁹ nicht gefährden und den ebenfalls vereinbarten Einvernehmlichkeitsgrundsatz nicht verletzen wollte.¹⁰⁴⁰

- 554 Während Österreich in der Einführung der Unternehmensmitbestimmung beim deutsch-österreichischen Grenzkraftwerk Jochenstein keinen Grund zum Neuverhandeln des Vertrages sah, sondern auch der Geltung eines derart modifizierten deutschen Rechts für das Grenzünternehmen offen gegenüber stand, war dies im deutsch-schweizerischen Verhältnis aufgrund der schweizerischen Interessen als Ausprägung ihres Selbstbestimmungsrechts nicht möglich. Daß dabei das bisherige deutsch-schweizerische Vertragsgefüge eine andere Interpretation zuließ¹⁰⁴¹, begründet keine Verpflichtung der Schweiz, *nolens volens* die Mitbestimmung auf ihrem Territorium hinzunehmen. Das Erreichen einer wenigstens beratenden Teilnahme von Belegschaftsvertretern stellte somit aus Sicht der Bundesregierung nach „langwierigen und schwierigen Verhandlungen“¹⁰⁴², in denen „das Letzte versucht“ wurde und die einer der „schwersten Kämpfe“ waren¹⁰⁴³, das bestmögliche Ergebnis dar.¹⁰⁴⁴

5. Außenbindung und Gleichheitssatz

a) Außenbindung und Souveränität

- 555 Das unveräußerliche Recht auf Achtung der Unverletzlichkeit territorialer Integrität und politischer Unabhängigkeit („äußere“ Souveränität¹⁰⁴⁵) verhindert, daß ein Staat gegen seinen Willen in ein rechtliches Abhängigkeitsverhältnis gebracht wird.¹⁰⁴⁶ Hat sich ein Staat freiwillig in eine völkerrechtliche Verpflichtung begeben, ist er dennoch verpflichtet,

1039 So der Genfer Völkerrechtler *Guggenheim*, zitiert bei *Graf*, Kraftwerk Rheinau, S. 127.

1040 Ein Vorstandsmitglied eines Grenzkraftwerks sprach in der Sachverständigenanhörung im Arbeitsausschuss (BT-Drs. 2/3182, S. 1) von der Notwendigkeit, im Interesse künftiger Zusammenarbeit „die allgemeine Stimmung der schweizer beteiligten Kreise nicht zu verletzen“.

1041 *Zellweger*, auszugsweise zitiert bei *Sauerborn*, BSt ArbMin, BT-PlProt. 2/8999 (C), 9000 (C); vgl. BT-Drs. 2/3182, S. 2.

1042 BT-Drs. 2/2542, S. 9; a.A. *Bleiß*, MdB (SPD), BT-PlProt. 2/8998 (C), der umgekehrt dem Vertragsschluß die Absicht der Bundesregierung entnimmt, gerade die Anwendung des BetrVG 1952 bei einigen deutschen Unternehmen zu verhindern.

1043 *Sauerborn*, BSt ArbMin, BT-PlProt. 2/9002 (A).

1044 Analog dazu auf schweizerischer Seite der Streit um die völkerrechtliche Zulässigkeit einer (hypothetischen) Konzessionsrücknahme für das Kraftwerk Rheinau, vgl. *Graf*, Kraftwerk Rheinau, S. 126 ff.

1045 *Ipsen/Epping*, Völkerrecht, § 5 Rn. 7 f.

1046 *Ipsen/Epping*, Völkerrecht, § 26 Rn. 14.

selbige einzuhalten – dies läßt aber seine Unabhängigkeit unberührt.¹⁰⁴⁷ Jede völkerrechtliche Bindung ist somit eine Beschränkung der „inneren“ Souveränität im Sinne einer teilweisen Aufgabe der eigenen Handlungsfreiheit (Verfassungsautonomie),¹⁰⁴⁸ denn auch im Völkerrecht gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda* (Art. 26 WVRK) und gegenüber Vertragspartnern kann sich ein Staat grundsätzlich nicht auf entgegenstehendes innerstaatliches Recht berufen (Art. 27 WVRK).¹⁰⁴⁹ Die jeweils vertragsschließenden Staaten bleiben freilich „Herren der Verträge“ und damit zur Änderung, Aufhebung oder Kündigung ihrer eingegangenen Bindungen jederzeit befähigt.¹⁰⁵⁰ Die völkerrechtlichen Verpflichtungen im Außenverhältnis zu anderen Staaten sind innerstaatlich hinzunehmen und gelten direkt für staatliche Organe und für den Einzelnen aufgrund einer Anordnung des nationalen Rechts.¹⁰⁵¹ Die staatliche Freiheit, die „innere Souveränität“, wird also durch jeden Vertragsschluß je nach Vertragsinhalt ein Stück weiter eingeschränkt.¹⁰⁵²

b) Völkerrechtliche Bindungen und Grundgesetz

Das Grundgesetz ist völkerrechtsfreundlich ausgestaltet.¹⁰⁵³ Dies verbietet dem Gesetzgeber, Regelungen zu erlassen, die völkerrechtliche Bindungen der Bundesrepublik im Außenverhältnis zuwider laufen würden.¹⁰⁵⁴ Auch die Gerichte sind gehalten, Konflikte zwischen der innerstaatlichen Rechtslage und völkervertraglichen Pflichten zu vermeiden, indem sie Gesetze möglichst im Einklang mit den völkerrechtlichen Verträgen auslegen.¹⁰⁵⁵ Inwiefern aber umgekehrt die für die Bundesrepublik handelnden Vertreter bei Verhandlungen über völkerrechtliche Verträge

1047 Ipsen/*Epping*, Völkerrecht, § 26 Rn. 14.

1048 Ipsen/*Epping*, Völkerrecht, § 5 Rn. 8.

1049 *Herdegen*, Völkerrecht, § 15 Rn. 16.

1050 Eingehend *Stein/von Butlar*, Völkerrecht Rn. 514 ff., 87 ff.

1051 *Herdegen*, Völkerrecht § 22 Rn. 6.

1052 Insofern hat *Bleiß*, MdB (SPD), BT-PlProt. 2/8998 f., recht, wenn er fragt: „Ist sich die Bundesregierung bewußt, daß das von ihr unterzeichnete Abkommen eine Beschränkung der Souveränität bedeutet [...]?“.

1053 Dies ergibt sich aus einer Gesamtschau von Präambel, Art. 1 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 23, 24, 25, 26 Abs. 1 GG; *Herdegen*, Völkerrecht, § 22 Rn. 9; *Stein/von Butlar*, Völkerrecht, Rn. 189 ff.

1054 *Stein/von Butlar*, Völkerrecht, Rn. 192. Aus diesem Grund sind auch verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe gegen Vertragsgesetze ausnahmsweise bereits vor deren Verkündung zulässig, um ein Auseinanderfallen von völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bindungen zu vermeiden, vgl. BVerfG vom 25.6.1968 – 2 BvR 251/63 – BVerfGE 24, 33; *Sachs/Streinz*, Art. 59 Rn. 74.

1055 BVerfG vom 26.3.1987 – 2 BvR 589/79, 740/81, 284/85 – BVerfGE 74, 358 (370); *Herdegen*, Völkerrecht, § 22 Rn. 21.

der Beachtung des Grundgesetzes, insbesondere der Grundrechte, verpflichtet sind, steht auf einem anderen Blatt:

- 557 Eine uneingeschränkte Handlungsfreiheit im Bereich der auswärtigen Gewalt ohne gerichtliche Überprüfbarkeit („gerichtsfree Hoheitsakte“¹⁰⁵⁶) besteht nach der Rechtsprechung des BVerfG ebenso nicht, wie die Verpflichtung auf ein kompromißloses Verfolgen der dem Grundgesetz voll entsprechenden vertraglichen Regelung – es gilt die Formel des „judicial self-restraint“.¹⁰⁵⁷ Das Gericht erkennt, daß der durch außenpolitischen „Rigorismus“ drohende „Immobilismus“ die Bundesrepublik außenpolitisch handlungsunfähig machen würde.¹⁰⁵⁸ Deswegen ist von den Verhandlungsführern des Bundes nur zu verlangen, auf eine Annäherung an einen grundgesetzkonformen Zustand im Rahmen der politischen Realitäten „abzuzielen“.¹⁰⁵⁹ Es gilt also: „Weder Richterherrschaft noch Kabinettsjustiz! Zwischen dieser Scylla und Charybdis muß jeder Richter seinen Kurs steuern“.¹⁰⁶⁰ Das BVerfG hat bislang auch nur in zwei Fällen seinen Kurs auf die Verfassungswidrigkeit völkerrechtlicher Verträge gesteuert; in beiden Fällen wegen unzulässiger Rückwirkung.¹⁰⁶¹
- 558 Für die Verträge zu den Grenzkraftwerken heißt das, daß eine uneingeschränkte, unmodifizierte Geltung deutschen (Gesellschafts-)Rechts für die deutschen Betreibergesellschaften vor Art. 3 Abs. 1 GG zwar zu erstreben ist, die realen politischen Verhandlungsmöglichkeiten aber im Interesse des Erhalts guter Beziehungen zu den Nachbarstaaten auszuüben sind. Der Bund ist nur verpflichtet, Verhandlungsspielräume auszuschöpfen, wo solche vorhanden sind. Dies hat die Bundesregierung bei den deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken nach eigener Aussage – welche sich einer näheren Überprüfung entzieht – in den Verhandlungen mit der Schweiz getan und nach ihrem Bekunden das bestmögliche Ergebnis, d.h. die vor Art. 3 Abs. 1 GG größtmögliche Annäherung an die §§ 76, 77 BetrVG 1952, erreicht.

c) Beschränkte Sachgestaltungskompetenz

- 559 Dem deutschen Gesetzgeber fehlt die vollständige Sachgestaltungskompetenz, wenn er nicht autonom im Rahmen des Grundgesetzes Recht setzen kann, sondern dabei völkerrechtlichen Bindungen entsprechen

1056 *Schneider*, Gerichtsfreie Hoheitsakte, *Recht und Staat* 160/161 (1951).

1057 BVerfG vom 4.5.1955 – 1 BvF 1/55 – BVerfGE 4, 157, 168 ff.; vom 31.7.1973 – 2 BvF 1/73 – BVerfGE 36, 1, 14 f.; vgl. *HdbStR/Grewe*, § 77 Rn. 89 ff.

1058 BVerfG vom 4.5.1955 – 1 BvF 1/55 – BVerfGE 4, 157, 170.

1059 *HdbStR/Grewe*, § 77 Rn. 94; vgl. *Sachs/Streinz*, Art. 59 Rn. 73.

1060 *Schneider*, Gerichtsfreie Hoheitsakte, *Recht und Staat* 160/161 (1951), S. 80.

1061 Jeweils deutsch-schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen; Nachweise bei *Sachs/Streinz*, Art. 59 Rn. 72.

muß. Zwar räumt Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG¹⁰⁶² dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Unternehmensmitbestimmung ein, doch ist der Inhalt des Rechts, soweit es die deutsch-schweizerischen und teilweise die deutsch-österreichischen Grenzkraftwerke betrifft, bereits vorgegeben. Vergleichbar mit der Umsetzungspflicht von EU-Richtlinien in nationales Recht (Art. 288 Abs. 3 AEUV), darf der deutsche Gesetzgeber kein Gesetz erlassen, daß den völkerrechtlichen Determinanten¹⁰⁶³ bzw. den Zielen der EU-Richtlinien zuwider läuft, wenn er nicht einen Vertragsbruch provozieren will, der bei fehlerhafter Richtlinienumsetzung zu einem Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV), ja sogar zu unmittelbarer Richtlinienwirkung führen kann.¹⁰⁶⁴ Der Bundestag wird freilich nicht ganz vor vollendete Tatsachen gestellt, da er grundsätzlich nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG dem Vertrag durch ein Bundesgesetz zugestimmt haben muß, bevor die völkerrechtlich bindende Ratifikation erfolgt.¹⁰⁶⁵ Im Fall der deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerke wurden die parlamentarische Zustimmung und die Setzung des innerstaatlichen Sonderrechts gleich in einem Artikelgesetz zusammengefaßt.¹⁰⁶⁶

d) Kein Gleichheitsverstoß

Hat der Gesetzgeber für zwei an sich gleiche und deshalb eigentlich vergleichbare Sachverhalte nicht auch dieselbe Sachgestaltungskompetenz, liegt in der Ungleichbehandlung beider Sachverhalte kein Gleichheitsverstoß. Dies kann – ergebnisgleich – unterschiedlich begründet werden: Man kann den Gleichheitssatz in solchen Fällen per se für unanwendbar halten, die Vergleichbarkeit der Sachverhalte verneinen, oder die Ungleichbehandlung als gerechtfertigt ansehen. 560

1062 Angesichts der ursprünglichen Regelung der Unternehmensmitbestimmung im BetrVG 1952 ist dies auch heute noch die richtige Kompetenzgrundlage; i.E. ebenso *Maunz/Dürig*, Art. 74 Rn. 162, der „daneben“ aber auch auf Nr. 11 zurückgreifen will; unentschieden *BK/Rengeling/Szczekalla*, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11.

1063 *Stein/von Butlar*, Völkerrecht, Rn. 192.

1064 *Streinz*, Europarecht, Rn. 444; zu den Folgen völkervertragswidrigen Verhaltens *Herdegen*, Völkerrecht, § 58.

1065 *BeckOK-GG/Epping/Hillgruber*, Art. 59 Rn. 32; *Sachs/Streinz*, Art. 59 Rn. 53.

1066 Art. 1 Vertragsgesetz (Fn. 942, S. 242) enthält die Zustimmung nach Art. 59 GG zum Vertrag (Mitbestimmungsdispens) und Art. 2 Vertragsgesetz schöpft den Vorbehalt nach Art. 2 des Vertrages (Sondermitbestimmung) aus.

aa) „Inländerdiskriminierung“ und Gleichheitssatz

- 561 Exemplarisch wird die Diskussion am Phänomen der „Inländerdiskriminierung“ (auch „umgekehrte Diskriminierung“¹⁰⁶⁷) geführt. Damit wird eine Ungleichbehandlung beschrieben, die sich aus der Überlagerung zweier Rechtsordnungen – der deutschen und der unionalen – ergibt: So genießen grenzüberschreitende Sachverhalte im Binnenmarkt den Schutz der unionsrechtlichen Grundfreiheiten.¹⁰⁶⁸ Rein innerstaatliche Sachverhalte (nicht zwangsläufig „Inländer“¹⁰⁶⁹) unterfallen hingegen nicht dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten.¹⁰⁷⁰ Dies führt mitunter dazu, daß gleiche Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden müssen, wenn nationales Recht gegen Grundfreiheiten verstößt und deshalb durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts keine Wirkung in grenzüberschreitenden Sachverhalten beanspruchen kann. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Gesetzgeber die gespaltene Rechtslage selbst kodifiziert und damit den Schritt von einer indirekten zur direkten „Inländerdiskriminierung“ geht.¹⁰⁷¹ Stets fehlt dem deutschen Gesetzgeber die vollständige Sachgestaltungskompetenz, da er nur einen von beiden in Vergleich gebrachten Sachverhalten, nämlich jenen ohne unionsrechtliche Implikationen, autonom gestalten kann. Für den grenzüberschreitenden Sachverhalt hat er keine uneingeschränkten Befugnisse, soweit Grundfreiheiten entgegenstehen.
- 562 Das Grundgesetz verpflichtet den Gesetzgeber deshalb immer nur in seiner eigenen Gesetzgebungskompetenz auf Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁰⁷² Folglich ist er nicht verpflichtet, eine Rechtslage herbeizuführen, die Unterschiede zu anderen Gesetzgebungsbereichen nivelliert. Sonst müßten Entscheidungen fremder Rechtsetzer trotz eigener Regelungsfreiheit übernommen werden, was ein unzulässiges Angleichungsgebot postulieren würde.¹⁰⁷³ Auf Ungleichbehandlungen durch Inländerdiskriminierungen ist Art. 3 Abs. 1 GG deshalb nicht anwendbar¹⁰⁷⁴ – zumindest sind die Sachverhalte nicht mehr wesensgemäß gleich.¹⁰⁷⁵

1067 Zu den Begrifflichkeiten *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 f.

1068 Grabitz/Hilf/Randelzhofer/Forsthoff, vor Art. 39-55 EGV Rn. 43 m.w.N.

1069 Auch Deutsche können sich selbstverständlich gegenüber Deutschland auf Grundfreiheiten berufen, sofern ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt; *Albers*, JZ 2008, 708 (712 f.).

1070 H.M., Grabitz/Hilf/Randelzhofer/Forsthoff, vor Art. 39-55 EGV Rn. 44 f.; *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 (519) jeweils m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

1071 *Bösch*, Jura 2009, 91 (95), *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 (517).

1072 BVerfG vom 27.3.1979 – 2 BvL 2/77 – BVerfGE 51, 43 (58 f.).

1073 *Albers*, JZ 2008, 708 (713); kritisch *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 (520 f.).

1074 VGH Mannheim vom 7.8.1995 – 13 S 329/95 – NJW 1996, 72 (74); *Bösch*, Jura 2009, 91 (95).

1075 *Albers*, JZ 2008, 708 (713).

Dagegen wird eingewandt, der Gesetzgeber selbst habe die Geltung des Unionsrechts in Deutschland gewollt (Art. 23 Abs. 1 GG i.V.m. den jeweiligen Zustimmungsgesetzen) und sei deshalb verpflichtet, die Folgen dessen zu tragen. Im Interesse der Chancengleichheit aller Marktteilnehmer sollen folglich „Inländerdiskriminierungen“ einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG indizieren, der nur ausnahmsweise gerechtfertigt werden kann.¹⁰⁷⁶ Allerdings ist Art. 23 Abs. 1 GG nur eine begrenzte Integrationsermächtigung, die ein Hineinwirken des Unionsrechts in Sachbereiche jenseits der Verträge nicht erzwingen kann.¹⁰⁷⁷ Unionsrechtsinhalte werden durch die Zustimmungsgesetze nicht solche des deutschen Gesetzgebers, sondern bleiben eigenständig.¹⁰⁷⁸ Deshalb bilden die zwischen rein innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Sachverhalten bestehenden Unterschiede jedenfalls einen Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung.¹⁰⁷⁹

bb) Grenzkraftwerke und Gleichheitssatz

So verhält es sich auch bei den Grenzkraftwerken. Zwar steht hier stets auf einer Verhandlungsseite die Bundesregierung, doch kann sie ebensowenig den Vertragsinhalt dem jeweiligen Nachbarstaat diktieren, wie sie autonom auf fremdem Staatsgebiet wirksam Recht setzen kann. Auch auf Unionsebene sind deutsche Vertreter an der Rechtsetzung im Rat beteiligt. Der Bund ist freilich stets auf das Verhandlungsergebnis verwiesen.¹⁰⁸⁰ Daß letztlich der Bundestag selbst durch Gesetz dem Vertrag zustimmt, vermag seine Gestaltungsbefugnis nicht herzustellen, da der Vertrag nur *en bloc* angenommen oder abgelehnt werden kann.¹⁰⁸¹ Der Bundestag kann nur durch einfache Parlamentsbeschlüsse Einfluß auf die Bundesregierung ausüben, welche das Votum des Plenums aufgrund seiner hohen demokratischen Legitimation bei seinen Entscheidungen mit zu berücksichtigen hat.¹⁰⁸² Bindend ist es jedoch nur beim Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes.¹⁰⁸³

1076 *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 (521) in Anlehnung an ÖstVerfGH vom 9.12.1999 – G 42/99, 135/99 – EuZW 2001, 219.

1077 *Albers*, JZ 2008, 708 (713); *Bösch*, Jura 2009, 91 (96).

1078 *Albers*, JZ 2008, 708 (713 f.) m.w.N.

1079 BGH vom 18.9.1989 – AnwZ (B) 24/89 – BGHZ 108, 342 (346).

1080 *Sabel*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 2/9002 (C): „Aber im Augenblick können wir eben nicht ignorieren, daß wir die Dinge nicht allein machen können“.

1081 § 82 Abs. 2 GOBT; vgl. *Sachs/Strein*, Art. 59 Rn. 51.

1082 *Maunz/Dürig/Nettesheim*, Art. 59 Rn. 209.

1083 § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz) vom 18.3.2005, BGBl. I, 775.

- 565 Auch wenn Grenzkraftwerksunternehmen zwar Kapitalgesellschaften deutschen Rechts sind, kann für sie das allgemeine deutsche Mitbestimmungsrecht folglich nur soweit gelten, als völkerrechtliche Verträge nicht entgegenstehen. Steht Völkerrecht entgegen, sind dem Gesetzgeber insofern die Hände gebunden. Nur im verbleibenden Spielraum kann er – wie bei der Umsetzung von EU-Richtlinien – für eine gleichheitskonforme Rechtslage sorgen und muß dies wegen Art. 1 Abs. 3 GG auch tun.

6. Zusammenfassung

- 566 Grenzkraftwerke liegen nur teilweise auf deutschem Staatsgebiet und fallen somit auch nur teilweise unter die ausschließliche Rechtsetzungskompetenz der Bundesrepublik Deutschland. Ob sie überhaupt nach deutschem Gesellschaftsrecht betrieben werden, ist ebenso Ergebnis bilateraler Verhandlungen, wie die Geltung deutschen Mitbestimmungsrechts. Die Vereinbarung des einen bedingt nicht zugleich auch die Geltung des anderen, denn die Grenzstaaten sind in ihrer Gestaltungsbefugnis nicht auf die Alternativität des einen oder anderen Rechts verpflichtet, sondern im Verhandlungswege auch zu gemischten und neuen Lösungen befugt. Dabei führen die Individualinteressen der beteiligten Staaten auch zu individuellen Lösungen. Die Grenzkraftwerksvereinbarungen sind aber weder miteinander noch gegenüber rein innerstaatlichen Sachverhalten vergleichbar, da die für Art. 3 Abs. 1 GG notwendig einheitliche Sachgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht gegeben ist. Die Betreibergesellschaften von Grenzkraftwerken sind also, obwohl sie formal Kapitalgesellschaften deutschen Rechts sind, nicht mit den übrigen Kapitalgesellschaften vergleichbar. Eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung liegt bei ihnen nicht vor.

III. Vereinbarkeit mit Unionsrecht

- 567 Die Sondermitbestimmungsstatute der Grenzkraftwerke sind im Folgenden auch auf ihre Vereinbarkeit mit Unionsrecht zu untersuchen.

1. Deutsch-schweizerische Grenzkraftwerke

a) Anwendbarkeit des Unionsrechts

- 568 Der Vertrag zu den deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken vom 6. Dezember 1955 entzieht sich einer Beurteilung durch das Unionsrecht nicht deshalb, weil der Vertrag vor dem 1. Januar 1958 geschlossen wurde und deshalb nach Art. 351 Abs. 1 AEUV von den EU-Verträgen grundsätzlich unberührt bleibt. Denn soweit ein solcher Vertrag mit dem Unionsrecht nicht vereinbar ist, muß der Mitgliedstaat, der den Vertrag mit einem Drittland geschlossen hat, alle geeigneten Mittel anwenden, um die festgestellten Unvereinbarkeiten zu beheben (Art. 351 Abs. 2 Satz 1

AEUV). Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist bis heute weder Mitglied der Europäischen Union noch des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR)¹⁰⁸⁴ und somit weiterhin Drittland.

Das „Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit“ vom 21. Juni 1999¹⁰⁸⁵ enthält in seinem Anhang I eine weitgehende Erstreckung des EU-Freizügigkeitsrechts auf die Schweiz mit einigen Abweichungen.¹⁰⁸⁶ Nach Art. 22 Abs. 1 läßt „dieses Abkommen die Abkommen zwischen der Schweiz einerseits und einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft andererseits, beispielsweise Abkommen betreffend Privatpersonen, Wirtschaftsbeteiligte, die grenzüberschreitende Zusammenarbeit oder den kleinen Grenzverkehr, insoweit unberührt, als sie mit diesem Abkommen vereinbar sind“. Art. 22 Abs. 2 erklärt für den Fall der Unvereinbarkeit das Freizügigkeitsabkommen für maßgebend. 569

Der Vertrag über die deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerke ist also einer Prüfung am Unionsrecht bzw. am Freizügigkeitsabkommen zugänglich, so daß auch seine Vereinbarkeit mit dem hier festgestellten unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung untersucht werden kann. 570

Ob auch das Freizügigkeitsabkommen selbst eine Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung fordert, muß bezweifelt werden, denn obwohl Anhang I des Abkommens weitgehend die Unionsvorschriften zum allgemeinen Diskriminierungsverbot, zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und teilweise zur Niederlassungsfreiheit übernimmt, ist die Schweiz mit dem Abkommen nicht dem Binnenmarkt beigetreten und können unionsrechtliche Bestimmungen über den Binnenmarkt und ihre am *effet utile* orientierte Auslegung nicht unbesehen auf die Auslegung des Abkommens übertragen werden.¹⁰⁸⁷ Dies gilt um so mehr, als die Schweiz sehr mitbestimmungskritisch eingestellt ist.¹⁰⁸⁸ Jedenfalls muß bei Unionsrechtswidrigkeit wegen Art. 351 Abs. 2 Satz 1 AEUV auf eine Vertragsanpassung hingewirkt werden. 571

1084 Die Schweiz entschied sich 1992 gegen einen Beitritt zum EWR.

1085 ABl. 2002, L 114/6.

1086 Jüngst dazu EuGH vom 12.11.2009 – C-351/08 (*Grimme*) – EuZW 2010, 106.

1087 EuGH vom 12.11.2009 – C-351/08 (*Grimme*) – EuZW 2010, 106 (Rn. 27, 29); zu weit *Calliess/Ruffert/Brechmann*, Art. 39 EGV Rn. 43 („Freizügigkeitsrechte entsprechend Art. 39“).

1088 Die Mitbestimmungsinitiative in der Schweiz blieb im Volksentscheid 1976 ohne Ergebnis, *R. A. Müller*, Arbeitnehmervertretung, S. 29 f.

b) Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung

- 572 Art. 1 des Grenzkraftwerkevertrages dispensiert die deutschen Betreiber-gesellschaften von den in „Deutschland geltenden gesetzlichen Vorschriften über die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat“ und räumt statt dessen Deutschland das Recht ein, die Teilnahme von Arbeitnehmervetretern an den Sitzungen der Aufsichtsräte der betroffenen Aktiengesellschaften nach näher bestimmten Grundsätzen zu regeln. Dazu gehört, daß zwei bzw. drei Arbeitnehmervetreter beratend und ohne Stimmrecht an den Aufsichtsratssitzungen teilnehmen dürfen. Die Arbeitnehmervetreter sind von der jeweiligen Belegschaft zu wählen. Wahlvorschläge können sowohl vom Betriebsrat als auch den Arbeitnehmern gemacht werden. Die Wahlmodalitäten richten sich nach §§ 31 ff. WO 1953 (jetzt WODrittelbG) analog.¹⁰⁸⁹
- 573 Der hier festgestellte Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung setzt voraus, daß Deutschland an das Unionsrecht gebunden ist, also kein rein innerstaatlicher Sachverhalt vorliegt, der auch keine nur potentiell grenzüberschreitende Relevanz besitzt.¹⁰⁹⁰ Das Mitbestimmungsstatut der deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerke regelt die Mitbestimmung in Unternehmen, die Betriebe auf der Grenze zwischen zwei Staaten unterhalten. Schon darin liegt ein über das Inland hinausreichender Sachverhalt. Auch sind dort in aller Regel nicht nur deutsche, sondern auch schweizerische Arbeitnehmer beschäftigt. Auch wenn die Schweiz kein Mitgliedstaat der EU ist und somit weder räumlich noch personell eine EU-Binnengrenze überschritten wird, ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit und damit auch der Gleichbehandlungsgrundsatz anwendbar, denn Unionsrecht kann auch auf eine außerhalb des Unionsgebiets ausgeübte Berufstätigkeit anwendbar sein, wenn das Arbeitsverhältnis einen hinreichend engen Bezug zum Unionsgebiet behält,¹⁰⁹¹ was bei Tätigkeiten auf der Grenze zweifelsohne der Fall ist. Außerdem wird durch das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz auch für schweizerische Arbeitnehmer prinzipiell die Freizügigkeit nach Deutschland gewährt.
- 574 Es stellt sich also die Frage, warum die in den Grenzkraftwerken beschäftigten Arbeitnehmer nicht am ansonsten in Deutschland geltenden Mitbestimmungsrecht teilhaben können, sondern einer Sondermitbestimmung unterfallen. Darin liegt nicht schon eine mittelbare Staatsangehörigkeitsdiskriminierung, weil nicht ersichtlich ist, daß die Beschäftigten

1089 Zum Ganzen Rn. 527 ff.

1090 Rn. 281.

1091 EuGH vom 30.4.1996 – C-214/94 (*Boukhalfa*) – Slg. 1996, 2253 (Rn. 15).

in den Grenzkraftwerken überwiegend schweizerischer Staatsangehörigkeit wären, sondern darin liegt eine generelle Ungleichbehandlung der Grenzkraftwerksbeschäftigten gegenüber anderen Beschäftigten in vergleichbaren Unternehmen. Doch ist damit kein geschütztes Diskriminierungsmerkmal verbunden. Eine generelle Gleichbehandlungspflicht legt das Unionsrecht den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Rechtsordnungen nämlich nicht auf, sofern sie nicht Unionsrecht umsetzen. Da der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Unternehmensmitbestimmung Unternehmensmitbestimmung nach mitgliedstaatlichem Recht voraussetzt, kann das mitgliedstaatliche Mitbestimmungsrecht nicht gegen Unionsrecht verstoßen, sofern es weder gegen ein spezifisches Diskriminierungsverbot verstößt, noch die anteilsgerechte Beteiligung der Belegschaften verletzt. Die Beschäftigten in den Grenzkraftwerksbetrieben stellen aber einheitliche Belegschaften dar, die sich nur aus Angehörigen mehrerer Staaten zusammensetzen, die aber gleichwohl unterschiedslos an den ihnen eingeräumten Mitbestimmungsrechten aktiv wie passiv teilhaben können. Das im deutschen Recht herrschende Territorialitätsdogma wirkt bei den Grenzkraftwerken gerade nicht, weil durch das Sondermitbestimmungsstatut der Grenzbetrieb mitbestimmungsrechtlich zum Inland gerechnet wird.

Das Mitbestimmungsstatut bei den deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken ist deshalb mit dem Unionsrecht, insbesondere dem Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung vereinbar. 575

2. Deutsch-österreichische Grenzkraftwerke

a) Anwendbarkeit des Unionsrechts

Der Vertrag über die Österreichisch-Bayerische Kraftwerke AG vom 16. Oktober 1950 unterfällt nicht Art. 351 Abs. 1 AEUV, obwohl er vor dem 1. Januar 1958 abgeschlossen wurde, denn am 1. Januar 1995 ist die Bundesrepublik Österreich ebenfalls Mitglied der Europäischen Union geworden. Somit liegt aus heutiger Sicht ein Vertrag zwischen zwei Mitgliedstaaten vor, für den die allgemeinen Regeln über die Anwendung aufeinander folgender Verträge über denselben Gegenstand nach Art. 30 WVRK gelten.¹⁰⁹² Dies führt hier nach Art. 30 Abs. 3 WVRK dazu, daß der frühere Vertrag über die Grenzkraftwerke nur insoweit Anwendung findet, als er mit den späteren EU-Verträgen vereinbar ist (*lex posterior derogat legi priori*). 576

1092 Calliess/Ruffer/Schmalenbauch, Art. 307 EGV Rn. 6; Schwarze/Terhechte, Art. 307 EGV Rn. 3.

b) Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung

- 577 Der Vertrag über die Österreichisch-Bayerische Kraftwerke AG und die von ihr bzw. nunmehr der Grenzkraftwerke GmbH unterhaltenen Grenzkraftwerke am Inn sieht im Aufsichtsrat des Unternehmens je ein Vertreter der österreichischen und der bayrischen Arbeitnehmerschaft vor.
- 578 Auch hier ist Unionsrecht prinzipiell einschlägig, da die Grenzkraftwerksbetriebe allesamt direkt auf einer Grenze zwischen zwei Mitgliedstaaten liegen und damit schon in räumlicher Hinsicht zwangsläufig ein grenzüberschreitender Sachverhalt einhergeht. Auch in personeller Hinsicht ist ein über das Inland hinausreichender Sachverhalt gegeben, da die Beschäftigten des deutschen Betreiberunternehmens nicht ausschließlich in Deutschland ansässig sind.¹⁰⁹³
- 579 Wie bei den deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken kommen auch hier die diskriminierenden Wirkungen des „Territorialitätsprinzips“ nicht zur Geltung, weil die Betriebe mitbestimmungsrechtlich als inländisch anzusehen sind und somit kein Arbeitnehmer wegen seines Beschäftigungsortes diskriminiert wird. Damit stellt sich auch nicht mehr das Problem der anteilsgerechten Verteilung der Arbeitnehmersitze auf die Mitgliedstaaten, weil es nur eine Belegschaft aus einem Mitgliedstaat gibt, welche die Arbeitnehmervertreter wählt.
- 580 Das Mitbestimmungsstatut kann deshalb aber insoweit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung verstoßen, als der Wortlaut des Vertrages beim Passivwahlrecht Einschränkungen macht, indem ein Arbeitnehmervertreter der bayerischen und einer der österreichischen „Arbeitnehmerschaft“ angehören muß. Die Vorschrift zielt ersichtlich darauf ab, die bei den Anteilseignern, Vorständen und Aufsichtsräten der Kapitalseite vereinbarte Länderparität, bei den Arbeitnehmervertretern fortzusetzen und ist deshalb dahin zu verstehen, daß er die gleichberechtigte Vertretung der in der Belegschaft typischerweise vorkommenden Nationalitäten gewährleisten will. „Arbeitnehmerschaft“ ist aus heutiger Sicht aber – entgegen der Selbstauskunft des Betreiberunternehmens¹⁰⁹⁴ – unionsrechtskonform dahin auszulegen, daß es nicht auf die eine oder andere Staatsange-

1093 Gemäß GKW-Geschäftsbericht vom 31.12.2008 sind zwei aus der Belegschaft stammende Aufsichtsratsmitglieder in Österreich ansässig (www.unternehmensregister.de).

1094 Fn. 995 (S. 249).

hörigkeit ankommt¹⁰⁹⁵, sondern die Ansässigkeit im weitesten Sinne im jeweiligen Mitgliedstaat genügt. Aufgrund des äußerst engen sachlichen und räumlichen Anwendungsbereichs des Sondermitbestimmungsstatuts auf die (derzeit vier) deutsch-österreichischen Grenzkraftwerke am Inn ist der theoretischen Eignung, Angehörige dritter „Arbeitnehmerschaften“ auszuschließen, keine diskriminierende Wirkung zu entnehmen. Ob die Parität der „Arbeitnehmerschaften“ sich genauso in der Zusammensetzung der Belegschaft widerspiegelt, ist unerheblich, solange nicht erwiesenermaßen eine von beiden Gruppen massiv überrepräsentiert wird.

Die Zugehörigkeit zur „bayerischen Arbeitnehmerschaft“ darf nicht zwingend einen Wohnsitz im Freistaat Bayern voraussetzen, sondern muß die Verbindung, die aus einer dauerhaften Beschäftigung in Bayern folgt, genügen lassen, um nicht eine mittelbare Arbeits- oder Wohnsitzanknüpfung darzustellen. Eine solche „Landeskinder-Regelung“ könnte nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhte und in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimen Zweck stünde, der mit den nationalen Rechtsvorschriften verfolgt wird.¹⁰⁹⁶ Solche sind freilich seit dem EU-Beitritt Österreichs nicht mehr ersichtlich. 581

Das Mitbestimmungsstatut bei den deutsch-österreichischen Grenzkraftwerken ist deshalb mit dem Unionsrecht bei entsprechend weiter Auslegung des Begriffs der „Arbeitnehmerschaft“ vereinbar. 582

C. Sondermitbestimmung bei Volkswagen

I. Mitbestimmungsstatut

Die Volkswagen AG unterfällt als Großunternehmen mit mehr als 2.000 Beschäftigten dem MitbestG.¹⁰⁹⁷ Der zwanzigköpfige Aufsichtsrat ist folglich paritätisch mit Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern besetzt.¹⁰⁹⁸ Ein Sondermitbestimmungsstatut im „klassischen Sinne“ besteht hier nicht. Das „Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk GmbH in private Hand“ vom 21. Juli 1960¹⁰⁹⁹ (VW-Gesetz) modifiziert in seiner heutigen Fassung statt dessen die Unternehmensorganisation von VW durch besondere Minoritätsrechte, Stimmrechtsbeschränkungen und erweiterte Aufsichtsratsbeteiligung, die 583

1095 Die bayerische Staatsangehörigkeit kann gem. Art. 6 Abs. 1 BayVerf nur durch Geburt, Legitimation, Eheschließung oder Einbürgerung erlangt werden.

1096 EuGH vom 7.7.2005 – C-147/03 (*Hochschulzulassung*) – Slg. 2005, 5969 (LS 2).

1097 § 13 Abs. 1, 2 VW-Satzung.

1098 § 11 Abs. 1 VW-Satzung.

1099 BGBl. I, 585, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.12.2008, BGBl. I, 2369.

verschärfte Mitbestimmungswirkungen entfalten. Schon die Existenz dieses einmaligen Sondergesetzes wirft Fragen auf, zu deren Beantwortung die historischen Rahmenbedingungen bekannt sein müssen,¹¹⁰⁰ bevor die mitbestimmungsrelevanten Besonderheiten auf den Prüfstand des Gleichheitssatzes gestellt werden können.

1. Entstehung des VW-Gesetzes

- 584 Der historische Gesetzgeber der 1950er Jahre verfolgte mit dem VW-Gesetz hauptsächlich zwei Ziele: Einerseits sollte die seit Kriegsende offene Eigentumsfrage bezüglich Volkswagen zwischen dem Land Niedersachsen und dem Bund einer Lösung zugeführt werden¹¹⁰¹ und andererseits sollte VW (teil-)privatisiert werden, um neben dem Einstreichen der Veräußerungserlöse vor allem die Beschäftigten am Erfolg des Unternehmens teilhaben zu lassen (*Ludwig Erhard*: „Wohlstand für alle“¹¹⁰²) und ihre „innere Verbundenheit“ mit dem Werk zu stärken.¹¹⁰³ Die Einigungsschwierigkeiten zwischen dem Bund und dem Land Niedersachsen machten dabei eine Trennung des ursprünglich einheitlich geplanten VW-Gesetzes¹¹⁰⁴ in ein „VW-Vorschaltgesetz“¹¹⁰⁵, das die Eigentumsfrage klärte, und ein „VW-Privatisierungsgesetz“¹¹⁰⁶ (das heutige „VW-Gesetz“) erforderlich.¹¹⁰⁷

a) Eigentumszuordnung

- 585 Nach Kriegsende wurde das Wolfsburger VW-Werk zunächst treuhänderisch vom Land Niedersachsen unter Aufsicht und Weisung des Bundes verwaltet. In Niedersachsen vertrat man den Standpunkt, die VW GmbH sei zusammen mit der Deutschen Arbeitsfront (DAF) ohne Liquidation

1100 Instruktiv *Kilian*, FAZ vom 6.11.2009 (Nr. 258), S. 14 („Wem gehört Volkswagen?“); von *Petersdorff/Meck*, FAS vom 20.4.2008 (Nr. 16), S. 45 („Wem gehört Volkswagen?“).

1101 Von einer „Klärung“ konnte kaum die Rede sein; vgl. *Kopf*, damals niedersächs. MinPräs, BT-PlProt. 3/4403; anders aber *Burgbacher*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/4405.

1102 *Erhard*, Wohlstand für alle (1957).

1103 BVerfG vom 17.5.1961 – 1 BvR 561/60, 579/60, 114/61 – BVerfGE 12, 354 (369). Teilweise wird als Nebenziel noch die Förderung der Wissenschaften genannt; vgl. *Elbrächter*, MdB (DP), BT-PlProt. 3/266 (D); *Kilian*, NJW 2002, 3599 (3600 f.); *ders.*, FAZ vom 6.11.2009 (Nr. 258), S. 14 („Wem gehört Volkswagen?“).

1104 BT-Drs. 2/3534, 3/102.

1105 BT-Drs. 3/1217.

1106 Ausschlußfassung des Entwurfs aus BT-Drs. 3/102 in BT-Drs. 3/1680.

1107 Kurzüberblick über die Entwicklung in BMJ-Pressemitteilung vom 13.10.2004 („Bundesregierung bedauert Entscheidung der Kommission zum VW-Gesetz“).

aufgelöst worden und deshalb das herrenlose Werk bereits 1946 dem Land als noch vor der Bundesrepublik neu gegründeter Körperschaft anheim gefallen. Der Bund war freilich als Rechtsnachfolger des Deutschen Reiches und damit des zumindest faktischen Voreigentümers in der ungleich stärkeren Verhandlungsposition.

Ein erster Entwurf für ein VW-Gesetz sah noch eine vollständige Privatisierung vor, wurde aber in der zweiten Legislaturperiode von den Regierungsfractionen nur als Geste des guten Willens in den Bundestag eingebracht¹¹⁰⁸ und fiel alsbald der Diskontinuität zum Opfer. Der damalige niedersächsische Ministerpräsident *Heinrich Hellwege* (DP) beanspruchte aber ohnehin das Werk für sein Land¹¹⁰⁹ und machte eine Einigung somit unmöglich. Erst nachdem er 1959 von seinem Vorgänger im Amt, *Hinrich Wilhelm Kopf* (SPD), wieder abgelöst worden war, gelang nach anfänglichen Widerständen¹¹¹⁰ der Durchbruch: Im „Vertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse bei der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung und über die Errichtung einer Stiftung Volkswagenwerk“ vom 12. November 1959¹¹¹¹ wurde der Forderung Niedersachsens und der SPD nach Errichtung einer Stiftung Volkswagen zum Zwecke der Bildungsförderung entsprochen¹¹¹² und im Gegenzug in § 1 des Zustimmungsgesetzes des Bundes vom 9. Mai 1960¹¹¹³ („VW-Vorschaltgesetz“) das Eigentum an VW dem Bund zugesprochen.

Daß das Eigentumsproblem letztlich mittels eines Bundesgesetzes gelöst wurde und nicht eine entsprechende Bestimmung in den Staatsvertrag mit dem Land Niedersachsen aufgenommen wurde, war nach damaliger Auffassung Art. 135 Abs. 5 GG geschuldet, der für die Regelung der Rechtsnachfolge und der Auseinandersetzung ab 1952 nur noch den Weg

1108 BT-Drs. 2/3534; vorher bereits Initiativantrag der Regierungsfractionen, die Bundesregierung möge VW (endlich) privatisieren, BT-Drs. 2/2614.

1109 BT-PlProt. 3/257.

1110 Auch *Kopf*, niedersächs. MinPräs, BT-PlProt. 3/4403 f., hatte sich noch im Oktober 1959 gegen eine Eigentumszuweisung an den Bund ausgesprochen und mit einem Gang vor das BVerfG gedroht.

1111 BGBl. I, 302.

1112 Vgl. BT-Drs. 3/145; aber auch schon BT-Drs. 2/2614; Kompromiß schon angedeutet von *Elbrächter*, MdB (DP), BT-PlProt. 3/268; Genugtuung bei *Deist*, MdB (SPD), BT-PlProt. 3/5846, in der Abschlussberatung. Tatsächlich sind aus den Veräußerungserlösen der Stiftung Volkswagenwerk umgerechnet rund 500 Mio. Euro zugeflossen (Angabe der Stiftung; abrufbar unter www.volkswagenstiftung.de/stiftung/vermoegen.html).

1113 Gesetz über die Regelung der Rechtsverhältnisse bei der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung, BGBl. I, 301; BT-Drs. 3/1217; vgl. auch schon § 1 BT-Drs. 3/102.

über ein Bundesgesetz zuließ.¹¹¹⁴ Jedenfalls bildete aber der Staatsvertrag zwischen Niedersachsen und dem Bund eine hinreichende Kompetenzgrundlage.¹¹¹⁵

b) Gesellschaftspolitische Zielsetzung

- 588 Das „VW-Privatisierungsgesetz“ sollte eine geordnete Überführung eines florierenden Automobilkonzerns von der Staatsverwaltung in private Hand gewährleisten.¹¹¹⁶ *Adenauer* und *Erhard* verfolgten dabei das Ziel, mittels sogenannter Volksaktien die Arbeitnehmer am Kapital zu beteiligen und so bisher allein vom Arbeitseinkommen lebenden Kreise neuen Formen der Eigentumsbildung zuzuführen¹¹¹⁷, ja die Aktie überhaupt in Deutschland populär zu machen.¹¹¹⁸ Über allem schwebte der Wettstreit mit den „sozialen Errungenschaften der DDR“¹¹¹⁹, weswegen anfangs auch der Veräußerungserlös die Kosten der offensichtlich in naher Zukunft erwarteten Wiedervereinigung abfedern sollte.¹¹²⁰ Diese Zweck-

1114 *Hartmann*, BSt FinanzMin, BT-PlProt. 2/10157; ebenso *Wilhelmi*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/4404, unter Verweis auf die Mehrheit im Rechtsausschuß; a.A. *Dehler*, MdB (FDP), BT-PlProt. 3/4405, der allenfalls Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als tragfähige Kompetenznorm ansah und die Eigentumsfrage von Gerichten anstatt vom Gesetzgeber gelöst sehen wollte.

1115 *Wilhelmi*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/5844.

1116 Der Gegenentwurf der SPD sah die Überführung in eine „Stiftung Deutsches Volkswagenwerk“ vor, deren Kuratorium vom Bundespräsidenten ernannt werden, deren Verwaltungsrat mit sechs Arbeitnehmervertretern und deren Direktorium mit einem Arbeitsdirektor versehen werden sollte, vgl. BT-Drs. 3/145. Die SPD wollte mit VW vor allem den oligopolistischen Automobilmarkt umgestalten; vgl. *Kurlbaum*, MdB (SPD), BT-PlProt. 3/255 f.

1117 *Adenauer*, BKanzler, BT-PlProt. 3/19 f.; *Erhard*, BMin Wirtschaft, BT-PlProt. 2/12601 f.; *Lindrath*, BMin für wirtschaftlichen Besitz des Bundes, BT-PlProt. 3/1636 f.; selbst der FDP-Abgeordnete *Atzenroth*, MdB, BT-PlProt. 3/263 f., trat für eine „breite soziale Streuung des Eigentums“ ein; vgl. BVerfG vom 17.5.1961 – 1 BvR 561/60, 579/60, 114/61 – BVerfGE 12, 354 (355 f.).

1118 *Hellwig*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/262; *Elbrächter*, MdB (DP), BT-PlProt. 3/267.

1119 Anschaulich *Arnold*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/251 ff., 254; *Hellwig*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/263: „gesellschaftspolitisches Anliegen von zentraler Größenordnung“; *Lindrath*, BMin für wirtschaftlichen Besitz des Bundes, BT-PlProt. 3/1636: „Das Nebeneinander so grundverschiedener Wirtschaftssysteme in den beiden getrennten Teilen Deutschlands ermöglicht es wie kaum zuvor, von der Praxis her die Vorzüge der Marktwirtschaft zu würdigen“; kritisch *Deist*, MdB (SPD), BT-PlProt. 3/1673.

1120 § 12 des Gesetzentwurfs von CDU/CSU, BT-Drs. 3/102; *Häußler*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/277.

bestimmung wurde freilich in der Ausschlußfassung¹¹²¹ zugunsten der VW-Stiftung aufgegeben.¹¹²²

In Umsetzung der Volksaktienidee wurden nicht nur besonders kleine 589 Aktienstückelungen vorgesehen und Sondererwerbsrechte für VW-Beschäftigte zu Sozialpreisen festgelegt, sondern auch Veräußerungssperrenzeiten, Stimmrechts- und Vertretungsbeschränkungen.¹¹²³ Die größte Sorge war stets eine Konzentration von Anteilen in den Händen weniger, die dadurch bestimmenden Einfluß auf VW erhalten würden und die gesellschaftspolitischen Zwecksetzungen der Breitenstreuung konterkarieren könnten.¹¹²⁴ Teilweise wurde VW sogar – insoweit ganz in Übereinstimmung mit der nationalsozialistischen Idee vom Volkswagen – volkswirtschaftliche Aufgaben der preisgünstigen Breitenmotorisierung zugeschrieben, die vor Fremdeinflüssen geschützt werden mußten.¹¹²⁵

Zur Manifestation der neuen Gesellschafts- und Wirtschaftspolitik wäre 590 nach damaliger Auffassung eine entsprechende Satzungs-gestaltung bei der neuen VW AG unzureichend gewesen. Auch wenn die Verfassung einer Gesellschaft entscheidend durch ihre von der Hauptversammlung beschlossene Satzung bestimmt wird, erachtete der Gesetzgeber nur ein Gesetz als adäquates Regelungsinstrument.¹¹²⁶

Das BVerfG hat die gegen die Anteilsvergabemodalitäten gerichteten 591 Verfassungsbeschwerden 1961 als unbegründet abgewiesen,¹¹²⁷ ohne aber die Regelungen des VW-Gesetzes im übrigen einer Verfassungsmäßigkeitskontrolle zu unterziehen, da sie nicht Beschwerdegegenstand waren. Auch spätere Verfassungsbeschwerden richteten sich nur gegen die Aufweichung der Stimmrechts- und Vertretungsbeschränkungen, die das Gericht 1973 aufgrund fehlenden Grundrechtseingriffs ablehnte, ohne zugleich Anlaß für eine umfassende Prüfung des Gesetzes zu haben.¹¹²⁸

c) Doppelter Protektionismus

Der gesellschaftspolitische Ansatz, das Volk zu Privateigentum und damit 592 zu Wohlstand zu führen, bedingte letztlich diejenigen Bestimmungen im VW-Gesetz, die heute noch für Diskussionen sorgen. Die breite Streuung

1121 BT-Drs. 3/1680.

1122 Vgl. schriftlicher Bericht zu BT-Drs. 3/1680, S. 3

1123 Zusammenfassend *Katzer*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/3406 f.

1124 *Schmücker*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/5881: „Wir verhehlen nicht, daß ein breit gestreuter Aktienbesitz auch Gefahren mit sich bringt“.

1125 Insbes. *Kurlbaum*, MdB (SPD), BT-PlProt. 3/255; *ders.*, BT-PlProt. 3/4404.

1126 Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses zu BT-Drs. 3/1680, S. 1.

1127 BVerfG vom 17.5.1961 – 1 BvR 561/60, 579/60, 114/61 – BVerfGE 12, 354.

1128 BVerfG vom 17.7.1973 – 1 BvR 764/70, 215/71, 298/71, 764/70, 215/71, 298/71 – BVerfGE 35, 377.

der Aktien und der wirtschaftliche Erfolg von VW¹¹²⁹ erzwangen nämlich nach einhelliger Auffassung¹¹³⁰ Maßnahmen, um das Unternehmen vor Überfremdung zu schützen. „Der Aktionär muß Sicherheit vor unerwünschten Konzentrationen haben“.¹¹³¹ Selbst *Ludwig Erhard* meinte: „Gerade wenn ein Konzentrationsprozeß Platz greift [...] muß uns [...] um so mehr daran gelegen sein, daß dieser Konzentration gegenüber eine Dekonzentration der Besitz- und Eigentumsverteilung stattfindet“.¹¹³² Entsprechend enthielten alle Vorschläge zum Umgang mit VW protektionistische Elemente: von vinkulierten Namensaktien¹¹³³, über Stimmrechtsbeschränkungen auf den zwanzigtausendsten Teil des Stammkapitals¹¹³⁴, bis hin zur Umwandlung in eine gemeinwohlorientierte Stiftung mit „vorbildlicher Publizität“, deren Kuratoriumsmitglieder vom Bundespräsidenten ernannt werden sollten¹¹³⁵.

- 593 Dennoch sollte die schließlich gefundene Lösung nach damaliger Lesart nicht Eigentümerrechte ausschalten und Unternehmensorgane mit Vertretern politischer oder gewerkschaftlicher Mächte überfrachten, sondern den Eigentümern nur „Hilfestellung der öffentlichen Autorität“ geben, „um damit das Management und die Verwaltung in Kontrolle zu halten“.¹¹³⁶ Volkserziehung war also die Devise: Man wollte weiten Teilen der Bevölkerung Anteile am Unternehmen (anfangs 60 Prozent des Stammkapitals¹¹³⁷) anvertrauen, aber zugleich mit aller Macht verhindern, daß damit börsenüblich verkehrt würde:

„Um eine breite Streuung des Aktienbesitzes zu erhalten und die Erwerber an den Besitz von Aktien zu gewöhnen, ist eine Sperrfrist von zwei Jahren

1129 Vgl. Eckdaten bei *Hellwig*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/258 f.

1130 *Hellwig*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/263: „Es ist klar, daß die daraus entstehenden Vermögen einer weitgehenden Kontrolle unterliegen müssen, weil damit Macht verbunden ist“; *Elbrächter*, MdB (DP), BT-PlProt. 3/266 (D): „Wir wollen nicht, daß der Staat seine Schiedsrichterrolle aufgibt. [...] Leider besteht in unserer Zeit ein großer Zug zur wirtschaftlichen Konzentration. Das erfüllt alle Kollegen dieses Hauses, auf welcher Seite es auch sei, mit Sorge“; *Deist*, MdB (SPD), BT-PlProt. 2/10137: „Wir werden uns [...] gegen jede Regelung wenden, die die unternehmenspolitischen Entscheidungen privaten Händen überantwortet und der öffentlichen Hand nicht den erforderlichen Einfluß gewährt, weil das Volkswagenwerk sonst von privaten Großaktionären beherrscht wird und weil es auf dem Markt [...] eine entscheidende Stellung hat“; ebenso *ders.*, BT-PlProt. 3/269.

1131 *Elbrächter*, MdB (DP), BT-PlProt. 3/268 (A).

1132 BT-PlProt. 2/12603.

1133 BT-Drs. 2/2614 unter Nr. 5, aber auch Nr. 4: max. 25 Prozent Investmentanteil.

1134 BT-Drs. 2/3534 unter § 5 Abs. 4.

1135 Vorschlag der SPD, BT-Drs. 3/145.

1136 *Hellwig*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/263.

1137 § 5 VW-Gesetz aF., BGBl. I, 1960, 585.

vorgesehen [...] In der Regel wird es den meisten Aktionären nicht möglich sein, ihre Rechte [in der Hauptversammlung] selbst auszuüben [...] Der Entwurf modifiziert daher die geltenden Bestimmungen über die Vertretung bei der Stimmrechtsausübung“.¹¹³⁸

Natürlich durfte durch die Privatisierung und damit ermöglichte 594
Konsortienbildung nicht der Einfluß des Staates gefährdet werden: „Die öffentliche Hand hat da und dort eingegriffen, und wir stehen absolut dazu, daß sie das auch in Zukunft da und dort und in dieser Form tut. Warum sollte sie es auch nicht machen?“¹¹³⁹ Offensichtlich wurde dem Volk der jungen Bundesrepublik wenig Vertrauen in wirtschaftlichen Dingen entgegengebracht.¹¹⁴⁰ Der zweite Versuchsballon der jungen Marktwirtschaft nach Privatisierung der Preussag¹¹⁴¹ wurde in Gestalt der VW-Privatisierung deshalb nur behutsam und mit doppelter Sicherung steigen gelassen:

- Die neuen (Privat-)Aktionäre waren nichts mehr als bessere Sparanleger mit stark eingeschränkten Erwerbs- und Agitationsmöglichkeiten (z.B. Beschränkung des Stimmrechts auf den zehntausendsten Teil des Kapitals, §§ 2 und 3 VW-Gesetz a.F.)
- Die bisherigen staatlichen (Allein-)Inhaber behielten 40 Prozent des Kapitals (§ 5 VW-Gesetz a.F.) und das Steuer in der Hand (Sperrminorität bei qualifizierten Hauptversammlungsbeschlüssen, § 4 VW-Gesetz a.F.) und verteilten die Anteile nach ihren Regeln, nämlich nach sozialem Status und Betriebszugehörigkeit der Aktionäre (§§ 6 und 7 VW-Gesetz a.F.).

Angesichts dessen mutet es aus heutiger Sicht verwunderlich an, wenn im 595
Gegenzug behauptet wurde, daß durch das VW-Gesetz das Volkswagenwerk wieder „auf das weite Feld der freien Wirtschaft [gestellt wird], wo es arbeiten und schaffen soll“.¹¹⁴² Auch war man der Auffassung, daß damit

1138 Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses zu BT-Drs. 3/1680, S. 2; ähnlich schon *Erhard*, BMin Wirtschaft, BT-PlProt. 2/12602 f.;

1139 *Vogel*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 2/10141, der sich explizit für eine Sperrminorität des Bundes von 26 Prozent aussprach.

1140 *Barzel*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/5864, sah gerade in der Vertretungsbeschränkung bei der Stimmrechtsausübung ein probates Mittel, um „individuelle Verantwortung für das Schicksal seiner Gesellschaft“ zu wecken.

1141 Bereits im Frühjahr 1959 konnten Preussag-Volksaktien gezeichnet werden. Obwohl auch da der Belegschaft ein bevorzugtes Zeichnungsrecht eingeräumt wurde, hielt man ein „Preussag-Gesetz“ nicht für erforderlich, BVerfG vom 17.5.1961 – 1 BvR 561/60, 579/60, 114/61 – BVerfGE 12, 354 (356).

1142 *Dahlgrün*, MdB (FDP), BT-PlProt. 3/5845, der andererseits zutreffend auch nur von „Teilprivatisierung“ sprach; ebenso *Atzenroth*, MdB (FDP), BT-PlProt.

Eigentum „breit gestreut“ werde, „das nicht einen bloßen Geldwert hat, sondern das einen Einfluß sichert und damit wirtschaftlich interessant ist“.¹¹⁴³

d) Vergangenheitsbewältigung?

- 596 Nur am Rande der Beratungen zum VW-Gesetz wurde seitens der SPD die Vergangenheit des auch durch Zwangsarbeiter aufgebauten Unternehmens¹¹⁴⁴ zur Sprache gebracht:

„Zuerst muß gesagt werden, daß zum Entstehen des Volkswagenwerkes gezwungen oder ‚freiwillig‘ in damaliger Zeit breiteste Volkskreise haben beitragen müssen. Daher muß auch sichergestellt werden, daß das Ergebnis aller dieser Opfer nunmehr auch wirklich breitesten Volkskreisen zugute kommt“.¹¹⁴⁵

- 597 Gemeint war damit freilich nur die Forderung nach (noch) mehr sozial gelenkter Ausgabe der Volksaktien:

„Wir können sagen, daß in den vom Bund aus Kriegs- und Rüstungswirtschaft zweier Weltkriege übernommenen Staatsbetrieben Schweiß und Arbeitslohn der deutschen Arbeitnehmer stecken. Die Forderung, daß im Zuge der Privatisierung Preisabschläge beim Erwerb von Kapitalanteilen eingeräumt werden, erscheint uns daher sinnvoll“.¹¹⁴⁶

An Entschädigung oder Wiedergutmachung für NS-Unrecht mittels gruppenspezifischer Sonderregelungen bei der Privatisierung dachte damals niemand.

- 598 Nur der Einwand der Verwertung von NS-Tafelsilber zu Lasten der Gläubiger des NS-Regimes wurde aufgeworfen, aber umgehend zurückgewiesen: „Die Ansprüche der NS-Gläubiger werden von diesem Gesetz nicht berührt“.¹¹⁴⁷ *Ratio legis* des VW-Gesetzes war also die kontrollierte Überführung eines Staatsunternehmens in private Hände zum Zwecke der Einnahmenerzielung und Erziehung der Arbeiterschaft zu moderner Vermögensbildung. Die Entschädigung für NS-Unrecht war mit dem Gesetz nicht bezweckt. Die Tatsache, daß unter den privilegierten Erstzeichnern von VW-Aktien auch Opfer des NS-Regimes gewesen sind,

3/5855. Dagegen nahm *Deist*, MdB (SPD), BT-PlProt. 3/5846, den Einfluß der öffentlichen Hand gerade „mit Genugtuung“ zur Kenntnis.

1143 *Schmücker*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 3/5863.

1144 Eingehend *Mommsen/Krieger*, S. 406 ff., 516 ff., 711 ff.

1145 *Kurlbaum*, MdB (SPD), BT-PlProt. 3/256.

1146 *Mommer*, MdB (SPD), BT-PlProt. 3/277.

1147 *Blank*, MdB (CDU/CSU), BT-PlProt. 2/12588; vgl. § 13 des ersten Gesetzentwurfes der Regierungsfractionen, BT-Drs. 2/3534.

ist nicht mehr als eine zufällige Randerscheinung, denn sie haben gegenüber anderen Erstzeichnern keine Besserstellung erfahren.

2. Betroffene Unternehmen

Das VW-Gesetz erfaßt unmittelbar nur die Volkswagen AG mit Sitz in Wolfsburg. Mittelbar ist sein Einfluß indes wesentlich weitreichender, da auch alle VW-Tochterunternehmen (u.a. Audi, Skoda, Scania, Seat, Bentley, Bugatti, Lamborghini, Porsche¹¹⁴⁸)¹¹⁴⁹ aus Wolfsburg gelenkt werden und der Einfluß von Vorstand und Aufsichtsrat bei VW somit weit über den eigentlichen Volkswagenbetrieb, ja weit über die Landesgrenzen hinaus reicht. 599

3. Sondermitbestimmung

a) Sondermitbestimmung bis 10. Dezember 2008

Das VW-Gesetz umfaßte in seiner bis zum 10. Dezember 2008 geltenden Fassung folgende mitbestimmungsrelevante Regelungen: 600

- Die Bundesrepublik Deutschland und das Land Niedersachsen sind berechtigt, je zwei Aufsichtsratsmitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, solange ihnen Aktien der Gesellschaft gehören (§ 4 Abs. 1 VW-Gesetz a.F.).
- Die Errichtung und die Verlegung von Produktionsstätten bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats mit Zwei-Drittel-Mehrheit (§ 4 Abs. 2 VW-Gesetz a.F.).
- Beschlüsse der Hauptversammlung, für die nach dem AktG mindestens eine Drei-Viertel-Mehrheit erforderlich ist, bedürfen einer Mehrheit von mehr als vier Fünftel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§ 4 Abs. 3 VW-Gesetz a.F.).

1148 Seit 7.12.2009 ist VW mit 49,9 Prozent über die Porsche Zwischenholding GmbH an der Porsche AG beteiligt. Die übrigen Anteile werden ebenfalls über die Porsche Zwischenholding GmbH von der Porsche Automobil Holding SE gehalten. Im Jahr 2011 sollen die Volkswagen AG und die Porsche Automobil Holding SE verschmolzen werden (<http://geschaeftsbericht2009.volkswagenag.com/corporategovernance/strukturundgeschaefstaetigkeit/unternehmensstruktur.html>, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

1149 Vgl. Anteilsbesitzbericht gem. §§ 285 und 313 HGB vom 31.12.2009 (abrufbar unter www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/info_center/de/publications/2010/03/Anteilsbesitz.-bin.acq/qual-BinaryStorageItem.Single.File/Anteilsbesitz%2031.12.2009.pdf, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

- Niemand darf in der Hauptversammlung das Stimmrecht für mehr als den fünften Teil des Grundkapitals ausüben (§ 3 Abs. 5 VW-Gesetz a.F.).

b) Verbliebene Sondermitbestimmung

- 601** In (Teil-)Umsetzung eines EuGH-Urteils¹¹⁵⁰ aus dem Jahre 2007 wurden die Bestimmungen über die Stimmrechtsbeschränkungen und die Sonderentsendungsrechte des Bundes und des Landes Niedersachsen mit Wirkung zum 11. Dezember 2008 gestrichen.¹¹⁵¹ Damit verbleiben folgende Sondermitbestimmungsregelungen:
- Die Errichtung und die Verlegung von Produktionsstätten bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats mit Zwei-Drittel-Mehrheit (§ 4 Abs. 2 VW-Gesetz).
 - Beschlüsse der Hauptversammlung, für die nach dem AktG eine Drei-Viertel-Mehrheit des vertretenen Grundkapitals erforderlich ist, bedürfen einer Mehrheit von mehr als 80 Prozent des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§ 4 Abs. 3 VW-Gesetz).
 - Niemand darf in der Hauptversammlung das Stimmrecht für mehr als den fünften Teil des Grundkapitals ausüben (§ 3 Abs. 5 VW-Gesetz.).
- 602** Die zwei Vertreter des Landes Niedersachsen im VW-Aufsichtsrat gehen heute nicht mehr auf Sonderentsendungsrechte aus dem VW-Gesetz zurück, sondern beruhen auf einer Neufassung der VW-Satzung und einem entsprechenden Kapitalanteil des Landes von knapp über 20 Prozent.¹¹⁵² § 11 Abs. 2 Satz 2 VW-Satzung bestimmt nun: „Das Land Niedersachsen ist berechtigt, zwei Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, solange dem Land Niedersachsen unmittelbar oder mittelbar mindestens 15 Prozent der Stammaktien der Gesellschaft gehören“.¹¹⁵³ Dieser Satzungsbestimmung kann nicht mehr der Vorwurf gemacht werden, auf keiner autonomen Entscheidung der Hauptversammlung zu beruhen, wie es für die Vorgängervorschrift in § 12 VW-Satzung a.F.

1150 EuGH vom 23.10.2007 – C-112/05 (*VW-Gesetz*) – Slg. 2007, 8995.

1151 BGBl. I 2008, 2369.

1152 Am 31.12.2009 hielt das Land Niedersachsen von insgesamt 295.005.397 Stammaktien 59.022.310 (440 direkt, 59.021.870 über die landeseigene Hannoversche Beteiligungsgesellschaft mbH), vgl. Jahresabschluß der Volkswagen AG und Anteilsbesitz zum 31.12.2009. (www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/content/de/investor_relations/share/Shareholder_Structure.html, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

1153 Gemäß Hauptversammlungsbeschluß vom 3.12.2009 – konstitutive Eintragung ins Handelsregister (§ 181 Abs. 3 AktG) steht noch aus.

angenommen wurde.¹¹⁵⁴ Das „Verdikt der staatlichen Maßnahme“¹¹⁵⁵ ist damit wenigstens dem Sonderentsendungsrecht genommen.

c) Wirkungsweise

Das VW-Gesetz hat bis heute folgende Wirkungen auf die Mitbestimmung **603** im Unternehmen:

- Die Stimmrechtsbeschränkung auf den fünften Teil des Grundkapitals (Höchststimmrecht) entmacht die Hauptversammlung und stärkt tendenziell die Unternehmensorgane, weswegen es zum einen als Abwehrinstrument gegen unabhingestimmte Übernahmen, zum anderen als Schutzinstrument der Publikumsaktionäre vor einflußreichen Konsortien angesehen wird.¹¹⁵⁶ Freilich greift die Beschränkung nur bei Entscheidungen, für die Gesetz oder Satzung *Stimmenmehrheit* verlangen, während sie für die meist wesentlich wichtigeren *Kapitalmehrheiten* ohne Auswirkungen bleibt.¹¹⁵⁷
- Die Errichtung und Verlegung von Produktionsstandorten kann **604** nicht gegen den Willen von sieben der zwanzig Aufsichtsratsmitglieder, d.h. vor allem nicht gegen die Arbeitnehmerbank, beschlossen werden (§ 4 Abs. 2 VW-Gesetz iVm. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MitbestG).
 - Diese gesetzliche Zustimmungspflicht gilt zunächst nur für **605** eigene Produktionsstätten der Volkswagen AG, nicht auch für solche ihrer Tochtergesellschaften, denn das VW-Gesetz gilt ausweislich seines § 1 Abs. 1 nur für die Volkswagen AG. Durch Satzung oder Aufsichtsratsbeschluß können nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG aber auch Standortentscheidungen bei Tochterunternehmen, soweit von der Weisungsmacht der Konzernleitung im Einzelfall umfaßt, als Maßnahmen der Geschäftsführung der Volkswagen AG zustimmungspflichtig gemacht werden. § 15 Abs. 4 VW-Satzung enthält auch eine § 4 Abs. 2 VW-Gesetz entsprechende Regelung, welche für die „Errichtung und Verlegung von Produktionsstätten“ (ohne nähere Spezifizierung) eine Zustimmung des VW-Aufsichtsrats mit Zwei-Drittel-Mehrheit erfordert. Für eine Beurteilung der Zustimmungspflicht des VW-Aufsichtsrats bei Errichtung und Verlegung von Produktionsstätten anderer Konzernmarken

1154 *Holle*, AG 2010, 14 (19); *Teichmann/Heise*, BB 2007, 2577 (2578 f.).

1155 *Holle*, AG 2010, 14 (19).

1156 *H. Krause*, NJW 2002, 2747 (2749 f.); *Otto*, AG 1994, 167 (173 ff.).

1157 § 134 Abs. 1 Satz 6 AktG; *MüKo-AktG/Heider*, § 12 Rn. 37.

(z.B. SEAT oder Audi) müssten die konkreten Beherrschungsverhältnisse zu diesen Konzernsparten bekannt sein, die jedoch nicht veröffentlicht sind. Empirisch läßt sich nur feststellen, daß beispielsweise das Indien-Projekt 2006 der Zustimmung des VW-Aufsichtsrats bedurfte, obwohl das in Pune zu errichtende Werk von der Volkswagen India Private Ltd. betrieben wird und neben dem VW Polo auch den Skoda Fabia produziert.¹¹⁵⁸ Auch der Errichtung der Motorenfabrik in Chattanooga/Tennessee hatte der VW-Aufsichtsrat zuzustimmen, obwohl dieser Standort von der Volkswagen Group of America LLC betrieben werden wird.¹¹⁵⁹ Die Volkswagen AG betreibt nur ihre westdeutschen Produktionsstätten selbst (Wolfsburg, Braunschweig, Hannover, Salzgitter, Emden, Kassel), während die übrigen Produktionsstätten der Marke „VW“ in selbständigen Tochterunternehmen betrieben werden (z.B. Chemnitz, Zwickau, Dresden, Pamplona, Cordoba, Bratislava)¹¹⁶⁰. Zu den „Produktionsstätten“ im Sinne des § 15 Abs. 4 VW-Satzung zählt jedes Werk, dessen Errichtung und Verlegung von der Konzernleitungsmacht der Volkswagen AG umfaßt ist. Dies wird in erster Linie für Produktionsstätten zutreffen, welche überwiegend für die Marke „VW“ produzieren, gleich ob sie als eine rechtlich verselbständigte Tochtergesellschaft oder eine unselbständige Niederlassung unterhalten werden. Auch die Belegenheit der Produktionsstätte ist unerheblich.

- 606 ○ Die Arbeitnehmervertreter im VW-Aufsichtsrat haben folglich ein welt- und zumindest auch markenweites Veto-Recht gegen die Errichtung und Verlegung von Produktionsstätten. Arbeitskämpfe um Standortverlagerungen sind bei VW insofern nicht notwendig, da an den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat vorbei ohnehin keine Entscheidung getroffen werden kann. Allerdings werden die Arbeitnehmervertreter im deutschen Aufsichtsrat nur von den in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern gewählt (diskriminierende Wir-

1158 www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/info_center/de/news/2006/11/agreement_for_volkswagen_plant_in_india_signed.html, zuletzt abgerufen am 21.11.2010.

1159 www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/info_center/de/news/2008/07/US_Tennessee.html, zuletzt abgerufen am 21.11.2010.

1160 Stand: 31.12.2009, www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/content/de/the_group/production_plants.html, zuletzt abgerufen am 21.11.2010.

kung des deutschen Mitbestimmungsrechts¹¹⁶¹). Arbeitnehmer ausländischer Standorte können also durchaus ein Protestbedürfnis entwickeln, weil eine Entscheidung der deutschen Arbeitnehmervertreter nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten ohne Ansehung ihrer eigenen nationalen und regionalen (vor allem niedersächsischen¹¹⁶²) Interessen schwer vorstellbar ist.

- Selbst ein „Beharrungsbeschluß“ der Hauptversammlung nach § 114 Abs. 4 Satz 3 AktG, der mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen *Stimmen* das Votum (in Standortfragen: Veto) des Aufsichtsrats ersetzen kann, ist bei VW für Großaktionäre durch die Stimmrechtsbeschränkung verstellt. § 111 Abs. 4 Satz 5 AktG verbietet als *lex posterior*¹¹⁶³ nur eine abweichende Mehrheitsregelung. 607
- Die Absenkung der Sperrminorität für qualifizierte Hauptversammlungsbeschlüsse auf 20 Prozent des bei der Beschlußfassung anwesenden Grundkapitals verhindert, daß Gewinnabführungs- oder Beherrschungsverträge gegen den Willen einer 20-Prozent-Minderheit abgeschlossen werden (§ 293 Abs. 1 AktG). Gleiches gilt für Satzungsänderungen (§ 179 Abs. 2 Satz 1 AktG). Das ganze Ausmaß dieser gesetzlichen Sonderregelung erschließt sich, wenn die Beteiligung des Landes Niedersachsen an VW von 20 Prozent in die Betrachtungen einbezogen wird. Damit kann der Staat in Gestalt des Landes trotz eines Kapitalanteils, der nach allgemeinem Aktienrecht keine Sperrminorität begründen würde, dank § 4 Abs. 3 VW-Gesetz dennoch verhindern, daß ein privater Investor „die Herrschaft im Hause VW“ übernimmt.¹¹⁶⁴ 608

d) Mitbestimmungswirkung staatlicher Kapitalbeteiligung

Ob die bloße Kapitalbeteiligung des Staates an privatwirtschaftlichen Unternehmen Mitbestimmungsrelevanz entfaltet, die über die allgemeinen Statuten hinausreicht, ist eine Frage der Weisungsgebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder der öffentlichen Hand: Sie könnten 609

1161 MüKo-AktG/*Gach*, § 3 MitbestG Rn. 19.

1162 Exemplarisch der Entschließungsantrag der SPD-Fraktion im niedersächs. Landtag vom 6.11.2007, LT-Drs. 15/4183, die Landesregierung möge prüfen, „wie die Sicherung des Konzernsitzes als Entscheidungszentrale im Land Niedersachsen erfolgen kann“.

1163 § 111 Abs. 4 Satz 3 und 5 AktG wurden 1965 neu eingefügt, während vorher die h.M. bei satzungsmäßig festgelegten Zustimmungspflichten ein Letztentscheidungsrecht des Aufsichtsrats annahm; GK-AktG/*Hopt/Roth*, § 111 Rn. 8.

1164 *Teichmann/Heise*, BB 2007, 2577.

entweder dem Unternehmenswohl oder den Weisungen der sie entsendenden Instanz (in aller Regel der Regierung) unterliegen. Dies war schon in den Beratungen zum VW-Gesetz umstritten.¹¹⁶⁵ Nach heutiger Auffassung sind Aufsichtsratsmitglieder grundsätzlich nur auf das Unternehmensinteresse verpflichtet.¹¹⁶⁶ Weisungen, die sie seitens des sie entsendenden Hoheitsträgers erhalten, sind für sie nicht bindend, sondern nur eine Empfehlung, die der Verpflichtung auf das Unternehmenswohl freilich nachrangig ist.¹¹⁶⁷ Deswegen sind Repräsentanten einer an der Gesellschaft beteiligten Anstalt oder Körperschaft des öffentlichen Rechts (wie z.B. eines Bundeslandes) prinzipiell zulässige Aufsichtsräte, ja sehen §§ 394, 395 AktG sogar für Repräsentanten von Gebietskörperschaften spezielle Maßgaben über die Verschwiegenheitspflicht vor.¹¹⁶⁸

- 610** Freilich wird der öffentliche Mandatsträger geneigt sein, die spezifischen Interessen der von ihm repräsentierten Einrichtung, die sich nicht zwangsläufig mit dem Unternehmensinteresse decken, in die Aufsichtsratsberatungen einzubringen.¹¹⁶⁹ Nehmen ein Ministerpräsident und sein (Wirtschafts-)Minister höchstpersönlich das Aufsichtsratsmandat wahr, sind politische und wahltaktische Ingerenzen vorprogrammiert. Kein Politiker wird unpopulären Entscheidungen (insbesondere inländischen Standortschließungen oder -verlagerungen ins Ausland) zustimmen, wenn er wiedergewählt werden möchte. In der Außendarstellung heißt es dann freilich, Unternehmenswohl und Landeswohl fielen eben zusammen.¹¹⁷⁰
- 611** Um dem vorzubeugen wird sogar verfassungsrechtlich der Grundsatz der Inkompatibilität von Ministeramt und Aufsichtsrats Tätigkeit aufgestellt. Art. 66 GG ordnet an (entsprechend auch § 5 Abs. 1 BMinG):

„Der Bundeskanzler und die Bundesminister dürfen kein anderes besoldetes Amt, kein Gewerbe und keinen Beruf ausüben und weder der Leitung noch ohne Zustimmung des Bundestages dem Aufsichtsrat eines auf Erwerb gerichteten Unternehmens angehören“.

In Art. 34 Abs. 2 NdsVerf hat der Grundsatz auch Niederschlag gefunden, allerdings kann sich dort die Landesregierung selbst entbinden:

1165 *Lindrath*, BMin für wirtschaftliche Beteiligungen des Bundes, BT-PIProt. 3/1641.

1166 Nachweise in Fn. 861 (S. 225).

1167 *Meier*, NZG 2003, 54 (56).

1168 *MüKo-AktG/Habersack*, § 100 Rn. 60.

1169 *MüKo-AktG/Habersack*, § 100 Rn. 67.

1170 Auf dieser Vorstellung beruht auch der Entschließungsantrag der SPD-Fraktion im niedersächs. Landtag vom 6.11.2007, LT-Drs. 15/4183; unkritisch dagegen *Meier*, NZG 2003, 54 (57).

„Die Mitglieder der Landesregierung dürfen kein anderes besoldetes Amt, kein Gewerbe und keinen Beruf ausüben und weder der Leitung noch dem Aufsichtsrat eines auf Erwerb gerichteten Unternehmens angehören. Die Landesregierung kann Ausnahmen zulassen, insbesondere für die Entsendung in Organe von Unternehmen, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist. Jede Ausnahme ist dem Landtag mitzuteilen“.¹¹⁷¹

Die Entbindung von der Inkompatibilitätsregelung erfolgt regelmäßig bereits dann, wenn der Bund oder das Land an einem Unternehmen beteiligt ist.¹¹⁷² In Reaktion darauf hat der BGH Körperschaften des öffentlichen Rechts als potentiell herrschende Unternehmen im Sinne des § 17 AktG eingeordnet, auch wenn sie neben der Beteiligung an der Gesellschaft keine anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung aufweisen: 612

„Dieser Ausdehnung des Unternehmensbegriffs für den Bereich privatwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand bedarf es, um der Gefahr einer einseitigen Förderung öffentlicher Aufgaben und politischer Ziele zu Lasten von Minderheitsaktionären begegnen zu können. Denn anders als bei privaten Aktionären ist bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Regelfall davon auszugehen, daß sie sich bei der Ausübung ihres Einflusses auf die beherrschte AG nicht nur von typischen Aktionärsinteressen, sondern auch von anderen Interessen leiten lassen, nämlich solchen, die aus ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellung herrühren. Diese Interessenkollision ist von der gleichen Art wie der Konflikt, den das Konzernrecht steuern soll“.¹¹⁷³

Das BVerfG hat anlässlich einer Vorlage des LG Berlin zur Inkompatibilität von Abgeordnetenmandat und Mitgliedschaft im Vorstand einer vom Land beherrschten AG ebenso entschieden: 613

„Entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts beschränkt Art. 137 Abs. 1 GG eine Inkompatibilität zwischen dem Abgeordnetenmandat und der

1171 Strenger Art. 57 BayVerf: „Der Ministerpräsident, die Staatsminister und die Staatssekretäre dürfen ein anderes besoldetes Amt, einen Beruf oder ein Gewerbe nicht ausüben; sie dürfen nicht Mitglieder des Aufsichtsrats oder Vorstands einer privaten Erwerbsgesellschaft sein. Eine Ausnahme besteht für Gesellschaften, bei denen der überwiegende Einfluß des Staates sichergestellt ist“. Ähnlich Art. 62 Abs. 2 SächsVerf: „Die Mitglieder der Staatsregierung dürfen kein anderes besoldetes Amt, keinen Beruf und kein Gewerbe ausüben. Sie dürfen nicht dem Aufsichtsrat oder dem Vorstand einer privaten Erwerbsgesellschaft angehören. Eine Ausnahme besteht für Gesellschaften, bei denen der überwiegende Einfluß des Staates sichergestellt ist. Die Staatsregierung gibt dem Landtag jede Übernahme einer Funktion gemäß Satz 3 bekannt. Weitere Ausnahmen kann die Staatsregierung mit Zustimmung des Landtages zulassen“.

1172 Meier, NZG 2003, 54 (56).

1173 BGH vom 17.3.1997 – II ZB 3/96 – NJW 1997, 1855 (1856).

Wahrnehmung einer leitenden Funktion in einem von der öffentlichen Hand beherrschten Unternehmen nicht auf die Unternehmen, in denen der Staat als Mehrheitsaktionär auch über die Mehrheit im Aufsichtsrat verfügt. [...] Dies steht in Übereinstimmung mit § 17 Abs. 2 AktG, wonach von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen [nur] vermutet wird, daß es von dem Mehrheitsaktionär abhängig ist. [...] Im übrigen bestehen die nach Art. 137 Abs. 1 GG erheblichen Interessenkollisionen bei einer maßgeblichen Beteiligung der öffentlichen Hand an einem privatrechtlichen Unternehmen auch unabhängig von der rechtlichen Möglichkeit des Landes, über eine Mehrheit im Aufsichtsrat auf das Unternehmen Einfluß zu nehmen. Die Mitglieder des Vertretungsorgans eines privatrechtlichen Unternehmens, an dem der Staat mehrheitlich beteiligt ist, unterliegen hinsichtlich ihrer Unternehmensführung besonderer Beobachtung der öffentlichen Hand, denn diese hat dem Volk gegenüber auch eine Mehrheitsbeteiligung an einem privatrechtlichen Unternehmen zu verantworten“.¹¹⁷⁴

- 614 In Konsequenz dessen hat der BGH dem Land Niedersachsen für das Geschäftsjahr 1993 einen beherrschenden Einfluß im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG auf die Volkswagen AG auch ohne Mehrheitsbesitz nach § 17 Abs. 2 AktG zugesprochen und die Erstellung eines Abhängigkeitsberichts nach § 312 Abs. 1 AktG gefordert:

„[Das Land Niedersachsen] hatte in der für das Geschäftsjahr 1993 durchgeführten Hauptversammlung im fünften aufeinanderfolgenden Jahr mit seiner Beteiligung von 20 Prozent die Mehrheit der Stimmrechte der in der Hauptversammlung vertretenen Aktionäre. Hinzu kommt, daß das Land Niedersachsen mit zwei Mandaten im Aufsichtsrat der VW-AG vertreten ist. Daraus ergeben sich [...] zusätzliche Möglichkeiten, auf die Geschäftspolitik der Gesellschaft Einfluß zu nehmen. Diese Umstände reichen aus, um aus der Sicht der VW-AG die Möglichkeit einer beständigen und umfassenden Einflußnahme auf das Unternehmen bejahen zu können“.¹¹⁷⁵

- 615 Damit wurde Niedersachsen höchstrichterlich bescheinigt, auf Volkswagen einen solchen Einfluß zu haben, der mitbestimmungsrechtlich unter normalen Umständen die Konzernzurechnung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG i.V.m. § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG auslösen würde, wenn das „Unternehmen Niedersachsen“ der privatrechtlichen Unternehmensmitbestimmung zugänglich wäre. Dies scheidet freilich nicht erst aus Tendenzschutzgründen (§ 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 MitbestG – überwiegend politische Bestimmung), sondern bereits daran, daß Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht zu den mitbestimmungstauglichen Rechtsformen zählen. Für

1174 BVerfG vom 5.6.1998 – 2 BvL 2/97 – NZG 1998, 942 (944).

1175 BGH vom 17.3.1997 – II ZB 3/96 – NJW 1997, 1855 (1857).

sie gilt statt dessen das Personalvertretungsrecht (hier: § 1 Abs. 1 NdsPersVG).¹¹⁷⁶

Dennoch läßt sich die Verfolgung unternehmensfremder Interessen durch staatliche Aufsichtsratsmitglieder, wie auch der BGH und das BVerfG bestätigt haben, nicht abstreiten. Auch wenn die Aufsichtsratsmandate der öffentlichen Hand auf ihre Kapitalbeteiligung (und nicht mehr auf gesetzliche Sonderentsendungsrechte) zurückgehen und damit formal nicht die letztlich maßgebliche Einflußnahme der Anteilseigner auf ein quasi-paritätisch mitbestimmtes Unternehmen ausgeschlossen wird, sind es nur die staatlichen Mandatsträger, die – im Gegensatz zu allen anderen Anteilseignervertretern – ein überschießendes Interesse daran haben, den (nationalen) Arbeitnehmerinteressen den Vorzug zu geben, weil dahinter typischerweise bedeutend mehr Wählerstimmen vermutet werden, als hinter Anteilseignerinteressen. Ein geschlossenes Überstimmen der Arbeitnehmerbank durch die Anteilseigner im Wege der Ausübung des Doppelstimmrechts wird es in einem Unternehmen, das – wie Volkswagen – Vertreter der öffentlichen Hand im Aufsichtsrat auf Anteilseignerseite sitzen hat, die quasi unmittelbarer demokratischer Legitimation durch Wahlen bedürfen,¹¹⁷⁷ praktisch nie geben. Solange die Einflußnahme auf eine entsprechende Kapitalbeteiligung zurückgeht, wird allerdings das vom BVerfG aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG geforderte Letztentscheidungsrecht der Anteilseigner¹¹⁷⁸ nicht in Frage gestellt. Ebenso steht es jedem Arbeitnehmer frei, so viele Anteile an seinem Arbeitgeber zu erwerben, daß er dort *als Anteilseigner* einen Aufsichtsratssitz bekommt und dann mit seinen Kollegen die „überparitätische“ Mitbestimmung praktiziert. 616

II. Rechtfertigung der Sondermitbestimmung

Es ist nun zu untersuchen, warum der Volkswagen AG eine sondergesetzliche Regelung widerfährt, die allen übrigen Kapitalgesellschaften deutschen Rechts, insbesondere vergleichbaren Automobilkonzernen, vorenthalten bleibt. Warum gilt für Volkswagen nicht allgemeines Recht? Worin liegt der vor Art. 3 Abs. 1 GG erforderliche sachliche Rechtfertigungszusammenhang für die Ungleichbehandlung von Volkswagen gegenüber anderen Groß- und Automobilkonzernen, die in derselben Rechtsform organisiert sind? 617

1176 Freilich ist nicht das Land selbst, sondern nur seine Verwaltung der Personalvertretung zugänglich.

1177 Unmittelbar demokratisch legitimiert sind in der deutschen Demokratie-tradition indes nur die Parlamente, welche die Regierungen wählen.

1178 Dazu Rn. 49 ff.

1. Enteignetes Gewerkschaftsvermögen

- 618 Das VW-Gesetz und der dadurch begründete Sonderstatus des Unternehmens werden heute gemeinhin damit gerechtfertigt, daß das VW-Werk im Nationalsozialismus durch enteignetes Gewerkschaftsvermögen aufgebaut worden sei.¹¹⁷⁹ Die Veräußerungserlöse aus dem im Mai 1933 von den Nationalsozialisten in Beschlag genommenen Liegenschaften und Unternehmungen sollen sogar den Aufbau des VW-Werkes überhaupt erst ermöglicht haben. Daß die Gewerkschaften schließlich nach Kriegsende auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet hätten, sei allein der erweiterten Mitbestimmung des VW-Gesetzes zu verdanken.¹¹⁸⁰ Der Glaube an den „gewerkschaftseigenen Betrieb“ VW reicht bei dem IG-Metall-Vorsitzenden *Berthold Huber* besonders weit: „Jedem, der Anteile an Volkswagen erwirbt, muß diese historische Verantwortung bewußt sein“. „Der Kapitalismus muß zivilisiert werden“.¹¹⁸¹ Im niedersächsischen Landtag wird verkündet: „Volkswagen heißt so, weil es dem Volk gehört“.¹¹⁸² Im Bundestag wird sogar von einer „Herzensangelegenheit“ und einem „Stück deutscher Identität“ gesprochen.¹¹⁸³ Auch der Generalanwalt am EuGH *Ruiz-Jarabo Colomer*¹¹⁸⁴ läßt sich von der Legende vereinnahmen und kann gut verstehen, „daß viele Bürger [...] in der Vertragsverletzungsklage der Kommission [...] nicht nur die Kritik an einer nationalen Regelung, sondern auch einen Angriff auf ein Symbol der deutschen Lebensweise, einen wahrhaft modernen Mythos, sehen“.¹¹⁸⁵

a) Das Volkswagen-Projekt

- 619 Die zivile Massenmotorisierung der Deutschen war *Hitler* stets ein besonderes Anliegen. Bereits 1934 erhielt die Porsche GmbH den Auftrag

1179 *B. Huber*, FAZ vom 5.3.2008 (Nr. 55), S. 15 („Die historische Verantwortung für VW“); *ders.*, SZ vom 11.3.2008, S. 24 („Der Kapitalismus muss zivilisiert werden“); *GA Colomer*, Schlußanträge vom 13.2.2007 – C-112/05 – *Kommission/Deutschland*, Rn. 22; BMJ-Dossier zum VW-Gesetz (abrufbar unter: www.bmj.de/enid/Handels-_und_Wirtschaftsrecht/VW-Gesetz_1jo.html, zuletzt abgerufen am 21.11.2010); auch *Kilian* will VW aus „historischen Gründen“ einen Sonderstatus zuerkennen, FAZ vom 6.11.2009 (Nr. 258), S. 14 („Wem gehört Volkswagen?“).

1180 *B. Huber*, SZ vom 11.3.2008, S. 24 („Der Kapitalismus muss zivilisiert werden“).

1181 *B. Huber*, SZ vom 11.3.2008, S. 24 („Der Kapitalismus muss zivilisiert werden“).

1182 *Schneck* (SPD), MdL Niedersachsen, LT-Drs. StB 16/3, 9.4.2008, S. 123 f.

1183 *Grosse-Brömer* (CDU), MdB, BT-PlProt. 16/20097.

1184 Verstorben am 12.11.2009.

1185 *GA Colomer*, Schlußanträge vom 13.2.2007 zu EuGH – C-112/05 (*VW-Gesetz*) – Slg. 2007, 8997 (Rn. 2).

zur Entwicklung eines bezahlbaren Volkswagens.¹¹⁸⁶ Das damit verbundene Kostenproblem – der Stückpreis sollte maximal 1.000 RM betragen – veranlaßte *Franz Josef Popp* (BMW-Begründer und -Vorstandsvorsitzender) 1936 zu dem Vorschlag, der aufstrebenden Deutschen Arbeitsfront (DAF) das Projekt zu übertragen. Sein Ziel war es vor allem, den potentiellen Käuferkreis des Volkswagens auf DAF-Mitglieder zu beschränken und so den privaten Automobilmarkt zu schützen.¹¹⁸⁷ Obgleich ein von der DAF in Auftrag gegebenes Gutachten diesen Vorschlag durchweg ablehnend beurteilte¹¹⁸⁸, übernahm die DAF offiziell im Februar 1937 auf Geheiß des Führers das prestigeträchtige VW-Projekt¹¹⁸⁹ und gründete im Mai desselben Jahres zur Planung und technischen Entwicklung des Volkswagens die „Gesellschaft zur Vorbereitung des Deutschen Volkswagens mbH“ (Gezuvor).¹¹⁹⁰ Nach der Grundsteinlegung am 26. Mai 1938 auf freiem Feld bei Fallersleben waren die ersten Werkshallen bereits im Herbst 1939 fertig gestellt und konnten – aufgrund des Kriegsbeginns – sogleich in die Rüstungsproduktion einsteigen. Der zivile „KdF-Wagen“ selbst lief nur in verschwindend geringer Stückzahl vom Band.

b) Kosten und Finanzierung

Die Kosten für das zu errichtende VW-Werk wurden von *Bodo Lafferentz* 620 (Leiter des zuständigen KdF-Amtes „Reisen, Wandern, Urlaub“ und einer der drei Geschäftsführer der Gezuvor) 1937 auf insgesamt rund 345 Millionen RM zzgl. der Aufwendungen für den geplanten Siedlungsbau in unmittelbarer Fabriknähe geschätzt.¹¹⁹¹ Ein Finanzierungsvorschlag von DAF-Leiter *Robert Ley* vom April 1938, der Kreditaufnahmen bei Sparkassen und Sozialversicherungsanstalten in Höhe von 200 Millionen RM vorsah, stieß beim Reichswirtschaftsministerium auf Ablehnung, da weder eine finanzielle Beteiligung der DAF-Hausbank „Bank der Deutschen Arbeit“ (BDDA) noch der DAF-nahen Versicherungsgesellschaften vorgesehen war.¹¹⁹² Daraufhin entschloß man sich, das VW-Werk doch nicht drittzufinanzieren, sondern die DAF-Vermögensträgergesell-

1186 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 132.

1187 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 119 ff.

1188 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 123 f.

1189 DAF-Leiter *Ley* mußte die Betrauung „vor dem Hintergrund seiner angeschlagenen Reputation geradezu als ‚deus ex machina‘ erscheinen“, *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 131.

1190 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 133.

1191 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 203 ff., erachten die Schätzung als sehr optimistisch. Für die Wohnungsbauten veranschlagte die DAF für die Jahre 1939 und 1940 zusätzlich rund 72 Mio. RM; *Marrenbach*, Fundamente des Sieges, S. 386.

1192 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 207.

schaften, „Treuhandgesellschaft für die wirtschaftlichen Unternehmungen der DAF“ (TWU) und „Vermögensverwaltung der DAF“ (VV), in die Verantwortung zu nehmen. Damit erreichte man auch, daß die Leitungsorgane des Unternehmens nicht mit Außenstehenden besetzt werden mußten.¹¹⁹³

- 621** Das erste Stammkapital der Gezuvor in Höhe von 50 Millionen RM wurde im Herbst 1937 noch von der DAF-Hausbank BDDA darlehensweise bereitgestellt.¹¹⁹⁴ TWU und VV, deren ursprüngliche Aufgabe sich auf die treuhänderische Verwaltung der 1933 beschlagnahmten¹¹⁹⁵ Gesellschaften und Grundstücke der Gewerkschaften als „Pfründe zur Versorgung alter Kämpfer“ beschränkte¹¹⁹⁶, kamen erst Ende 1937 ins Spiel, als sie zur Verwertung des Gewerkschaftsvermögens per Gesetz ermächtigt wurden.¹¹⁹⁷ Obzwar *Ley* ausdrücklich verlangte, die aus der Veräußerung des Gewerkschaftsvermögens erzielten Erlöse „insbesondere zur Errichtung des geplanten Volkswagenwerkes“ zu verwenden¹¹⁹⁸, sollte sich die Verwertung schwierig gestalten: Zum einen liefen die Verkäufe der enteigneten Liegenschaften nicht so zügig wie erhofft, da in vielen Fällen erst die Widerstände der bislang nutzungsberechtigten lokalen DAF- und Parteidienststellen überwunden werden mußten. Zum andern blieben auch die Gewinne hinter den Erwartungen zurück, da die VV professionelle Makler beauftragte und dabei Erlöse akzeptierte, die durchschnittlich 10 Prozent unter dem Verkehrswert lagen.¹¹⁹⁹
- 622** Die unmittelbar nach Kriegsende besatzungsbehördlich erstellte „List of Properties sold by VV“¹²⁰⁰ belegt Grundstücksverkäufe durch die VV im Wert von insgesamt 40 Millionen RM, wovon bis zur letzten Stammkapitalerhöhung der VW-Werk GmbH 1941 aber erst ca. 20 Millionen RM realisiert waren.¹²⁰¹ Da sich das Gewerkschaftsvermögen seinerzeit fast ausschließlich aus Liegenschaften zusammensetzte¹²⁰², können diese

1193 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 209.

1194 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 206.

1195 Vgl. Gesetz über die Einziehung kommunistischen Vermögens vom 26.5.1933, RGBl. I, 293; erstreckt durch Gesetz über die Einziehung volks- und staatsfeindlichen Vermögens vom 14.7.1933, RGBl. I, 479.

1196 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 128.

1197 Gesetz über Gewährung von Entschädigungen bei der Einziehung oder dem Übergang von Vermögen vom 9.12.1937, RGBl. I, 1333.

1198 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 211.

1199 Berechnung von *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 211.

1200 Vom 24.7.1945, erstellt von der *Reparations, Deliveries & Restitution Division* basierend auf den Verkaufsübersichten der VV, welche jedoch nicht ganz vollständig waren; vgl. *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 210 mit Fn. 23.

1201 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 211 mit Fn. 25.

1202 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 209 f.

Zahlen als Richtwerte des insgesamt veräußerten Gewerkschaftsvermögens angesehen werden.

Freilich darf nicht übersehen werden, daß auch Arbeitgeberverbände 623 Opfer nationalsozialistischen Enteignungsunrechts gewesen sind und ihr Vermögen ebenso durch die VV verwertet wurde.¹²⁰³ „Die DAF wurde für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände letztlich zu einem gemeinsamen Grab“.¹²⁰⁴ Das Vermögen der Verbände wurde jedoch rechtzeitig vor der Enteignung verbandsseitig weitgehend an die Mitglieder rückgeführt.¹²⁰⁵

Doch die DAF war auch ohne die nicht gerade sprudelnden Veräußerungserlöse finanziell gut ausgestattet. Als ihr 1937 das VW-Projekt übertragen wurde, verfügte sie nämlich bereits über ein geschätztes Gesamtvermögen von 500 Millionen RM¹²⁰⁶, das sich zu 400 Millionen RM aus Beiträgen von rund 18 Millionen Mitgliedern speiste. Bis zur letzten Kapitalerhöhung der VW-Werk GmbH wuchs die Mitgliederzahl auf über 25 Millionen und damit die Einnahmen aus Mitgliedsbeiträgen auf fast 650 Millionen RM!¹²⁰⁷ Ernsthafte Geldsorgen machte sich die DAF deshalb zu keiner Zeit. Folglich wurden Finanzierungsfragen gern dilatorisch behandelt.¹²⁰⁸ 624

c) Bedeutung des Gewerkschaftsvermögens

aa) Überwiegende Auffassung

Die Bedeutung der Veräußerungserlöse für die Aufbaufinanzierung des VW-Werkes wird von der wohl überwiegenden Auffassung, angeführt von den Historikern *Hans Mommsen* und *Manfred Grieger*, als hoch eingeschätzt. 625

Als Indiz dafür wird zunächst die Tatsache herangezogen, daß entgegen der üblichen Praxis nicht die für den Unternehmenssektor eigentlich zuständige TWU, sondern die den Grundbesitz betreuende VV Hauptgesellschafterin des VW-Werkes wurde und bis zuletzt 95 Prozent der Gesellschaftsanteile hielt. Daraus wird gefolgert, „daß die Grundstücksverkäufe, die bis Kriegsende fortgeführt wurden, mindestens bis zur letzten Kapitalaufstockung Mitte 1941, vor allem dem Volkswagenwerk zugute kamen. Es gelang auf dieser Basis, die für die Umgründung der 626

1203 Vgl. § 24 Abs. 1 Einweisungsgesetz (Fn. 1197, S. 288).

1204 *Mallmann*, 100 Jahre Gesamtmetall, S. 230.

1205 *Mallmann*, 100 Jahre Gesamtmetall, S. 229.

1206 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 203.

1207 *Hachtmann*, Koloß auf tönernen Füßen, S. 347 f.

1208 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 206.

Gezuvor in die Volkswagenwerk GmbH benötigte Kapitalaufstockung von 50 Millionen RM bereitzustellen“.¹²⁰⁹

- 627 Außerdem wird angeführt, daß im September 1939 die Versicherungsgesellschaften der DAF der VV zur Aufbringung des Stammkapitals einen Kredit in Höhe von 30 Millionen RM eingeräumt haben. Deshalb sei anzunehmen, „daß die DAF nicht in der Lage gewesen wäre, die Kapitalausstattung der Volkswagenwerk GmbH bereitzustellen, wenn sie nicht auf die umfangreichen Verkäufe ehemaligen Gewerkschaftsvermögens hätte zurückgreifen können“.¹²¹⁰

bb) Gegenbetrachtung

- 628 Obgleich nicht daran zu zweifeln ist, daß die Erlöse aus Grundstücksverkäufen durch die VV auch dem VW-Werk zugute kamen, kann daraus nicht gefolgert werden, daß sie den Aufbau von VW erst ermöglicht haben. Dies zeigen Betrachtungen der Chronologie, der Betragsrelationen und des zugrundeliegenden Datenmaterials:

[1] Chronologie der Ereignisse

- 629 Das Gründungskapital für die VW-Werk GmbH (50 Millionen RM) war 1938 aufzubringen, als der Verkauf des erst Ende 1937 gesetzlich enteigneten Gewerkschaftsvermögens durch die VV gerade begonnen hatte und aufgrund der anfänglichen Liquidierungsschwierigkeiten noch nicht sonderlich fortgeschritten war. *Mommsen* und *Grieger* sprechen zwar davon, daß „kurzfristig“ für das Volkswagenwerk rund ein Drittel von einem „insgesamt auf 100 Millionen RM veranschlagten Wert der Liegenschaften“ flüssig gemacht werden konnte¹²¹¹, führen aber zum Beleg wiederum die „List of Properties sold by VV“ an,¹²¹² welche zwar Grundstücksverkäufe in ähnlicher Größenordnung aufführt, jedoch im Zeitraum bis Kriegsende (1945), was nicht gerade eine „kurzfristige“ Liquidierung darstellt. Für die erste Finanzierung konnten also die Veräußerungserlöse schon zeitlich keine entscheidende Rolle spielen. Daß die Geldmittel der VV nicht ausreichten, um den Finanzbedarf für die Werksgründung zu befriedigen, wird auch darin deutlich, daß die DAF-Versicherungsgesellschaften 30 Millionen RM darlehensweise beisteuern mußten.¹²¹³ Aus den Liquidierungen waren offensichtlich noch nicht die gewünschten Erträge eingegangen.

1209 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 211.

1210 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 212.

1211 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 211.

1212 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 211 mit Fn. 25.

1213 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 212.

Zur gegenteiligen Schlußfolgerung kommen *Mommsen* und *Grieger*. Sie wollen – etwas unschlüssig – in den unzureichenden Finanzmitteln der VV, welche das Gewerkschaftsvermögen verwertete, und der deshalb notwendigen Kreditaufnahme bei den Versicherungsgesellschaften einen weiteren Grund dafür sehen, daß die „umfangreichen Verkäufe ehemaligen Gewerkschaftsvermögens“ für die Kapitalausstattung des VW-Werkes tragende Bedeutung gehabt haben.¹²¹⁴ Dagegen spricht, daß die Versicherungsgesellschaften nicht an den Erlösen aus der Veräußerung des Gewerkschaftsvermögens partizipiert haben. 630

Auch die Ansicht von *Tooze* – die erste Tranche von 50 Millionen RM „konnte nur durch den Brandverkauf von Bürohäusern und anderem beschlagnahmten Gewerkschaftsvermögen beschafft werden“¹²¹⁵ – ist aus der Luft gegriffen und nicht schlüssig. Die Aussichten auf die zu erwartenden Erlöse mögen die ohnehin nur beiläufigen finanziellen Sorgen der DAF-Leitung zwar vollends ausgeräumt haben, doch konnten sie in den Aufbau des VW-Werkes 1938 gar nicht in nennenswerten Umfang einfließen, weil sie schlicht noch zu gering waren. 631

[2] Betragsrelationen

Vor allem die Relation von Kosten des Werkes einerseits und Erlösen aus den Liegenschaftsverkäufen andererseits zeigen die untergeordnete Bedeutung des Gewerkschaftsvermögens für den Werksaufbau. Bis 1941 realisierten die Verkäufe durch die VV zwar immerhin 20 Millionen RM. Zu dieser Zeit war das Kapital der VW-Werk GmbH aber bereits auf 150 Millionen RM aufgestockt und die Rüstungsproduktion lief auf Hochtouren, was erhebliche Gewinne abwarf, so daß sogar der Kredit der Versicherungsgesellschaften von 1939 an diese zurückgezahlt werden konnte. Angesichts der Gesamtkosten des VW-Projektes – allein für den Werksaufbau gingen optimistische Schätzungen von 345 Millionen RM aus¹²¹⁶ – waren die Veräußerungserlöse in Höhe von 40 Millionen RM (insgesamt bis Kriegsende!) also keineswegs von herausragender Bedeutung. Wesentlich bedeutsamer waren die Gewinne aus der Rüstungsproduktion, in die aufgrund des Zusammenfallens von Werkfertigstellung und Kriegsbeginn im Herbst 1939 das Werk fast vom ersten Tag an einstieg. Mit der zivilen Massenautomobilfertigung wurde bei VW erst unter der Leitung der britischen Militärregierung begonnen. 632

1214 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 212.

1215 *Tooze*, Ökonomie der Zerstörung, S. 190.

1216 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 164 ff.

[3] Zugrundeliegendes Datenmaterial

- 633 Schließlich läßt das vorhandene Datenmaterial keine abschließende Vermögensbeifferung und erst recht keine eindeutigen Vermögenszuordnung zu. Dies liegt vor allem an der desaströsen Finanzverwaltung der DAF bezüglich des VW-Projektes, die keinen eindeutigen Rückschluß auf die Finanzierungsquellen ermöglicht. Als Beleg kann der erfahrene Exportkaufmann *Eduard Rudolph* dienen, der unmittelbar nach der Gründung des VW-Werks zum Geschäftsführer bestellt worden war und alsbald die „Unfähigkeit und Verantwortungslosigkeit unter den leitenden Herren der alten ‚Gezuvor‘, die den gestellten Aufgaben gar nicht gewachsen sind“, erkannte und ihnen eine Unternehmensführung „aus der Froschperspektive eines Autoverkäufers“ vorwarf.¹²¹⁷ Auch als 1943 mit der Reichsfinanzverwaltung über die Nachzahlung von (überraschend doch fällig gewordener) Umsatzsteuer Verhandlungen geführt wurden, mußte die Werksleitung einräumen, daß insbesondere für den Zeitraum von 1938 bis 1941 erhebliche Mängel in der Buchhaltung vorliegen. *Mommsen* und *Grieger* kommen selbst zu dem Schluß, daß die Kritik *Rudolphs* „sachlich weitgehend berechtigt“ war und „das Buchhaltungs- und Rechnungswesen des Werkes sich in einem nachgerade desolaten Zustand befand“.¹²¹⁸
- 634 Die der Untersuchung zugrundeliegenden Zahlen, insbesondere die „List of Properties sold by VV“, fußen jedoch gerade auch auf den Aufzeichnungen der damaligen Instanzen. *Mommsen* und *Grieger* schränken deshalb ihre These am Rande selbst ein: „Eine exakte Bezifferung der Summe, die für den Aufbau des VW-Werkes aus dem früheren Gewerkschaftsvermögen flüssiggemacht wurde, ist nicht möglich, da die Finanzströme im Einzelfall nicht nachzuvollziehen sind“.¹²¹⁹ Ergänzen könnten sie noch, daß neben den Gewerkschaften auch die Arbeitgeberverbände im Nationalsozialismus enteignet wurden und ihr Vermögen – obgleich in unbekannter Höhe – auch durch die VV verwertet wurde.¹²²⁰
- 635 Überdies kann aus einer Äußerung des DAF-Leiters *Ley* aus dem Jahre 1937 geschlossen werden, daß die DAF bereits vor der Übernahme des VW-Projektes die beschlagnahmten Vermögensgegenstände zumindest teilweise verwertet hatte:

1217 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 216, 218. Schon im März 1939 trat *Rudolph* von seinem Amt zurück.

1218 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 218.

1219 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 211 mit Fn. 28.

1220 Vgl. § 24 Einweisungsgesetz (Fn. 1197, S. 288).

„Ich habe dem Führer einmal gesagt: ‚Mein Führer, an sich stehe ich täglich mit einem Fuß im Gefängnis; denn ich bin noch heute der Treuhänder der Genossen Leipart und Imbusch [beide führende Gewerkschaftler der damaligen Zeit, Anm. d. Verf.], und wenn die einmal ihr Vermögen von mir zurückverlangen, dann habe ich das verbaut oder sonst verausgabt. Aber sie werden es in dem Zustand, in dem sie es mir übergeben haben, nicht mehr vorfinden. Also müßte ich verurteilt werden.‘ Da lachte der Führer und meinte, ich fühlte mich aber scheinbar äußerst wohl bei diesem Zustand. Es war für uns alle sehr schwer. Heute lachen wir darüber“.¹²²¹

Im Dezember 1937 wurden mit § 24 Abs. 6 Einweisungsgesetz¹²²² diese Verfügungen *Leys*, deren Umfang nicht ermittelbar ist, rückwirkend genehmigt.

d) Zwischenergebnis

Die Verwendung des enteigneten Gewerkschaftsvermögens für die Finanzierung des VW-Werkes kann, sofern es bei Übernahme des VW-Projektes durch die DAF noch nicht anderweitig verwertet worden war, als historische Tatsache angesehen werden. Jedoch konnten die daraus erzielten Erlöse weder aus zeitlicher Sicht den Grundstock für die Aufbaufinanzierung legen, noch haben sie angesichts der Gesamtkosten des VW-Projektes eine entscheidende Rolle gespielt. Vielmehr ist davon auszugehen, daß – obgleich die finanzielle Situation im Deutschen Reich bei Kriegsbeginn angespannt war – die Mammutorganisation DAF und ihre Kapitalgesellschaften weitere Mittel für das VW-Werk jederzeit hätten bereitstellen können. Der 30-Millionen-Kredit der DAF-Versicherungsgesellschaften mag dafür als Beispiel dienen. Ohnehin wurden Finanzierungsprobleme damals gern auf die Zeit nach dem „Endsieg“ verschoben.¹²²³

Es verwundert nunmehr nicht, wenn Generalanwalt *Colomer* in seinen Schlußanträgen zum Beleg der Aussage, die VW-Werkshallen seien zum größten Teil aus enteignetem Gewerkschaftsvermögen aufgebaut worden, auf die frei editierbare Internetenzyklopädie *Wikipedia* zurückgreifen muß.¹²²⁴ Belegen läßt sich dies nämlich gerade nicht. Auch der EuGH hat

1221 Aus dem Rechenschaftsbericht *Leys* auf der 5. DAF-Jahrestagung in Nürnberg vom 11.9.1937; Dokumente der Deutschen Politik, Bd. 5 (1938), S. 373.

1222 Fn. 1197 (S. 288).

1223 Von *Petersdorff/Meck*, FAS vom 20.4.2008 (Nr. 16), S. 45 („Wem gehört Volkswagen?“).

1224 GA *Colomer*, a.a.O. (Fn. 1179, S. 286), Rn. 22 mit Fn. 15. *Kilian*, NJW 2007, 1508 (1510), sieht bezeichnenderweise die einzige Stärke der Schlußanträge in der Darstellung der Entstehungsgeschichte des VW-Konzerns; ähnlich *ders.*, FAZ vom 6.11.2009 (Nr. 258), S. 14 („Wem gehört Volkswagen?“).

die Vermögensherkunft bei VW bei seiner Entscheidungsfindung in Sachen VW-Gesetz folglich zu Recht ignoriert und die Kommission sich sogar explizit gegen derartige Rechtfertigungsversuche gewandt.¹²²⁵

2. Entschädigung als Rechtfertigung

- 638 Geht man davon aus, daß Veräußerungserlöse aus enteignetem Gewerkschaftsvermögen – wenn auch in unbezifferbarer Höhe – auch Volkswagen zugeflossen sind, könnte man auf die Idee kommen, daß Teile von Volkswagen den Gewerkschaften „gehören“ oder wenigstens Entschädigung für das erlittene NS-Unrecht auch in Form von Sonderrechten im Unternehmen erlangt/gewährt werden kann. Eine vergleichsweise Einigung bietet sich geradezu an.

a) Vermögensrechte an Volkswagen

- 639 Ungeachtet der Tatsache, in welcher Höhe enteignetes Gewerkschaftsvermögen in den Aufbau von VW geflossen ist, folgen daraus keine vermögensrechtlichen Ansprüche der Gewerkschaften am Unternehmen.

aa) Sachvermögen

- 640 Dies folgt schon daraus, daß das enteignete Gewerkschaftsvermögen weitgehend *in natura* rückübertragen werden konnte, da es hauptsächlich aus Grundstücken bestand.¹²²⁶ Diese Grundstücke wurden nach ihrer Enteignung entweder von DAF-Organisationen genutzt oder an private Dritte veräußert. Da ein Gutgläubensschutz der Erwerber in diesen Fällen von den Alliierten ausgeschlossen wurde¹²²⁷, konnten die Liegenschaften in den meisten Fällen folgendermaßen „rückerstattet“¹²²⁸ werden:

- Nach Auflösung der DAF durch Art. 1 Abs. 2 Kontrollratsgesetz Nr. 2 (Anhang Nr. 42)¹²²⁹ wurde noch 1945 ihr gesamtes Vermögen gem. Art. 2 Kontrollratsgesetz Nr. 2 einstweilen durch die alliierten Militärbefehlsstellen beschlagnahmt.
- Durch Art. 2 Kontrollratsdirektive Nr. 50¹²³⁰ wurde 1947 das Eigentum der im Nationalsozialismus enteigneten Gewerkschaften –

1225 Wiedergegeben bei EuGH – C-112/05 (*VW-Gesetz*) – Slg. 2007, 8995 (Rn. 25).

1226 Dazu Rn. 620 ff.

1227 *Schwarz*, JuS 1986, 433 (434).

1228 Rückerstattung ist die Rückgabe von feststellbaren Vermögensgegenständen, die durch Rechtsgeschäft oder Hoheitsakt dem Eigentümer widerrechtlich entzogen wurden, *Schwarz*, JuS 1986, 433 (434).

1229 Vom 10.10.1945, ABl. des Kontrollrats in Deutschland 1945, S. 19 (berichtigt S. 241).

1230 Vom 29.4.1947, ABl. des Kontrollrats in Deutschland 1947, S. 275.

sofern die Eigentumsverhältnisse geklärt waren – auf die ursprünglichen Eigentümer oder deren Nachfolgeorganisationen rückübertragen.

- Prinzipiell wurde Naturalrestitution angestrebt, obgleich Einschränkungen nach Art. 4 Kontrollratsdirektive Nr. 50 dahingehend gemacht wurden, daß die Rückübertragung von den Zonenbefehlshabern zum Ausgleich überschießender Bereicherung unter die Auflage gestellt werden konnte, daß der Erwerber zunächst alle aufgelaufenen Schulden bezahlt oder übernimmt und für jeden Wertzuwachs Ausgleichszahlung leistet.

Der Großteil des enteigneten Gewerkschaftsvermögens in Gestalt von Liegenschaften wurde rückübertragen und damit das Enteignungsunrecht weitgehend rückgängig gemacht. 641

bb) Barvermögen und Surrogate

Soweit den Gewerkschaften unmittelbar ihr Barvermögen enteignet wurde oder Gewerkschaftsvermögen unumkehrbar zugunsten der Reichskassen liquidiert wurde und aus diesen Erlösen das VW-Projekt mitfinanziert wurde, stellen das Volkswagenwerk oder die Volkswagengesellschaft keine Surrogate dar, an denen sich gewerkschaftliche Restitutionsansprüche fortsetzen könnten. Ungeachtet der Vielgestaltigkeit des Entschädigungsrechts nach dem Zweiten Weltkrieg¹²³¹ ist unter keinen Umständen ein einmal liquidiertes Vermögen mit einem entschädigungsrechtlichen Pfandrecht seiner früheren Inhaber belastet. Für Bargeld ist dies zur Gewährleistung seiner Verkehrsfähigkeit in § 935 Abs. 2 Var. 1 BGB geregelt. Überdies waren Veräußerungserlöse spätestens ab Kaufpreiszahlung an das Reich nur noch als Buchgeld existent. 642

Auch sonst ließe sich der Lauf eines bestimmten Geldbetrages – sofern in den Büchern überhaupt hinreichend dokumentiert (woran es freilich im Fall der Enteignungen fehlt) – nur bis zu einer Sammelstelle (Konto) ermitteln, wo es mit allen möglichen anderen Geldern und Finanzströmen vermischt wurde. Selbst wenn man sich insoweit einließe und gewerkschaftliche Bruchteilsansprüche an den Geldtöpfen von TWU und VV annähme (Gedanke aus §§ 948, 947 Abs. 1 BGB), wäre noch ein weiterer Schritt erforderlich, um daraus auf Ansprüche an all den Gegenständen zu schließen, die aus TWU- und VV-Geldern finanziert wurden. Zivilrechtlich ist ein solches Ergebnis auch unter Zuhilfenahme der Rechtsgedanken aus §§ 816 Abs. 1 Satz 2 und 822 BGB nicht zu erreichen, da nach § 818 Abs. 1 BGB jedenfalls nur Erlangtes (Geld) herauszugeben wäre oder nach § 818 643

1231 Instrukтив *Dreier*, FS 50 Jahre BVerfG, S. 159 (176 ff.) m.w.N.; *Schwarz*, JuS 1986, 433 (436 ff.).

Abs. 2 BGB Wertersatz (wiederum in Geld) zu leisten wäre, sofern nicht der letztlich Bereicherte ohnehin mittlerweile entreichert wäre (§ 818 Abs. 3 BGB).

- 644 Vermögensrechte an Volkswagen sind also in jeglicher Hinsicht ausgeschlossen. Überdies hat der Fall der dem DGB 1952 von den britischen Besitzern übertragenen Wohnungsbaugesellschaft „Neue Heimat“ gezeigt, daß Unternehmensbeteiligungen von Gewerkschaften, bei diesen nicht gerade in guten Händen sind (vgl. auch „BfG Bank“, „DiBa“, „Volksfürsorge“, „coop“). Angesichts dessen ist es in der Tat ein Zeichen von „Gemeinwohlorientierung“, daß VW von Gewerkschaftsbeteiligungen verschont geblieben ist. Allenfalls das Entschädigungsrecht könnte die bevorzugte Gewerkschaftsstellung begründen, da es sich dem Gebot der Gerechtigkeit folgend gerade jener Aufgaben annahm, die mit den Mitteln des geltenden Rechts nicht zu bewältigen waren.¹²³²

b) VW-Gesetz als Entschädigung

aa) Kein grundrechtlicher Anspruch auf Sonderentschädigung

- 645 Die Verpflichtung¹²³³ der Bundesrepublik zur „Wiedergutmachung“ oder „Rehabilitation“¹²³⁴ früheren, von einer anderen Staatsgewalt zu verantwortenden Unrechts folgt aus dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), nicht aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.¹²³⁵ In der Ausgestaltung ist der Gesetzgeber – im Rahmen des Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG) – frei¹²³⁶, insbesondere muß er für fremdes Unrecht nicht in gleicher Weise einstehen wie für eigenes und der Rückgabe oder dem Einräumen einer Wiedererwerbsmöglichkeit kommt kein prinzipieller Vorrang vor Entschädigungszahlungen zu.¹²³⁷ Ansprüche

1232 BVerfG vom 27.6.1961 – 1 BvL 17, 20/58 – BVerfGE 13, 31.

1233 Ob eine solche, wie vom BVerfG (Urteil vom 22.11.2000 – BvR 2307/94 – BVerfGE 104, 254 [254, 297]) angenommen, tatsächlich besteht, wird bestritten; zum Meinungsstand *Dreier*, FS 50 Jahre BVerfG, S. 159 (176 mit Fn. 89, 186 mit Fn. 149).

1234 Nach 1945 war die Terminologie „Wiedergutmachung“ und „Entschädigung“, nach 1989 „Rehabilitation“ und „Unrechtsbereinigung“; *Dreier*, FS 50 Jahre BVerfG, S. 177 Fn. 94.

1235 BVerfG vom 3.12.1969 – 1 BvR 624/56 – BVerfGE 27, 253 (283); vom 13.1.1976 – 1 BvR 631/69, 24/70 – BVerfGE 41, 126 (150); vom 22.11.2000 – 1 BvR 2307/94, 1120, 1408, 2460, 2471/95 – BVerfGE 102, 254 (297); Maunz/Dürig/Papier, Art. 14 Rn. 255; Sachs/Wendt, Art. 14 Rn. 171; Stern/Dietlein, § 113 IX 4 b.

1236 BVerfG vom 27.6.1961 – 1 BvL 26/58 – BVerfGE 13, 39 (43); vom 22.11.2000 – 1 BvR 2307/94, 1120, 1408, 2460, 2471/95 – BVerfGE 102, 254 (299).

1237 BVerfG vom 22.11.2000 – 1 BvR 2307/94, 1120, 1408, 2460, 2471/95 – BVerfGE 102, 254 (297); Maunz/Dürig/Papier, Art. 14 Rn. 255.

Einzelner können sich somit stets nur aus einfachgesetzlichen Regelungen ergeben – ein grundrechtlicher Anspruch besteht nicht.¹²³⁸

bb) Sonderentschädigungsanspruch

Folglich ist nach konkreten Entschädigungsregeln zu suchen, die Rechte an Unternehmen gewähren könnten, welche im Nationalsozialismus von enteigneten Vermögen bzw. Veräußerungserlösen aus solchem Vermögen profitiert haben. 646

[1] Wiedergutmachung nach dem Zweiten Weltkrieg

Zwischen 1945 und 1949 wurde die Restitution von unrechtmäßigen Vermögensverschiebungen während des Nationalsozialismus von den Alliierten in ihren jeweiligen Besatzungszonen autonom betrieben. Die Rechtslage bezüglich der „Wiedergutmachung“ von NS-Unrecht ist entsprechend diffizil¹²³⁹ und Produkt eines „legislativen Abenteuers“¹²⁴⁰. 647

Wolfsburg lag in der britischen Besatzungszone. Das Schicksal von Volkswagen war der dortigen Militäradministration überantwortet, die in dieser Angelegenheit eher zaghaft vorging, ja beinahe untätig blieb. Dies ist zum einen den Unklarheiten bezüglich der Herkunft des VW-Vermögens geschuldet, zum anderen aber auch exemplarisch für das Entschädigungsrecht in der britischen Zone insgesamt. Dies war nämlich nicht mehr als „ängstliches Stückwerk“, während in der US-Zone vollwertiges Recht geschaffen wurde, welches später zum Vorbild für bundesdeutsches Entschädigungsrecht werden sollte.¹²⁴¹ 648

[2] Offene Eigentumsfrage bei VW

Einer klassischen Naturalrestitution nach allgemeinen besatzungsrechtlichen Grundsätzen konnte Volkswagen nach Auffassung der britischen Zonenverwaltung nicht unterzogen werden, denn die Vermögensverhältnisse am VW-Werk waren – wie dargestellt¹²⁴² – alles andere als eindeutig. Eine Rückabwicklung *in natura* war damit ebenso ausgeschlossen, wie eine auch nur näherungsweise Herkunftsbestimmung der zugeflossenen Vermögensmassen. Während die Gewerkschaften 649

1238 BVerfG vom 3.12.1969 – 1 BvR 624/56 – BVerfGE 27, 253 (283); vom 22.11.2000 – 1 BvR 2307/94, 1120, 1408, 2460, 2471/95 – BVerfGE 102, 254 (298).

1239 Nachweise bei Dreier, FS 50 Jahre BVerfG, S. 177.

1240 Schwarz, JuS 1986, 433 (440).

1241 Schwarz, JuS 1986, 433 (436).

1242 Rn. 620 ff.

damals wie heute¹²⁴³ auf ihren Standpunkt beharrten, das VW-Werk sei (größtenteils) mit ihrem früheren Vermögen finanziert worden und entsprechende Anträge auf Überlassung der Werkshallen beim Werkskommandanten der britischen Militärregierung Major *Ivan Hirst* stellten¹²⁴⁴, verwehrt sich dieser gegen derartige Begehrliehkeiten und verzögerte bewußt nicht nur die Übergabe des Werkes, sondern obendrein auch seine Genehmigung zur Gründung einer neuen VW-Gewerkschaft.¹²⁴⁵

- 650 Der bereits im März 1946 eingesetzte Cheftreuhänder und Generaldirektor *Hermann Münch* vereinbarte zwar noch mit der Wolfsburger Betriebsvertretung in bester DAF-Tradition: „Das Volkswagenwerk wird zweifellos Eigentum des Deutschen Volkes werden und durch seine selbst gewählten Repräsentanten vertreten sein“¹²⁴⁶ und man werde alles versuchen, um mit einem gewerkschaftlichen Arbeitsdirektor als vollwertigem Vorstandsmitglied in der Leitung des VW-Werks vertreten zu sein.¹²⁴⁷ Damit scheiterte *Münch* allerdings an der britischen Kontrollkommission und wurde bald darauf durch *Heinrich Nordhoff* abgelöst, der einen weniger kameradschaftlichen Führungsstil pflegte und auch die Marktvorteile des privilegierten Regiebetriebs besser zu nutzen wußte.¹²⁴⁸
- 651 Erst 1949 delegierte die britische Militärregierung die Eigentumsfrage an das Land Niedersachsen¹²⁴⁹, das im Namen und unter Weisung der Bundesregierung von da an die Kontrolle über das Werk auszuüben hatte – ein „Meisterwerk der Zweideutigkeit“.¹²⁵⁰

[3] Entschädigung durch Rechte an Unternehmen

- 652 Trotz dieser „nicht sehr glücklichen“ Rahmenbedingungen in der britischen Zone¹²⁵¹ läßt sich das VW-Gesetz auch bei Vergleich mit allgemeinen Wiedergutmachungskonzepten der Nachkriegszeit nicht als Entschädigung ansehen und daraus seine Rechtfertigung ableiten.
- 653 • Das Gesetz zur Regelung der Verbindlichkeiten nationalsozialistischer Einrichtungen und der Rechtsverhältnisse an deren

1243 Kritisch von *Petersdorff/Meck*, FAS vom 20.4.2008 (Nr. 16), S. 45 („Wem gehört Volkswagen?“); ebenso schon *Rieble*, FAZ vom 26.3.2008 (Nr. 71), S. 12 („Gruppenegoismus und Macht bei VW“).

1244 *Riechert*, Neubeginn, S. 182.

1245 *Riechert*, Neubeginn, S. 181 f.

1246 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 960 f.

1247 *Riechert*, Neubeginn, S. 216.

1248 *Mommsen/Grieger*, Volkswagenwerk, S. 973 ff.; *Riechert*, Neubeginn, S. 216 f.

1249 Art. 6 Abs. 3 Nr. 2 VO Nr. 202 vom 6.9.1949, VOBl. brit. Zone 1949, 500.

1250 *Kilian*, FAZ vom 6.11.2009 (Nr. 258), S. 14 („Wem gehört Volkswagen?“).

1251 *Schwarz*, JuS 1986, 433 (440).

Vermögen (NSVerbG)¹²⁵², dem das VW-Werk aufgrund besatzungsrechtlicher Sonderregelung für DAF-Vermögen nicht unterfiel¹²⁵³, kannte nur finanzielle Ersatzansprüche für Grundstücksenteignungen, wie Ansprüche auf nachträgliche Kaufpreiszahlungen zum früheren Verkehrswert.¹²⁵⁴ Grundstücksrückübertragungen oder Entschädigungszahlungen unter Berücksichtigung eventueller Wertsteigerungen waren nicht vorgesehen. Vielmehr trat der Bund in alle Grundstücke und Vermögensgegenstände ein, über die bis 1965 noch nicht anderweitig verfügt worden war.¹²⁵⁵

- Großzügiger war das Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (BEG)¹²⁵⁶, das u.a. für Schäden durch Eigentumsentziehung einen geldwerten Ersatz zum Wiederbeschaffungswert im Moment der Entscheidung über die Entschädigung¹²⁵⁷ und für Schäden durch sonstigen Nutzungsentzug eine Entschädigung in Geld von bis zu 75.000 DM¹²⁵⁸ vorsah. Schäden durch Vermögens- oder Eigentumsbeschädigungen wurden mit einem pauschalen Aufschlag von fünf Prozent auf die Entschädigungssumme abgegolten.¹²⁵⁹ 654
- Am weitesten geht das primär zur Entschädigung für DDR-Unrecht ergangene Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (VermG)¹²⁶⁰, das entsprechend auch auf vermögensrechtliche Ansprüche von Personen anzuwenden ist, die im Nationalsozialismus aus rassistischen, politischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen verfolgt wurden und deshalb ihr Vermögen verloren.¹²⁶¹ Dieses Gesetz sieht grundsätzlich die Rückübertragung enteigneter Vermögensgegenstände im Wege der Globalrestitution vor.¹²⁶² Im Einzelfall ermöglicht das VermG auch die Einzelrestitution durch Einräumung von Bruchteileigentum¹²⁶³ und sogar die vollständige Unternehmensrestitution, sofern das Unternehmen unter Berücksichtigung des technischen Fortschritts und der 655

1252 Vom 17.3.1965, BGBl. I, 79.

1253 § 3 Abs. 2 Satz 1 NSVerbG i.V.m. Art. 1 Kontrollratsdirektive Nr. 50 i.V.m. Art. 1 Kontrollratsgesetz Nr. 2 mit Anhang Nr. 42.

1254 § 10 Satz 3 NSVerbG.

1255 § 24 Abs. 1 NSVerbG.

1256 Vom 18.9.1953, BGBl. III, 251-1.

1257 § 52 Abs. 2 BEG.

1258 § 58 BEG.

1259 § 56 Abs. 2 BEG.

1260 Vom 23.9.1990, Neubekanntmachung vom 9.2.2005, BGBl. I, 205.

1261 § 1 Abs. 6 VermG.

1262 § 3 Abs. 1 Satz 1 VermG.

1263 § 3 Abs. 1 Satz 4 VermG.

allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung mit dem *enteigneten Unternehmen* im Zeitpunkt der Enteignung vergleichbar ist.¹²⁶⁴ Dies setzt wohlgerne die Enteignung eines ganzen Unternehmens voraus. Nur wenn das zurückzugebende Unternehmen mit anderen zu einer neuen Unternehmenseinheit zusammengefaßt worden ist, sind entsprechende Anteile am neuen Unternehmen auf den Berechtigten zu übertragen. Eine Unternehmensentflechtung kann ebenso wie eine Rückübertragung von Eigentum nicht verlangt werden, wenn damit erhebliche Beeinträchtigungen des Vermögensgegenstandes verbunden sind.¹²⁶⁵

- 656 Die Wiedergutmachung wurde also von bloßer Kaufpreiszahlung bis zur Einräumung von Bruchteilseigentum und Unternehmensbeteiligungen ermöglicht. Letzteres freilich nur, wenn Unternehmen selbst Gegenstand von Enteignungen waren, nicht wenn Unternehmen von enteigneten Vermögen in sonstiger Weise profitiert haben. Fremd geblieben sind den Entschädigungskonzepten stets Auseinandersetzungsrechte, die zu wesentlichen Beeinträchtigungen oder gar zur Zerschlagung des Vermögensgegenstandes insgesamt geführt hätten. Gleiches gilt für über den materiell erlittenen Schaden hinausgehende Vorteilsgewährungen in Form von Einwirkungs- oder Mitbestimmungsrechten an Rechtssubjekten, welchen das enteignete Vermögen zugute gekommen ist oder sein soll.

c) Lösung der Eigentumsfrage

- 657 In der Nachkriegszeit wurde um das Zugriffsrecht an dem zunehmend florierenden Volkswagenwerk vor allem zwischen Bund und Land heftig gestritten¹²⁶⁶, bis schließlich 1959 mit dem VW-Vertrag¹²⁶⁷ die Meinungsverschiedenheiten im Wege eines Vergleichs beigelegt wurden.¹²⁶⁸ Dieser Staatsvertrag versuchte neben der Errichtung der „Stiftung Volkswagen“ gerade mit jenen Bestimmungen Rechtsfrieden herzustellen, die vom EuGH 48 Jahre später¹²⁶⁹ gekippt wurden:
- Vom Grundkapital erhalten ein Fünftel der Bund und ein Fünftel das Land Niedersachsen, während die restlichen drei Fünftel in Kleinaktien ausgegeben werden.

1264 § 6 Abs. 1 VermG.

1265 Bspw. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 5 Satz 3 VermG.

1266 Vgl. DIE ZEIT vom 4.7.1958 (Nr. 27), S. 11 („Drei Gutachten“, abrufbar unter www.zeit.de/1958/27/Drei-Gutachten, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

1267 Fn. 1111(S. 271).

1268 Dazu Rn. 585 ff.

1269 EuGH vom 23.10.2007 – C-112/05 (VW-Gesetz) – Slg. 2007, 8995.

- Bund und Land dürfen je zwei Mitglieder in den Aufsichtsrat entsenden.
- Das Mehrheitserfordernis für qualifizierte Beschlüsse nach dem Aktiengesetz wird auf 80 Prozent erhöht.

d) Das VW-Gesetz als untaugliches Entschädigungsgesetz

Mit dem bald darauf im Juli 1960 erlassenen VW-Gesetz sollte endlich auch den Begehrlichkeiten der Gewerkschaften Einhalt geboten werden. Der Bund tat dies mit der Standortsicherungsklausel des § 4 Abs. 2 VW-Gesetz: „Die Errichtung und die Verlegung von Produktionsstätten bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats. Der Beschluß bedarf der Mehrheit von zwei Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats.“ Da durch § 76 Abs. 1 BetrVG 1952 der Aufsichtsrat zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzt war und das Land Niedersachsen sowie der Bund jeweils zwei Vertreter in den Aufsichtsrat entsenden durften, war die „Zivilisierung des Kapitalismus“ gesichert. 658

In der Folge unterließ es der DGB in der Tat, klageweise gegen die Bundesrepublik vorzugehen, um eine Entschädigung für erlittenes Enteignungsunrecht zu erreichen. Dies verwundert nicht, denn er konnte mit diesen erfundenen Ansprüchen als Drohinstrument in Wolfsburg viel mehr erreichen, als mit einmaligen Entschädigungszahlungen. Nach Gusto Forderungen stellen und auch durchsetzen zu können¹²⁷⁰, ohne ein Fluchtverhalten von Unternehmensseite fürchten zu müssen, läßt sich nicht mit Geld aufwiegen. 659

Die Gewerkschaften haben mit dem VW-Gesetz aber keinesfalls ihr eigenes Entschädigungsgesetz erhalten. Entschädigung für erlittenes NS-Unrecht in Gestalt der Enteignungen konnte in aller Regel in Natura erfolgen, da die Grundstücke noch vorhanden waren. Ratio des VW-Gesetzes war vielmehr die Klärung der Zugriffsrechte am VW-Werk zwischen Niedersachsen und dem Bund sowie die Überführung des Unternehmens in möglichst breit gestreutes Privateigentum. „Zivilisierter Kapitalismus“ sollte durch Dekonzentrationsmaßnahmen und nicht durch „Gemeinwohlorientierung“ oder gewerkschaftliche Sonderrechte etabliert werden. „Gemeinwohlorientierung“ hatten nur die Nationalsozialisten dem VW-Werk verordnet, als sie in der Satzung der VW-Werk GmbH verankerten, daß das Unternehmen dem Gemeinnutz und nicht der Gewinnerzielung verpflichtet ist, alle Gewinne an die DAF für soziale Zwecke abführen muß und die Dividende der Gesellschafter maximal vier Prozent beträgt.¹²⁷¹ Damals ging es freilich um Steuerersparnis. Nach dem 660

1270 Anschaulich von Petersdorff/Meck, FAS vom 20.4.2008 (Nr. 16), S. 45.

1271 Mommsen/Grieger, Volkswagenwerk, S. 213 f.

Krieg ging es um Volkserziehung durch Volksaktien mit staatlicher Sicherung. Nie ging es um Entschädigung von Gewerkschaften für NS-Unrecht – dafür fehlen die konkreten Ansprüche und darauf ist das Gesetz nach Ursprung und Ziel auch nicht ausgerichtet.

3. Rechtfertigung durch Staatsvertrag

- 661 „Ich glaube, bei gerechter Würdigung wird man sagen müssen, daß eher zuviel des Guten an Sonderrechten für Niedersachsen geschehen ist. Aber das ist Gegenstand des Kompromisses, und wir stimmen dem Kompromiß als Ganzem zu“.¹²⁷² Mit diesen Worten wurde das VW-Gesetz im Bundestag abgesehen. In der Tat könnte die für die Grenzkraftwerke geltende völkerrechtliche Rechtfertigung auch bei VW fruchtbar gemacht werden, wenn das VW-Gesetz durch staatsvertraglichen Kompromiß determiniert wäre und dem Bundesgesetzgeber deshalb die uneingeschränkte Sachgestaltungsbefugnis für die Rechtsverhältnisse bei VW gefehlt hätte. Auch Staatsverträge zwischen dem Bund und den Ländern sind für beide Seiten bindend.¹²⁷³ Der Bund verstieße gegen das Rechtsstaatsprinzip (nicht den Grundsatz der Bundestreue), wenn er bindenden Vereinbarungen mit den Ländern zuwider handeln würde.¹²⁷⁴

a) Kein Gesetzgebungsauftrag

- 662 Der VW-Vertrag sah nicht nur die Umwandlung der VW GmbH in eine Aktiengesellschaft vor, deren Anteile zu je 20 Prozent an das Land Niedersachsen und den Bund und zu 60 Prozent in Kleinaktien ausgegeben werden sollten.¹²⁷⁵ Der Vertrag machte auch konkrete Vorgaben zur Unternehmensorganisation, indem er die Sonderentsendungsrechte von Bund und dem Land Niedersachsen sowie die Erhöhung der qualifizierten Mehrheit auf 80 Prozent anordnete.¹²⁷⁶ Allerdings wurde die entsprechende Passage mit den Worten eingeleitet: „In der Satzung der Volkswagenwerk Aktiengesellschaft ist vorzusehen, daß [...]“. Eine (bundes-)gesetzliche Regelung wurde nicht gefordert. Vielmehr kamen die vertragschließenden Parteien nur überein, bei der noch zu errichtenden Aktiengesellschaft, an der beide gleiche Anteile halten würden, auf entsprechende *Satzungsbestimmungen* hinzuwirken.
- 663 Sowohl die (heute aus dem VW-Gesetz gestrichene) Vereinbarung zu den Sonderentsendungsrechten als auch die Erhöhung der qualifizierten Mehrheit waren und sind nach allgemeinem Aktienrecht zulässige

¹²⁷² Barzel, MdB (CDU/CSU), BT-PIProt. 3/5858.

¹²⁷³ HdbStR/Rudolf, § 141 Rn. 65; vgl. Verpflichtungserklärung in § 6 VW-Vertrag.

¹²⁷⁴ Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 IV Rn. 128.

¹²⁷⁵ §§ 1, 2 VW-Vertrag.

¹²⁷⁶ § 5 Abs. 2 VW-Vertrag.

Satzungsbestimmungen, die kein Sonderrecht erforderlich machten.¹²⁷⁷ Zwar gestattete § 101 Abs. 2 Satz 4 AktG (§ 101 Abs. 2 Satz 3 AktG a.F.) damals wie heute nur, daß insgesamt höchstens für ein Drittel der sich aus dem Gesetz oder der Satzung ergebenden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre Sonderentsendungsrechte eingeräumt werden. Doch war im VW-Vertrag keine Regelung zur Größe des Aufsichtsrates und damit zur Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre getroffen worden. Aufgrund des umfangreichen Stammkapitals war seinerzeit nach allgemeinem Recht eine maximale Aufsichtsratsgröße von 21 Sitzen zulässig¹²⁷⁸, was bei geltender Drittelbeteiligung (§ 76 Abs. 1 BetrVG 1952) immerhin 14 Sitze den Aktionären garantiert hätte. Davon hätten vier Sonderentsandte weniger als ein Drittel ausgemacht. Eine Abweichung vom Aktienrecht war also für eine vertragskonforme Satzungsbestimmung nicht erforderlich.

Erst mit Einführung der quasi-paritätischen Mitbestimmung durch das MitbestG 1976 überstieg der relative Anteil der vier Sonderentsandten am nun nur noch zwanzigköpfigen Aufsichtsrat (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MitbestG) mit zehn Aktionärsvertretern ein Drittel. Daß der Gesetzgeber darauf mit Einfügung des § 101 Abs. 2 Satz 4 AktG a.F. reagierte, der die gegenläufige Bestimmung des VW-Gesetzes explizit unberührt ließ, war allerdings mehr als unnötig, da der Bund sich seines Anteils an VW und damit seines Sonderentsendungsrechts schon lange vorher entledigt hatte. Auf dem Weg zu mehr Gleichbehandlung wäre ein Verzicht auf sein vertragliches Sonderentsendungsrecht und Streichung der entsprechenden Passage im VW-Gesetz sinnvoller gewesen. Der Staatsvertrag machte jedenfalls auch zu diesem Zeitpunkt keine Abweichung vom allgemein geltenden Recht erforderlich und kann deshalb auch nicht als Rechtfertigung für die hier interessierenden Bestimmungen des VW-Gesetzes dienen.¹²⁷⁹ 664

b) Keine „Flucht in den Staatsvertrag“

Überdies ist bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Bund-Länder-Staatsverträgen ein bedeutend strengerer Maßstab anzulegen, als bei der Beurteilung völkerrechtlicher Verträge. Bei inländischen Staatsverträgen unterliegen nämlich beide Vertragsparteien derselben Rechtsordnung. Sie haben getrennte Kompetenzbereiche, die allenfalls ein Abstimmen des gemeinsamen, politischen Vorgehens notwendig machen können, aber 665

1277 Vgl. § 101 Abs. 2 AktG bzw. z.B. § 179 Abs. 2 Satz 2 AktG.

1278 Die Beschäftigtenzahl war unerheblich; *Dietz*, BetrVG, 4. Aufl., § 76 Rn. 3

1279 Die Stimmrechtsbeschränkung war im VW-Vertrag nicht vereinbart worden und ist auch erst seit 1998 durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) bei börsennotierten Aktiengesellschaften untersagt; *MüKo-AktG/Heider*, § 12 Rn. 34.

nicht Kompetenzkonflikte – wie bei den Grenzkraftwerksverträgen – lösen müssen. Diese Aufgabe hat das Grundgesetz übernommen. Entweder hat der Bund oder haben die Länder die uneingeschränkte Sachgestaltungs-kompetenz für einen Regelungsbereich.

- 666 Deshalb besteht bei Staatsverträgen kein Grund, die Grundrechte des GG nur als Zielvorgabe heranzuziehen und *judicial self-restraint* zu üben. Die Grundrechte gelten uneingeschränkt. Art 28 Abs. 3 GG geht sogar noch darüber hinaus: „Der Bund gewährleistet, daß die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Grundrechten und den Bestimmungen der Absätze 1 und 2 entspricht.“ Dem Bund ist es verwehrt, Staatsverträge mit Bundesländern abzuschließen, um sich den Zwängen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG zu entziehen. Ein externer Determinismus läßt sich dadurch nicht herbeiführen. Das Spiel über die innerdeutsche Bande schränkt die Bindung an Recht und Gesetz nicht ein.
- 667 Wenn sich der Bund bei einem Vorhaben mit rechtlichen oder politischen Unmöglichkeiten konfrontiert sieht, bleibt ihm aber immer noch das Spiel über die europäische Bande durch Einleitung eines entsprechenden Rechtsetzungsverfahrens (exemplarisch: Vorratsdatenspeicherung). Die „Flucht ins Unionsrecht“ mag freilich vor allem politische Unmöglichkeiten beseitigen – rechtliche können aber dennoch, obgleich eher in Luxemburg statt in Karlsruhe, auftreten.

4. Sozialstaatliche Rechtfertigung

a) „Sozialverträgliche Unternehmenspolitik“

- 668 Die Sondermitbestimmung bei VW wird von Gewerkschaftsseite gern als legitimes Instrument der Einflußnahme auf das Unternehmen im Interesse „sozialverträglicher Unternehmenspolitik zu Lasten ausschließlich erwerbswirtschaftlicher Zielsetzungen“ angesehen.¹²⁸⁰ Ja man scheint sogar verwundert zu sein, daß von VW-Seite eine unzulässige Ungleichbehandlung gegenüber anderen Automobilherstellern gar nicht geltend gemacht wird, obwohl doch das VW-Gesetz erheblich stärker in den Gleichheitssatz eingreife als die Montanmitbestimmung beispielsweise im Fall Mannesmann.¹²⁸¹
- 669 Ohne die Intensität der Sondermitbestimmungsstatute zu vergleichen und von der gleichheitswidrigen, da ungerechtfertigten Montanmitbestimmung¹²⁸² im Wege des im Rahmen des Gleichheitssatzes ohnehin untauglichen Erst-Recht-Schlusses auf die Gleichheitswidrigkeit des VW-Gesetzes zu schließen, ist der Wunsch nach besonderen Einflußnahme-

1280 Nagel, Mitbestimmung, S. 46.

1281 Nagel, Mitbestimmung, S. 46.

1282 Rn. 511.

möglichkeiten auf die Unternehmenspolitik kein sachlicher Rechtfertigungsgrund vor Art. 3 Abs. 1 GG. Für ein Unternehmen Ausnahmerecht zu schaffen, nur weil dies so gewollt ist, ist Ausdruck reiner Willkür. Warum nur bei VW durch Sonderrecht der Kapitalismus „zivilisiert“ werden soll, während bei den übrigen deutschen Großunternehmen das allgemeine Mitbestimmungsrecht als ausreichend angesehen wird, kann nicht erklärt werden. In tatsächlicher Hinsicht bestehen bei VW keine solchen Unterschiede gegenüber anderen großen Aktiengesellschaften, die eine sondergesetzliche Determination der Unternehmenspolitik sozialstaatlich rechtfertigen könnten.

b) Standortsicherung

aa) Zum Wohle der Stadt Wolfsburg

Die Rechtfertigung für die Standortsicherungsklausel des VW-Gesetzes 670 wurde mit den Interessen der Stadt Wolfsburg begründet:

„Die Stadt Wolfsburg hat uns erklärt – auch Niedersachsen hat uns das gesagt –, diese Stadt sei auf das Volkswagenwerk so angewiesen, daß Verlegungen oder die Errichtung neuer Betriebsstätten die Stadt eventuell sehr erheblich treffen könnten. Darum ist festgelegt worden, daß die Errichtung neuer Betriebsstätten an eine Zwei-Drittel-Mehrheit gebunden ist.“¹²⁸³

Daß Wolfsburg als frühere „Stadt des KdF-Wagens“ auf das engste mit Volkswagen verbunden war und ist, kann nicht in Abrede gestellt werden. Daß deshalb Produktionsstandorte nur mit Zustimmung der Arbeitnehmer errichtet und verlegt werden dürfen, hingegen schon.

Indem das VW-Gesetz deutsche VW-Standorte, insbesondere Wolfsburg, 671 faktisch vor billiger konzerninterner Auslandskonkurrenz schützt, werden (deutsche) VW-Beschäftigte nicht nur gegenüber ihren Kollegen anderer Automobilkonzerne in Ingolstadt, Bochum und Sindelfingen, sondern auch gegenüber allen anderen Beschäftigten in deutschen Aktiengesellschaften mit ähnlicher Standortbindung (bei Bayer in Leverkusen, bei Siemens in München) privilegiert. Natürlich dient es Wolfsburg, wenn Volkswagen der Stadt nicht den Rücken kehren kann, auch wenn es unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten vielleicht sinnvoll wäre. Dies gilt um so mehr, als Volkswagen mit Abstand größter Arbeitgeber in der Region ist („Autostadt“). Doch dies läßt sich für andere Städte und Regionen ebenso feststellen, ohne daß dort der Wegzug über die allgemeinen Hürden hinaus gesetzlich erschwert würde.

1283 *Schmücker*, MdB (CDU/CSU), BT-PIProt. 3/5863, in der Schlußberatung des VW-Gesetzes.

bb) Keine Standorte sui generis

- 672 Kommunale Einzelinteressen kann der Bundesgesetzgeber nicht zum tauglichen Anknüpfungspunkt für Abweichungen vom allgemeinen Gesellschaftsrecht machen. Anderes läßt sich nur sagen, wenn die betroffene Region Unterschiede tatsächlicher Art aufweist, die sie von anderen Regionen derart unterscheidet, daß sie die Abweichung auch ihrem Umfang nach zu tragen vermögen. Um Sondermitbestimmungsstatute als vor Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigte Handlungsinstrumente staatlicher Wirtschaftspolitik ansehen zu können, bedarf es solcher Umstände, auf die mit allgemeinem Mitbestimmungsrecht – nach der Einschätzung des Gesetzgebers – nicht mehr adäquat reagiert werden kann. Anders als im Fall der Montanmitbestimmung, läßt sich das VW-Gesetz aber nicht einmal ansatzweise als Reaktion auf sozialstaatlichen Handlungsbedarf (um-)interpretieren. Es ist nicht ersichtlich, warum Regionen mit VW-Produktionsstätten gegenüber Regionen mit vergleichbaren Betriebsstätten ebenso beschäftigungsintensiver Branchen strukturell benachteiligt, besonders gefährdet oder schützenswert wären. Will der Staat *gleichheitskonform* verhindern, daß Großbetriebe mit herausragender Bedeutung für die regionale Wirtschaft eines Tages ihren Standort verlagern, muß er § 4 Abs. 2 VW-Gesetz ins MitbestG verschieben. Dann wäre zumindest Art. 3 Abs. 1 GG Genüge getan und alle Standorte wären nach dieser Logik branchen-, regionen- und vor allem firmenunabhängig „gerettet“.

cc) Art. 91a GG

- 673 Regionale Wirtschaftsförderung durch den Bund ist im Rahmen von Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG als Gemeinschaftsaufgabe zulässig, wenn diese für die Gesamtheit bedeutsam ist und die Mitwirkung des Bundes zur Verbesserung der Lebensverhältnisse erforderlich ist. Voraussetzung ist aber, daß es sich um die Erfüllung der Aufgaben der Länder handelt, weswegen vor allem administrative Maßnahmen in Betracht kommen.¹²⁸⁴ Die Norm gibt dem Bund als *lex specialis* gegenüber Art. 30, 83 ff. GG aber keine materielle Regelungskompetenz in den Aufgabenbereichen der Gemeinschaftsaufgaben.¹²⁸⁵ Vielmehr läßt sich der Bestimmung *e contrario* entnehmen, daß regionale Wirtschaftsförderung in erster Linie Länderaufgabe ist.¹²⁸⁶ Für eine Rechtfertigung von Sondermitbestimmungsstatuten kann Art. 91a GG somit nicht herangezogen werden.

1284 BeckOK-GG/Suerbaum, Art. 91a Rn. 1.

1285 Maunz/Dürig, Art. 91a Rn. 7.

1286 Maunz/Dürig, Art. 91a Rn. 20: „Andernfalls hätte die Bestimmung keinen Sinn“.

5. Privatisierung durch Einzelfallgesetz

Das VW-Gesetz war in erster Linie ein Privatisierungsgesetz, das dem Staat Einnahmen und den Bürgern neue Anlagemöglichkeiten („Volksaktien“) bescheren sollte.¹²⁸⁷ Ob im Zuge von Privatisierungen jedoch vom allgemeinen Gesellschaftsrecht abgewichen werden darf, ist fraglich. 674

a) Notwendigkeit eines Einzelfallgesetzes

Das VW-Gesetz ist ein Einzelfallgesetz, denn es regelt nur die Rechtsverhältnisse der Volkswagen AG. Dennoch verstößt es nicht gegen das Verbot des Einzelfallgesetzes. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG verlangt: „Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten.“ Zwar schränkt die Sondermitbestimmung bei Volkswagen die Anteilsrechte der Aktionäre (Art. 14 Abs. 1 GG)¹²⁸⁸ sowie die unternehmerische Freiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ein, doch ist schon nach der überwiegend vertretenen formalen Betrachtung¹²⁸⁹ der Anwendungsbereich des Verbots nicht eröffnet, da weder Art. 12 Abs. 1 Satz 2 noch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG von einer „Einschränkung durch oder aufgrund eines Gesetzes“ sprechen. In seiner zweiten Entscheidung zum VW-Gesetz hatte das BVerfG die Frage des Einzelfallgesetzes aufgeworfen, konnte einen Verstoß aber ohne weiteres ablehnen, da die Verfassungsbeschwerde gegen ein Änderungsgesetz und die damit verbundenen Auflockerungen der Stimmrechtsbeschränkungen gerichtet waren, so daß kein Grundrechtseingriff vorlag.¹²⁹⁰ 675

Aber vor allem sind Privatisierungsgesetze (Deutsche Bahn Gründungsgesetz¹²⁹¹, Postumwandlungsgesetz¹²⁹²) zwangsläufig Einzelfallgesetze, 676

1287 Dazu Rn. 588 ff.

1288 Das in einer Aktie verkörperte Anteilseigentum fällt unter Art. 14 GG, insbes. die mitgliedschaftliche Stellung in einer AG, die das Aktieneigentum vermittelt, und die daraus dem Aktionär erwachsenden Leitungsbefugnisse und vermögensrechtliche Ansprüche; BVerfG vom 27.4.1999 – 1 BvR 1613/94 – BVerfGE 100, 289 (301).

1289 BVerfG vom 18.12.1968 – 1 BvR 638/64 u.a. – BVerfGE 24, 367 (396 f.); BeckOK-GG/Enders, Art. 19 Rn. 3 f.; für Anwendung auf alle Freiheitsgrundrechte Dreier/ders., Art. 19 I Rn. 11; Maunz/Dürig/Remmert, Art. 19 Abs. 1 Rn. 31.

1290 BVerfG vom 17.7.1973 – 1 BvR 764/70; 215, 298, 215, 298/71 – BVerfGE 35, 377 (378).

1291 Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft vom 27.12.1993, BGBl. I, 2378; dazu Badura, Wirtschaftsverfassung, Rn. 173 ff.

denn sie regeln wie die Legalenteignung (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG) einen singulären Sachverhalt, für den eine abstrakt-generelle, auf eine Vielzahl von Fällen gerichtete Regelung („Allgemeines Privatisierungsgesetz“) schlechterdings ausscheidet.¹²⁹³ Daß für den Fiskalakt der Privatisierung überhaupt auf die Gesetzesform zurückgegriffen wurde, war Art. 135 Abs. 5 GG geschuldet.¹²⁹⁴

b) Privatisierungsbedingtes Sonderrecht

- 677 Überführt der Staat Unternehmen, die bislang in seinem Eigentum und mithin unter seiner Alleinherrschaft standen, ganz oder zum Teil in private Hand, ist die Versuchung groß, daß er sich mehr Einflußnahme sichert, als ihm nach allgemeinen Regeln eigentlich verbliebe. Die Folge sind „halbherzige Privatisierungen“¹²⁹⁵, die einen Spagat zwischen Staats- und Privatunternehmen dadurch versuchen, daß der Staat als *primus inter pares* Sonderanteile am Unternehmen (*golden shares*) behält.¹²⁹⁶ Soweit dies kraft Gesetzes erfolgt, wird Sonderrecht geschaffen, das im hier interessierenden Zusammenhang vom allgemeinen Gesellschaftsrecht abweicht und Wirkungen zeitigt, die das Unternehmen besonderer Mitbestimmung unterwirft.
- 678 Ob der Staat sein Vermögen privatisiert, liegt in seinem Ermessen. Er ist nicht verpflichtet, sein „Tafelsilber“ zusammenzuhalten.¹²⁹⁷ Insbesondere bei Privatisierungen im Bereich der Wirtschaftstätigkeit jenseits öffentlicher Aufgaben kann der Bund seine Wirtschaftspolitik weitgehend frei von verfassungsrechtlichen Vorgaben verwirklichen. Entschließt er sich zur Privatisierung, muß diese aber den Gleichheitsanforderungen des Grundgesetzes genügen, soweit es nicht nur um die mit der Überführung unmittelbar in Zusammenhang stehenden Modalitäten geht. So ist bei Aktienausschüttungen zwar ein angemessener Preis anzustreben, doch kann der Staat dabei auch besondere Ziele wirtschafts- und sozialpolitischer Art verfolgen.¹²⁹⁸

1292 Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaft vom 14.9.1994, BGBl. I, 2325; dazu *Badura*, Wirtschaftsverfassung, Rn. 176 ff.

1293 BVerfG vom 10.3.1992 – 1 BvR 454/91 u.a. – BVerfGE 85, 360 (374 f.); kritisch BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 Rn. 10.

1294 Dazu Rn. 587.

1295 *Teichmann/Heise*, BB 2007, 2577 (2580).

1296 Eingehend und rechtsvergleichend *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317 (321 ff.)

1297 HdbStR/*Isensee*, § 122 Rn. 115.

1298 BVerfG vom 17.5.1961 – 1 BvR 561/60 u.a. – BVerfGE 12, 354 (367).

Die mit der Privatisierung einhergehenden Vorteile können nicht dankbar 679
angenommen, die Nachteile der privatwirtschaftlichen Organisationsform
aber eingeschränkt werden. Damit wird für das betreffende Unternehmen
letztlich eine privilegierte Rechtsform *sui generis* geschaffen. Einzelne
Sonderregelungen können dabei durchaus gerechtfertigt sein, wenn das
privatisierte Unternehmen Modifikationen des allgemeinen Rechts
erforderlich macht, wie in den Fällen der Deutschen Bahn AG und der
Deutschen Post AG aufgrund ihrer verwaltungsbehördlichen Vergangen-
heit und öffentlichen Aufgabenwahrnehmung. Freilich muß das Sonder-
recht gerade diesen spezifischen Besonderheiten angemessen Rechnung
tragen.

Im Fall von Volkswagen fehlt es an alledem:

680

- VW war schon immer privatwirtschaftlich (GmbH) organisiert. Mithin waren weder überkommene Verwaltungsstrukturen umzuwandeln, noch beschäftigte das Werk Heerscharen von Beamten, die nun individual- und kollektivrechtlich in privatwirtschaftliche Organisationsformen zu überführen waren.
- VW nimmt keine öffentlichen Aufgaben wahr, deren effektive Wahrnehmung auch nach der Privatisierung gesichert werden müßte, wie etwa ein funktionierendes Post- und Kommunikationswesen.
- VW ist nicht im öffentlichen Interesse übergeordneten Prinzipien, wie dem Gemeinwohl oder der Daseinsfürsorge, verpflichtet. Die Herstellung von Kraftfahrzeugen gehört nicht zur staatlichen Grundversorgung, wie es beispielsweise bei Krankenhäusern diskutiert wird. Selbst wenn VW unterginge, wäre die Versorgung der Bevölkerung mit Kraftfahrzeugen mehr als ausreichend gewährleistet.
- VW ist nicht systemrelevant für das deutsche Wirtschaftssystem insgesamt, wie es verschiedentlich für Großbanken aufgrund ihrer weltweiten Vernetzung und elementaren Funktion für die Marktwirtschaft angenommen wird.

Privatisierungsbedingtes Sonderrecht kann deshalb für die Volkswagen 681
AG nicht geltend gemacht werden. Eine „Überfremdungsgefahr“ durch
ausländische Investoren besteht bei allen privatwirtschaftlichen
Kapitalgesellschaften, deren Anteile frei gehandelt werden.
„Heuschrecken“ sind die Kehrseite satter Millionengewinne. Wäre der
Staat weniger einnahmenorientiert gewesen, hätte er 50 Prozent plus eine
Aktie an VW behalten und damit ohne Sonderrecht weiterhin die Unter-
nehmenspolitik diktieren können, obwohl er nicht zwangsläufig der
bessere Unternehmer ist. Daß damit das Unternehmen ungleich unattrak-

tiver für Investoren geworden wäre und die Privatisierungserlöse entsprechend geringer ausgefallen wären, hätte in Kauf genommen werden müssen. Ein „Privatisierung ja, aber“ ist auf Gesetzeswegen bei rein erwerbswirtschaftlichen Unternehmen gleichheitswidrig.¹²⁹⁹

6. Zusammenfassung

- 682 Das VW-Gesetz war ursprünglich ein Gesetz zur Privatisierung des staatlichen Volkswagenbetriebs. Durch „Volksaktien“ sollte eine breite Anteilstreuung erreicht werden und durch die staatlichen Sonderrechte und Mitbestimmungsergänzungen „Überfremdung“ und Standortverlagerung ausgeschlossen werden. Das Gesetz hatte weder die Aufgabe noch war es dazu geeignet, nationalsozialistisches Unrecht wiedergutmachen. Der staatsvertragliche Kompromiß zwischen dem Land Niedersachsen und dem Bund über die Eigentumsfrage *am* und die Machtverteilung *im* Unternehmen machte keine sondergesetzliche Regelung erforderlich. Die mit dem VW-Gesetz verfolgten wirtschafts- und strukturpolitischen Ziele bieten keine hinreichenden Sachgründe für eine gesetzliche Ungleichbehandlung von VW gegenüber vergleichbaren Großunternehmen der deutschen Wirtschaft. Das VW-Gesetz ist somit ein gleichheitswidriges Sondermitbestimmungsstatut.

III. Vereinbarkeit mit Unionsrecht

- 683 Das VW-Gesetz ist im Folgenden auch auf seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht unter dem Aspekt der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung sowie der Kapitalverkehrsfreiheit zu untersuchen.

1. Unvereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung

- 684 Bei der Volkswagen AG wird die Territorialität des deutschen Mitbestimmungsrechts besonders anschaulich, weil Volkswagen nicht nur viele Arbeitnehmer in ausländischen Betrieben und Tochterunternehmen beschäftigt, sondern das VW-Gesetz auch in seiner noch heute geltenden Fassung den konzerninternen Standortkampf der Belegschaften verschärft.

1299 Und verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit; vgl. GA *Mengozzi*, Schlußanträge vom 2.12.2009 zu EuGH – C-171/08 (*Portugal Telecom*) – Rn. 65; nachfolgend EuGH vom 8.7.2010 – in selber Sache – WM 2010, 1362 (Rn. 60 ff.).

a) Internationalität des VW-Konzerns

Der VW-Konzern beschäftigt allein in Produktionsgesellschaften in Deutschland rund 151.000 Arbeitnehmer, im EU-Ausland rund 71.000 Arbeitnehmer und außerhalb der EU noch mal rund 79.000 Arbeitnehmer; insgesamt sind bei VW und seinen Tochtergesellschaften 178.500 Arbeitnehmer in Deutschland und weitere 211.200 weltweit beschäftigt.¹³⁰⁰ Während die in deutschen Betrieben und Tochterunternehmen beschäftigten Arbeitnehmer zehn der zwanzig Aufsichtsratsmitglieder der VW AG stellen können, stellen die ungefähr halb so arbeitnehmerreichen Belegschaften aus anderen Mitgliedstaaten keinen einzigen Aufsichtsrat und können auch an den Aufsichtsratswahlen nicht teilnehmen, sondern sind deutscher Fremdbestimmung unterworfen. Würde Anteilsgerechtigkeit gemäß des unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes hergestellt, bestünde der Aufsichtsrat nur noch aus sieben deutschen Arbeitnehmervertretern und hätte dafür drei Vertreter aus europäischen Belegschaften. **685**

b) Sondergesetzlicher Standortschutz

Obendrein räumt § 4 Abs. 2 VW-Gesetz nach wie vor dem Aufsichtsrat bei Entscheidungen über die Errichtung und die Verlegung von Produktionsstätten ein Sonderzustimmungsrecht ein, das mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit abgesichert ist. In Verbindung mit der paritätischen Besetzung des Aufsichtsrates wird dadurch eine Standortentscheidung stets von der Zustimmung von wenigstens vier Arbeitnehmervertretern abhängig gemacht. Selbst wenn die Anteilseigner geschlossen abstimmen, können sieben Arbeitnehmervertreter die Entscheidung immer noch blockieren, ohne daß das Doppelstimmrecht der Anteilseignerseite Abhilfe schaffen könnte. Da die Arbeitnehmervertreter nur von im Inland beschäftigten Arbeitnehmern gewählt werden, werden sie bei Standortentscheidungen in der Krise freilich selten zu Lasten deutscher Werke votieren, sondern zunächst ausländische Standorte und die dort beschäftigten Arbeitnehmer, die sich auch nicht bei der nächsten Aufsichtsratswahl rächen könnten, opfern bzw. bei Investitionen für eine angemessene Inlandsquote zu sorgen wissen und sich so vor hauseigener Billigkonkurrenz schützen. **686**

Bei anteilsgerechter Besetzung der Arbeitnehmerbank mit drei Vertretern europäischer Belegschaften, hätten indes auch die Vertreter der **687**

1300 Stand zu den Produktionsgesellschaften: 31.12.2009 ohne Scania; Stand zur Gesamtbelegschaft: 30.9.2010 (Zahlen abrufbar unter www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/content/de/human_resources/developments_in_workforce.html, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

europäischen Belegschaften kein hinreichendes Stimmgewicht, um eine Standortentscheidung zu ihren Lasten zu verhindern. Dies verstieße allerdings nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz in der Unternehmensmitbestimmung, denn weder würden Ausländer mittelbar diskriminiert, noch Mitgliedstaaten nicht anteilsgerecht vertreten oder Betroffene von der Mitentscheidung ausgeschlossen. Im Gegenteil: Wäre – § 4 Abs. 2 VW-Gesetz außer Anwendung gelassen – nur eine Aufsichtsratszustimmung mit absoluter Mehrheit erforderlich, könnten selbst alle Arbeitnehmervertreter gemeinsam aufgrund des Doppelstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden nicht die Entscheidung verhindern. Dies wäre nicht nur mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz in der Unternehmensmitbestimmung vereinbar, sondern entspräche den Grenzen der Mitbestimmung vor der Kapitalverkehrsfreiheit.¹³⁰¹ Solange Niedersachsen wenigstens ein Aufsichtsratsmitglied der Anteilseignerseite stellt, würden freilich keine Entscheidungen zu Lasten deutscher, jedenfalls nicht niedersächsischer Standorte getroffen.

- 688** Anteilsgerechte Teilhabemöglichkeiten in der Unternehmensmitbestimmung garantieren keinen Minderheitenschutz. Arbeitnehmerstarke Belegschaften können deshalb kleinere Belegschaften anderer Mitgliedstaaten überstimmen. Gegen Aufsichtsratsentscheidungen in deutschen Aktiengesellschaften bleibt zwar der Weg über einen „Beharrungsbeschluß“ der Hauptversammlung nach § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG offen, doch ist die Hauptversammlung kein Organ der Arbeitnehmerbeteiligung, sondern der Anteilseignerbeteiligung. Für einen solchen Zustimmungsersetzungsbeschluß wäre außerdem eine Drei-Viertel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich. Dies führt bei VW dazu, daß das mit rund 20 Prozent beteiligte Land Niedersachsen das letzte Wort über Standortverlagerungen behält, da nur die abgegebenen Stimmen zählen und eine hundertprozentige Stimmenvertretung bei Hauptversammlungen praktisch nie erreicht wird.¹³⁰²

¹³⁰¹ Dazu Rn. 214.

¹³⁰² Bei der ordentlichen Hauptversammlung 2008 waren 57,86 Prozent der stimmberechtigten Aktien vertreten (www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/content/de/investor_relations/annual_general_meeting/HV_2008/Voting_Results.html, zuletzt abgerufen am 21.11.2010), auf der ordentlichen Hauptversammlung 2009 waren es 75,08 Prozent (www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/content/de/investor_relations/annual_general_meeting/AGM_2009/Ordentliche_Hauptversammlung/Abstimmungsergebnisse_Ord__HV.html, zuletzt abgerufen am 21.11.2010).

2. Verstoß von Mitbestimmungsprivilegien gegen die Kapitalverkehrsfreiheit

Der Standortschutz hat aber auch Auswirkung auf die Kapitalverkehrsfreiheit. Der EuGH hatte in seiner (ersten) Entscheidung in Sachen VW die Regelung des § 4 Abs. 2 VW-Gesetz nicht überprüfen können, weil die Kommission nur beantragt hatte festzustellen, daß § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 und 3 VW-Gesetz gegen die Kapitalverkehrs- und die Niederlassungsfreiheit verstoßen.¹³⁰³ Indes hat Binnenmarkt Kommissar *McCreevy* zwar angekündigt, weiterhin gegen das VW-Gesetz im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik vorzugehen,¹³⁰⁴ doch konzentriert sich die verbleibende Diskussion ausschließlich auf § 4 Abs. 3 VW-Gesetz, der für wichtige Unternehmensentscheidungen die aktienrechtlich erforderliche Zustimmung der Hauptversammlung mit Drei-Viertel-Mehrheit auf vier Fünftel erhöht, so daß Niedersachsen mit einem Anteil am Grundkapital von knapp über 20 Prozent nicht überstimmt werden kann.¹³⁰⁵ 689

Allerdings kann auch der Standortschutz in Zusammenhang mit dem paritätisch besetzten Aufsichtsrat die Obergrenzen der Mitbestimmung im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit überschreiten.¹³⁰⁶ Nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit gehören zu „Kapitalbewegungen“ im Sinne von Art. 63 Abs. 1 AEUV insbesondere Direktinvestitionen in Form der Beteiligung an einem Unternehmen durch Besitz von Aktien, welche die Möglichkeit verschaffen, sich tatsächlich an der Verwaltung und der Kontrolle eines Unternehmens zu beteiligen.¹³⁰⁷ Nationale Regelungen sind bereits dann als „Beschränkungen“ im Sinne von Art. 63 Abs. 1 AEUV anzusehen, wenn sie geeignet sind, Investoren anderer Mitgliedstaaten davon abzuschrecken, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren.¹³⁰⁸ 690

Das VW-Gesetz ist als staatlich verordnetes Sonderrecht eine nationale Maßnahme. Zwar räumt § 4 Abs. 2 VW-Gesetz nicht dem Staat Sonderrechte ein, sondern der Staat den (in Deutschland beschäftigten) Arbeitnehmern des VW-Konzerns. Doch macht dies aus Sicht der Anleger 691

1303 EuGH vom 23.10.2007 – C-112/05 (*VW-Gesetz*) – Slg. 2007, 8995 (Rn. 1).

1304 Pressemitteilung vom 27.11.2008, IP/08/1797 („Kommission mahnt Deutschland erneut zur Umsetzung von EuGH-Urteil über VW-Gesetz“).

1305 Dazu eingehend *Holle*, AG 2010, 14 ff.; *Rapp-Jung/Bartosch*, BB 2009, 2210 ff.; *Teichmann/Heise*, BB 2007, 2577 (2579 f.).

1306 Dazu Rn. 211 ff.

1307 EuGH vom 8.7.2010 – C-171/08 (*Portugal Telecom*) – WM 2010, 1362 (Rn. 49) m.w.N.

1308 EuGH vom 8.7.2010 – C-171/08 (*Portugal Telecom*) – WM 2010, 1362 (Rn. 50).

für ihre (potentielle) Beteiligung an der Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens keinen Unterschied, weil gerade nicht nur Arbeitnehmer bei unternehmerischen Entscheidungen mitbestimmen, sondern Fremdbestimmung durch Arbeitnehmer in Standortfragen gesetzlich angeordnet wird und damit die Grenzen der Art. 42, 50 Abs. 2 SE-VO überschritten werden. Jeder Aktionär wird sich zweimal überlegen, ob er in ein Unternehmen investiert, bei dem Standortentscheidungen im Zweifel nicht durch ein Machtwort der Anteilseignerseite durchgesetzt werden können, sondern einem Veto-Recht der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat unterliegen, das auch durch einen Beharrungsbeschluß der Hauptversammlung praktisch nicht überwunden werden kann, solange der staatliche Großaktionär Niedersachsen knapp über 20 Prozent des Kapitals hält. *Krause* stellt zutreffend fest:

„Für einen Automobilhersteller dürfte dies kaum weniger bedeutend sein als die Beschränkung der Verfügungsgewalt über Rohölreserven oder Energieleitungsnetze für ein Energieversorgungsunternehmen [...] Dass diese Regelungen den Erwerb einer Beteiligung insbesondere für solche Anleger unattraktiv machen, die an der Verwaltung der Gesellschaft teilhaben wollen, dürfte nicht zu leugnen sein“.¹³⁰⁹

- 692 § 4 Abs. 2 VW-Gesetz beeinträchtigt zwar unterschiedslos sowohl gebietsansässige als auch gebietsfremde Anleger, doch ist dies unerheblich, denn es kommt nur darauf an, daß die nationale Maßnahme die Situation des Erwerbers einer Beteiligung als solche berührt und daher prinzipiell geeignet ist, Anleger aus anderen Mitgliedstaaten von solchen Investitionen abzuhalten und damit den Marktzugang zu beeinflussen.¹³¹⁰
- 693 Freilich stellt sich die Frage der Rechtfertigung. Der freie Kapitalverkehr kann durch nationale Regelungen beschränkt werden, die aus den in Art. 65 AEUV genannten Gründen oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind.¹³¹¹ In seinem (ersten) VW-Urteil hat der EuGH den seinerzeit in Rede stehenden staatlichen Sonderrechten arbeitnehmerschützende Wirkung aberkannt, weil die Bundesrepublik über allgemeine Erwägungen zur Notwendigkeit des Schutzes vor einem die Gesellschaft allein dominierenden Großaktionär hinaus nicht hat darlegen können, warum es zur Erreichung des Ziels, die Arbeitnehmer von VW zu schützen, geeignet und erforderlich sein soll, beim Kapital

1309 *H. Krause*, NJW 2002, 2747 (2750).

1310 EuGH vom 8.7.2010 – C-171/08 (*Portugal Telecom*) – WM 2010, 1362 (Rn. 67).

1311 EuGH vom 23.10.2007 – C-112/05 (*VW-Gesetz*) – Slg. 2007, 8995 (Rn. 72); vom 8.7.2010 – C-171/08 (*Portugal Telecom*) – WM 2010, 1362 (Rn. 69).

dieses Unternehmens eine stärkere und unabänderbare Position öffentlicher Akteure aufrechtzuerhalten.¹³¹²

Dem Veto-Recht in Standortfragen wird man eine arbeitnehmer-schützende Funktion nicht absprechen können, doch dürfen auch Interessen des Allgemeinwohls nicht in diskriminierender Weise verfolgt werden.¹³¹³ In Verbindung mit der Territorialität des deutschen Mitbestimmungsrechts werden durch § 4 Abs. 2 VW-Gesetz aber nur in Deutschland beschäftigte VW-Arbeitnehmer und Arbeitnehmer bei deutschen VW-Tochterunternehmen geschützt, nicht auch solche in anderen Mitgliedstaaten oder bei ausländischen Tochterunternehmen. Damit fehlt es dem nationalen Schutzkonzept an der notwendigen Kohärenz, weil sich ein ausschließlicher Schutzzweck der in Deutschland beschäftigten VW-Arbeitnehmer, der für andere Arbeitnehmer desselben Konzerns nicht gleichermaßen Geltung beansprucht, nicht finden lassen wird. Nationalstaatlicher Protektionismus ist mit dem Binnenmarktgedanken unvereinbar. Deswegen verstößt § 4 Abs. 2 VW-Gesetz gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, indem er die Anteilseigner in Standortfragen vollständig entmachtet und damit Investoren anderer Mitgliedstaaten von Investitionen in das VW-Kapital abschreckt. 694

D. Mitbestimmung bei grenzüberschreitend verschmolzenen Unternehmen

I. Regelungsansatz des MgVG

Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)¹³¹⁴ regelt die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft. Ziel des Gesetzes ist, die in den an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften erworbenen Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer zu sichern (§ 1 Abs. 1 Satz 2 MgVG). Wenn das nationale Recht des Mitgliedstaats, in dem die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat, keinen ausreichenden Schutz zur Sicherung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer gewährt, ist eine Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft zu treffen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 MgVG). Kommt es nicht zu einer solchen Vereinbarung, wird die Mitbestimmung der Arbeitnehmer kraft Gesetzes sichergestellt (§ 1 Abs. 2 Satz 2 MgVG). 695

1312 EuGH vom 23.10.2007 – C-112/05 (*VW-Gesetz*) – Slg. 2007, 8995 (Rn. 74).

1313 Grabitz/*Hilf/Ress/Ukrow*, Art. 56 EGV Rn. 203 m.w.N.

1314 Vom 21.12.2006, BGBl. I 2006, 3332.

- 696 Das MgVG gilt für eine aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft mit Sitz im Inland (§ 3 Abs. 1 Satz 1 MgVG). Es gilt unabhängig vom Sitz dieser Gesellschaft auch für Arbeitnehmer der aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft, die im Inland beschäftigt sind, sowie für inländische beteiligte Gesellschaften, betroffene Tochtergesellschaften und betroffene Betriebe (§ 3 Abs. 1 Satz 2 MgVG). Nach § 4 MgVG finden auf die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft *im Grundsatz* die Mitbestimmungsgesetze des Mitgliedstaats Anwendung, in dem diese Gesellschaft ihren Sitz hat. Liegt der Unternehmenssitz in Deutschland, findet folglich (theoretisch) deutsches Mitbestimmungsrecht einschließlich seines rechtsformspezifischen Geltungsbereichs und seiner Ignoranz gegenüber Auslandsbelegschaften Anwendung.
- 697 Davon abweichend bestimmt allerdings § 5 MgVG, unter welchen Voraussetzungen statt des allgemeinen Sitzstaatenrechts die Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer kraft Vereinbarung (§ 22 MgVG) oder die Regelungen über die gesetzlichen Auffangregeln (§§ 23 ff. MgVG) Anwendung finden. *In aller Regel* wird § 5 Nr. 3 MgVG zur Anwendung kommen,¹³¹⁵ der die Sitzstaatanknüpfung nämlich für den Fall ausschließt, daß für die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft solches innerstaatliches Recht maßgeblich ist, das für Arbeitnehmer in Betrieben dieser Gesellschaft, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden, nicht den gleichen Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmung vorsieht, wie für Arbeitnehmer im Sitzstaat der Gesellschaft. § 5 Nr. 3 MgVG ist deshalb bei Verschmelzungen auf eine deutsche Zielgesellschaft *immer* einschlägig¹³¹⁶ und führt immer zur Nichtanwendung deutschen Mitbestimmungsrechts. Es kommt nämlich weder darauf an, ob die Zielgesellschaft vor der Verschmelzung mitbestimmt war, noch ob sie oder der untergehende Rechtsträger im Zeitpunkt der Verschmelzung Arbeitnehmer im Ausland beschäftigte.¹³¹⁷

Von einer Darstellung der weiteren Einzelheiten zur Mitbestimmung nach dem MgVG wird hier abgesehen.¹³¹⁸

1315 Das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Sitzstaatsprinzips ist praktisch in sein Gegenteil verkehrt, *Brandes*, ZIP 2008, 2193 (2195).

1316 *Brandes*, ZIP 2008, 2193 (2196) m.w.N.

1317 Zutreffend *Brandes*, ZIP 2008, 2193 (2196), gegen *Lunk/Hinrichs*, NZA 2007, 773 (774 f.), die offenbar nur eine konkrete Betrachtung anstellen wollen, obwohl diese weder im Wortlaut des MgVG noch der VerschmelzungsRL angelegt ist.

1318 Eingehend *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89 ff.

II. Kein Gleichbehandlungsproblem

Obwohl dem MgVG auch Unternehmen deutscher Rechtsform unterfallen können, die nach den allgemeinen Mitbestimmungsgesetzen an sich mitbestimmungspflichtig wären, und sich diese Unternehmen damit dem rein nationalen Mitbestimmungsrecht entziehen können, stellt das MgVG nicht die Gleichheit in der deutschen Unternehmensmitbestimmung in Frage. Das MgVG setzt nämlich die Vorgaben der Richtlinie 2005/56/EG (VerschmelzungsRL) zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen¹³¹⁹ in nationales Recht um. Es stellt zwar eine Systemausnahme dar, kann aber aufgrund der fehlenden Sachgestaltungskompetenz des deutschen Gesetzgebers für den unionsrechtlich determinierten Sachverhalt nicht an Art. 3 Abs. 1 GG gemessen werden. 698

Auch umgekehrt bewirkt das übrige deutsche Mitbestimmungsrecht keine Ungleichbehandlung der ihm unterfallenden Unternehmen gegenüber denen, die in den Geltungsbereich des MgVG fallen. Denn der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, eine Rechtslage herbeizuführen, die Unterschiede zu Regelungen anderer Gesetzgeber nivelliert. Sonst müßten Entscheidungen fremder Rechtsetzer trotz eigener Regelungsfreiheit übernommen werden, was zu einem unzulässigen Angleichungsgebot führte. Das MgVG stellt somit zwar das jüngste Sondermitbestimmungsstatut dar, ist aber als Ausprägung eines europäischen Mitbestimmungsrechts am deutschen Gleichheitssatz nicht zu messen. Nur rechtspolitisch kann aus dem MgVG ein Gebot zur systemeinheitlichen Anpassung des gesamt deutschen Mitbestimmungsrechts „nach oben“ zum europäischen, die Arbeitnehmer in Auslandsbelegschaften gleichbehandelnden Rechtszustand entnommen werden. Dank der dem MgVG zugrunde liegenden VerschmelzungsRL ist eine Vereinheitlichung des Mitbestimmungsrechts „nach unten“ zur diskriminierenden Gesetzeslage ausgeschlossen. 699

1319 ABl. 2005, L 310/1.

§ 6 Schlußbetrachtungen

A. Zusammenfassung

I. Systematik und Systemwidrigkeiten des Mitbestimmungsrechts

700 Das deutsche Recht der Unternehmensmitbestimmung verfolgt einen rechtsformspezifischen Regelungsansatz, der nur Unternehmen in den Rechtsformen erfaßt, die in den Mitbestimmungsgesetzen enumerativ aufgeführt werden. Als übergeordnete Regelungsprinzipien können sowohl das aus dem Regelungsansatz der Mitbestimmung abzuleitende gesellschaftsrechtsakzessorische Aufsichtsratsdogma als auch das aus dem Grundsatz der Unvereinbarkeit von Mitbestimmung und persönlicher Haftung abzuleitende Haftungsprinzip dienen. Das Aufsichtsratsdogma kann für sich in Anspruch nehmen, näher am Gesetz zu sein und positiv Mitbestimmung in allen Unternehmen verlangen zu können, die nach ihrem Gesellschaftsstatut einen Aufsichtsrat haben können. Das Haftungsprinzip ist dagegen schon seiner Formulierung nach eher dazu geeignet, negativ Unternehmen aus der Mitbestimmung auszuschließen oder in ihrer Mitbestimmungsintensität einzuschränken, wenn die persönliche Haftung von Gesellschaftern für mitbestimmte unternehmerische Entscheidungen droht.

701 Das Mitbestimmungsrecht weist außerdem grundsätzlich eine mit zunehmender Belegschaftsgröße wachsende Mitbestimmungsintensität auf, wobei die Intensität durch eine Erhöhung des Anteils der Arbeitnehmersitze im Aufsichtsrat erfolgt. Mitbestimmung ist Betroffenenbeteiligung und versucht als solche möglichst alle von einer unternehmerischen Leitungsmacht erfaßten Arbeitnehmer in die Teilhabe einzubeziehen, indem Arbeitnehmer im Konzern dem Mutterunternehmen zugerechnet werden und die Arbeitnehmer einer GmbH & Co. KG von der mangels Aufsichtsrat mitbestimmungsuntauglichen KG zur mitbestimmungstauglichen GmbH gezählt werden.

II. Gleichbehandlungsgrundsätze

1. Verfassungsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

702 Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verlangt die Gleichbehandlung wesentlich Gleichens auch vom Gesetzgeber. Das Mitbestimmungsrecht schränkt die unternehmerische Freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ein und ist Inhalts- und Schrankenbestimmung im

Sinne der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG, weshalb Mitbestimmungsregelungen im „verfassungsnahen“ Bereich angesiedelt sind und folglich Ungleichbehandlungen im Mitbestimmungsrecht das Ausmaß einer systemwidrigen Regelung mit dem verfolgten Anliegen schonend in Ausgleich bringen müssen. Gesetzliche Differenzierungen müssen ihrer Intensität entsprechend in angemessenem Verhältnis zum Sachgrund stehen, d.h. je stärker von allgemeinen Prinzipien der Mitbestimmung abgewichen wird, desto höhere Anforderungen sind an den mit der Ungleichbehandlung verfolgten Zweck und die Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung zu stellen.

2. Unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

a) Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit erfaßt alle formellen und materiellen 703
Arbeitsbedingungen, wozu auch die Teilhabemöglichkeit in der Unternehmensmitbestimmung gehört. Werden nach mitgliedstaatlichem Recht nur Arbeitnehmer in die Unternehmensmitbestimmung einbezogen, die im Inland ihren Beschäftigungsort haben, werden alle Arbeitnehmer, die einen ausländischen Beschäftigungsort haben, aber im selben Unternehmen oder Konzern beschäftigt sind, wegen ihres Beschäftigungsortes ungleich behandelt und damit mittelbar aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit richtet sich auch gegen Regelungen, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit Arbeitnehmern die Herstellung eines grenzüberschreitenden Bezugs weniger attraktiv machen. Einen grenzüberschreitenden Bezug begründet nicht nur der tatsächliche Wechsel eines Arbeitnehmers von einem Mitgliedstaat in den anderen, sondern bereits das Begründen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat. Arbeitnehmerfreizügigkeit heißt nicht Gewerkschaftsfreizügigkeit und Arbeitnehmermitbestimmung nicht Gewerkschaftsmitbestimmung. Werden Gewerkschaften in die Organmitbestimmung nach mitgliedstaatlichem Recht einbezogen, darf dies nicht die Mitbestimmungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer beschneiden, insbesondere keine Ungleichbehandlung der Belegschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten bewirken.

b) Niederlassungsfreiheit

Das Aufsichtsratsamt unterfällt als Teil der Unternehmensleitung der 704
Niederlassungsfreiheit. Beim Zugang zum Amt ist für Vertreter, die auch Arbeitnehmer im Unternehmen oder einem seiner Tochterunternehmen sind, die Arbeitnehmerfreizügigkeit vorrangig. Die Niederlassungsfreiheit erfaßt hingegen nur die Mandatsausübung.

- 705 Die VerschmelzungsRL trifft in Verbindung mit der SE-BeteiligungsRL auch Regeln für deutsche Kapitalgesellschaften mit Belegschaften in mehreren Mitgliedstaaten, wenn dieser Zustand durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung entstanden ist. Daraus lassen sich allgemeine Prinzipien des Unionsrechts ableiten, wie die Unternehmensmitbestimmung bei grenzüberschreitenden Unternehmen und Konzernen unionsrechtskonform auszugestalten ist. Dabei ist auf primärrechtliche Verankerung der sekundärrechtlichen Prinzipien zu achten. Zu diesen übergreifenden Prinzipien zählen vor allem der Grundsatz der Betroffenenbeteiligung und der anteilsgerechten Vertretung der Belegschaften nach Mitgliedstaaten. Der Vorrang von Verhandlungslösungen ist kein unionsrechtlicher Grundsatz.

c) Kapitalverkehrsfreiheit

- 706 Das allgemeine Mitbestimmungsrecht stellt keine „Goldene Aktie“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit dar. Aus Art. 42 Satz 2 und 50 Abs. 2 SE-VO folgt die Grenze des Mitbestimmungsrechts gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit, indem den Anteilseignern stets das Letztentscheidungsrecht in Unternehmensangelegenheiten verbleiben muß, damit Direktinvestitionen in das Unternehmen für Anleger attraktiv bleiben.

d) Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung

- 707 Als Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf läßt sich dem Unionsrecht ein Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung entnehmen. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht merkmalspezifisch, sondern bereichsspezifisch. Es steht im Rang primären Unionsrechts. Für den deutschen Gesetzgeber folgt daraus die *Pflicht*¹³²⁰, das Mitbestimmungsrecht so auszugestalten, daß auch Arbeitnehmer, die regelmäßig jenseits der Staatsgrenze oder in inländischen Betrieben ausländischer Tochterunternehmen beschäftigt sind, gleiche Teilhabe beim in Deutschland ansässigen Mutterunternehmen haben.

1320 A.A. *Braun*, Sicherung der Unternehmensmitbestimmung, S. 208 ff.; *Zinger*, Internationalisierung, S. 239.

III. Systemimmanente Ungleichbehandlungen

1. Mitbestimmungsfreie Unternehmen

Einzelunternehmen sowie Personengesellschaften in den Rechtsformen GbR, OHG und KG sind sowohl nach dem gesellschaftsrechtsakzessorischen Aufsichtsratsdogma als auch nach dem Haftungsprinzip nicht mitbestimmungstauglich, weil sie weder nach ihrem typischen Gesellschaftsstatut einen Aufsichtsrat noch eine Haftungsbeschränkung für ihre Gesellschafter im Außenverhältnis kennen. 708

Bei einer kapitalistischen KGaA, deren persönlich haftender Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft ist (Kapitalgesellschaft & Co. KGaA) findet keine Arbeitnehmerzurechnung analog § 4 MitbestG statt, weil die KGaA im Gegensatz zur KG bereits in die Mitbestimmung einbezogen ist. 709

Auch eine kapitalistische OHG, deren Gesellschafter allesamt Kapitalgesellschaften sind, kann nicht analog § 4 MitbestG in die Mitbestimmung einbezogen werden, weil sie ein gleichgeordnetes Unternehmensgebilde darstellt, daß dem ebenfalls mitbestimmungsrechtlich nicht erfaßten Gleichordnungskonzern näher steht als einer Kapitalgesellschaft & Co. KG. 710

Stiftungen sind nicht mitbestimmt, weil sie nach ihrem typischen Gesellschaftsstatut keinen Aufsichtsrat kennen. Auf die Einhaltung des Stiftungszwecks achtet die staatliche Stiftungsaufsicht. 711

Tendenzunternehmen sind aus der Mitbestimmung ausgenommen, um ihre Freiheit zu geistig-ideeller Tendenzbildung, Tendenzverfolgung und Tendenzvermittlung zu sichern und sie auf der Ebene der Unternehmensleitung von mitbestimmungsrechtlichen Einflüssen freizuhalten. Dies rechtfertigt sich aus den besonderen Freiheitsgrundrechten, welche die Tendenzunternehmen für sich in Anspruch nehmen können. Unternehmen, die rein karitative Zwecke verfolgen, können zwar keinen besonderen Grundrechtsschutz für sich beanspruchen, doch dienen sie unmittelbar dem Schutz des elementaren Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit anderer, was ihre Gleichstellung rechtfertigt. 712

Unternehmen ausländischen Rechts mit Verwaltungssitz im Inland sind in die deutsche Mitbestimmung schon nach dem gesellschaftsrechtsakzessorischen Aufsichtsratsdogma nicht einzubeziehen. Gleichheitsrechtlich ist eine analoge oder substitutive Anwendung der Mitbestimmungsgesetze auf sie nicht notwendig, weil aus Sicht des nationalen Gleichbehandlungsgrundsatzes die Sachverhalte – Unternehmen inländischen und ausländischen Rechts – nicht wesentlich gleich sind. 713

Unternehmen europäischen Rechts sind der deutschen Mitbestimmung schon deshalb nicht zugänglich, weil dem deutschen Gesetzgeber die 714

Gestaltungsmacht für solch supranationale Rechtsformen fehlt. Sie begründen ein eigenes, europäisches Mitbestimmungsrecht.

2. Mitbestimmung bei Alt-Gesellschaften

- 715 Unternehmen in der Rechtsform AG und KGaA, die vor dem 10. August 1994 ins Handelsregister eingetragen wurden, unterfallen auch dann der Drittelbeteiligung, wenn sie regelmäßig weniger als 501 Arbeitnehmer beschäftigen. Dabei handelt es sich um eine Mitbestimmungserhaltungsvorschrift, die keine Übergangsregelung vorsieht. Der mit der Regelung verfolgte grundsätzlich legitime Zweck der Kontinuitätswahrung wird aber schon durch die Anknüpfung an der Handelsregistereintragung nicht in geeigneter Weise verfolgt. Die zeitlich unbeschränkte Fortgeltung alten Mitbestimmungsrechts für Alt-Gesellschaften ist überdies nicht mehr erforderlich, um der eingeübten Mitbestimmung bei Alt-Gesellschaften Rechnung zu tragen. Das Sonderrecht ist somit heute mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

3. Mitbestimmung von Auslandsbelegschaften und Arbeitnehmern ausländischer Tochterunternehmen

- 716 Die Territorialität des deutschen Mitbestimmungsrechts schließt Arbeitnehmer mit ausländischem Beschäftigungsort und bei ausländischen Tochtergesellschaften deutscher Mutterunternehmen von der Unternehmens- und Konzernmitbestimmung aus. Dies verstößt gegen den unionsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung, denn die Territorialität führt nicht nur zu mittelbaren Diskriminierungen von Arbeitnehmern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, sondern vor allem auch zur Benachteiligung der Beschäftigten an ausländischen Standorten aufgrund defizitärer Belegschaftsrepräsentierung.
- 717 Die Auslandsblindheit des deutschen Mitbestimmungsrechts kann nicht mit dem „Territorialitätsprinzip“ gerechtfertigt werden. Zwar kann der deutsche Gesetzgeber nicht die Rechtsdurchsetzung seines Mitbestimmungsrechts im Ausland herbeiführen, aber ist es ihm nicht versagt, an Auslandssachverhalte Rechtsfolgen im Inland zu knüpfen. Die VerschmelzungsRL und die SE-BeteiligungsRL ermöglichen indes die Rechtsdurchsetzung auch im EU-Ausland. Zwar gelten sie nur für aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaften bzw. die SE, doch bestehen in tatsächlicher Hinsicht zwischen grenzüberschreitend expandierenden und verschmelzenden Unternehmen keine Unterschiede und werden die Mitgliedstaaten durch die Richtlinien und die *Inspire-Art*-Rechtsprechung des EuGH zur Anerkennung der Mitbestimmungsmodelle anderer Mitgliedstaaten verpflichtet.

Im übrigen sind ausländische Arbeitnehmer nicht zur Mitbestimmung ungeeignet, stellt das deutsche Mitbestimmungsrecht keine positive Maßnahme zugunsten der in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer dar und können auch Belange des Arbeitnehmerschutzes die Territorialität nicht rechtfertigen. 718

IV. Systeminterne Ungleichbehandlungen

1. Mitbestimmung beim VVaG

Der VVaG wird nur nach dem DrittelbG, nicht auch nach dem MitbestG mitbestimmt. Diese Ungleichbehandlung gegenüber den anderen, von beiden Gesetzen erfaßten Unternehmensformen ist nicht mit den Besonderheiten des VVaG zu rechtfertigen, weil seine spezifische Gegenseitigkeit nur auf Seite der Vereinsmitglieder, nicht auch gegenüber den Arbeitnehmern besteht. Auch das Haftungsprinzip steht einer Einbeziehung des VVaG ins MitbestG nicht im Wege, weswegen seine ausschließliche Drittelmitbestimmung mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist. 719

Der fehlende Aufsichtsratszwang für den kleinen VVaG mit mehr als 500 Arbeitnehmern und damit seine Privilegierung gegenüber der GmbH, die in diesem Fall einen Aufsichtsrat obligatorisch einzurichten hat, rechtfertigt sich daraus, daß der kleine VVaG einem BGB-Verein näher steht als einem großen VVaG und seine wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten und damit ein Bedürfnis nach Unternehmensmitbestimmung stark eingeschränkt sind. 720

2. Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG

Eine Arbeitnehmerzurechnung der Arbeitnehmer von einer KG zu ihrer Komplementärgesellschaft kennt nur § 4 MitbestG, während dem DrittelbG eine entsprechende Regelung fehlt. Da die Betroffenenbeteiligung im Rahmen der Arbeitnehmerzurechnung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG nicht abhängig von der Belegschaftsstärke zunimmt, sondern nur ab einer Gesamtbelegschaft von 2.000 Arbeitnehmern greift, obwohl Belegschaften geringerer Größe gleichermaßen vom Mitbestimmungsdefizit bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG betroffen sind, knüpft das Mitbestimmungsrecht an zwei wesentlich gleiche Sachverhalte unterschiedliche Rechtsfolgen, ohne daß ein Sachgrund dafür vorläge. Das Fehlen einer § 4 MitbestG vergleichbaren Regelung im DrittelbG verstößt deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG. 721

3. Arbeitnehmerzurechnung im faktischen Konzern

- 722 Eine Zurechnung von Arbeitnehmern aus Tochter- zu Mutterunternehmen zum Zwecke der Feststellung der für das Mitbestimmungsstatut maßgeblichen Mindestarbeitnehmerzahl findet im Vertragskonzern und faktischen Konzern gleichermaßen nur nach § 5 Abs. 1 MitbestG statt, während § 2 Abs. 2 DrittelbG das Mitzählen der Konzernarbeitnehmer beim Mutterunternehmen nur im Vertragskonzern vorsieht. Diese Ungleichbehandlung kann nicht mit Unterschieden von faktischen Konzern und Vertragskonzern gerechtfertigt werden, weil die tatsächliche Mitbestimmung in beiden Konzerntypen und nach beiden Mitbestimmungsgesetzen gleichermaßen durchgeführt wird. Führen faktische Konzernbeziehungen nicht zur Drittelbeteiligung, aber zur quasi-paritätischen Mitbestimmung beim Mutterunternehmen, während das Mitbestimmungsrecht im übrigen von der Gleichwertigkeit der Konzernbeziehungen und damit der mitbestimmungsrelevanten Sachverhalte ausgeht, ist dies systemwidrig und mangels Sachgrunds ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

V. Systemausnahmen

1. Sondermitbestimmung in der Montanindustrie

- 723 Die Montanmitbestimmung stellt die stärkste Form der Mitbestimmung im deutschen Recht dar, indem sie das Letztentscheidungsrecht der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat aufhebt und statt dessen ein weiteres, neutrales Aufsichtsratsmitglied vorsieht. Auch kann der Arbeitsdirektor als Mitglied des Vorstands in montanmitbestimmten Unternehmen nicht gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gewählt werden. Die besatzungsrechtliche Determination der Montanmitbestimmung kann ihre Sonderbehandlung nicht rechtfertigen, weil der Gesetzgeber bei Erlass der Montanmitbestimmungsgesetze keinen Bindungen unterworfen war. Auch die vermeintlich besondere Bedeutung der Montanindustrie stellt kein Sachgrund für ein Sondermitbestimmungsstatut dar. Ihren einzigen, ansatzweise tragfähigen Sachgrund hat die Montanmitbestimmung durch Bewältigung des Strukturwandels verloren. Heute ist sie ein gleichheits- und damit verfassungswidriger Anachronismus.
- 724 Bei der Montanmitbestimmung zeigt sich die Territorialität des Mitbestimmungsrechts in besonderer Weise, weil mit der Aufhebung des Letztentscheidungsrechts der Anteilseigner die nur aus dem Inland gewählten Arbeitnehmervertreter mehr Macht bekommen, die sie zu Lasten ausländischer Standorte und der dortigen Beschäftigten einsetzen können und werden. Mit dem Wegfall des Letztentscheidungsrechts der Anteilseigner wird allerdings die Obergrenze der Mitbestimmung im

Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit in Anlehnung an Art. 42 Satz 2, 50 Abs. 2 SE-VO überschritten, weil Investoren anderer Mitgliedstaaten von Direktinvestitionen in das Kapital dieser Unternehmen abgeschreckt werden, wenn sie im Zweifel kein Letztentscheidungsrecht im Aufsichtsrat haben.

2. Sondermitbestimmung bei den Grenzkraftwerken

Die Betreiberunternehmen diverser deutsch-österreichischer und deutsch-schweizerischer Grenzkraftwerke unterfallen völkervertraglichen Sondermitbestimmungsstatuten, die aus den jeweiligen Verhandlungen mit den Nachbarstaaten hervorgegangen sind und sich auch aus den bilateralen Besonderheiten erklären. Die Grenzkraftwerksvereinbarungen sind deshalb weder miteinander noch gegenüber rein innerstaatlichen Sachverhalten vergleichbar, da die für Art. 3 Abs. 1 GG notwendig einheitliche Sachgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht gegeben ist. 725

Indem die Verträge die Arbeitnehmer beider Anrainerstaaten gleichermaßen im Aufsichtsrat beteiligen, ist bei ihnen keine unzulässige Territorialität festzustellen. Nur das Mitbestimmungsstatut bei den deutsch-österreichischen Grenzkraftwerken ist zur Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht hinsichtlich des Begriffs der „Arbeitnehmerschaft“ entsprechend weit auszulegen. 726

3. Sondermitbestimmung bei Volkswagen

Das VW-Gesetz war ursprünglich ein Gesetz zur Privatisierung des staatlichen Volkswagenbetriebs. Das Gesetz hatte weder die Aufgabe noch war es dazu geeignet, nationalsozialistisches Unrecht wiedergutzumachen. Der staatsvertragliche Kompromiß zwischen dem Land Niedersachsen und dem Bund über die Eigentumsfrage am und die Machtverteilung im Unternehmen machte keine sondergesetzliche Regelung erforderlich. Die mit dem VW-Gesetz verfolgten wirtschafts- und strukturpolitischen Ziele, bieten keine hinreichenden Sachgründe für eine gesetzliche Ungleichbehandlung von VW gegenüber vergleichbaren Großunternehmen der deutschen Wirtschaft. Das VW-Gesetz ist somit ein gleichheitswidriges Sondermitbestimmungsstatut. 727

Bei VW verdeutlicht sich die Territorialität des deutschen Mitbestimmungsrechts besonders darin, daß der VW-Konzern sehr international aufgestellt ist und entsprechend viele Arbeitnehmer im Ausland beschäftigt, die im Wolfsburger Aufsichtsrat keine Vertreter ihrer Interessen wieder finden. Dies wird sondergesetzlich noch verschärft indem über Standortentscheidungen im quasi-paritätisch besetzten Aufsichtsrat mit Zwei-Drittel-Mehrheit abzustimmen ist (§ 4 Abs. 2 VW-Gesetz) und das Land Niedersachsen eine faktische Sperrminorität von 20 728

Prozent Kapitalanteil am Unternehmen hält. Weil Standortentscheidungen bei VW nicht ohne Zustimmung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat getroffen werden können, werden Anleger von Direktinvestitionen in das Unternehmen abgehalten und verstößt das § 4 Abs. 2 VW-Gesetz folglich gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.

4. Mitbestimmung bei grenzüberschreitend verschmolzenen Unternehmen

- 729 Das MgVG kann zwar auch deutsche Unternehmen erfassen, die nach allgemeinen Regeln mitbestimmungspflichtig wären, stellt aber gleichwohl kein gleichheitswidriges Sondermitbestimmungsstatut dar, weil es auf der VerschmelzungsRL basiert und damit einen unionsrechtlich determinierten Sachverhalt regelt, für den der deutsche Gesetzgeber nicht mehr die uneingeschränkte Sachgestaltungsbefugnis besitzt.

B. Konsequenzen und Ausblick

I. Praktische Folgen

- 730 Bezüglich der praktischen Folgen sollen hier nur exemplarisch der Verfassungsrechtsschutz gegen die Montanmitbestimmung und Unionsrechtsschutz gegen die allgemeine deutsche Unternehmensmitbestimmung erläutert werden.

1. Verfassungsrechtsschutz gegen die Montanmitbestimmung

- 731 Montanmitbestimmte Unternehmen unterliegen derzeit wegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrigen Mitbestimmungsstatuten. Zwar erscheint es unwahrscheinlich, daß Betriebsräte, Gewerkschaften oder auch die Unternehmensleitung montanmitbestimmter Unternehmen den Rechtsweg beschreiten, weil sie sich mit den Umständen arrangiert haben.¹³²¹ Doch kann nach § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AktG auch *jeder Aktionär* das gerichtliche Statusverfahren nach §§ 98 ff. AktG einleiten. Aktionäre können durchaus ein Interesse daran haben, ihre Anteilsrechte zu stärken, indem sie das Unternehmen wenigstens in die quasi-paritätische Mitbestimmung überführen.
- 732 Im Zuge des gerichtlichen Statusverfahren kann das gem. § 98 Abs. 1 AktG zuständige Landgericht dann nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG das MontanMitbestG bzw. MontanMitbestErgG vorlegen. Die Vorlagepflicht setzt aber voraus, daß die Verfassungsmäßigkeit der zur Prüfung vorgelegten Norm für das Ausgangsverfahren entscheidungserheblich

1321 Ähnlich *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (271).

ist.¹³²² Wird die Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift mit einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG begründet, liegt Entscheidungserheblichkeit nur vor, wenn gerade der Kläger des Ausgangsverfahrens von der gerügten Diskriminierung betroffen wird.¹³²³ Dies trifft auf Aktionäre freilich zu (im Gegensatz zu den nach § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4-10 AktG Antragsberechtigten), weil sie durch die verschärfte Montanmitbestimmung in ihren Anteilsrechten beeinträchtigt werden.

Sollte das BVerfG nur einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG und nicht gegen weitere Grundrechte feststellen, kann es das Gesetz wegen der bei Gleichheitsverstößen grundsätzlich zu beachtenden alternativen Regelungsmöglichkeiten des Gesetzgebers gem. § 31 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BVerfGG nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklären: 733

„[Ein] Verstoß des Gesetzgebers gegen Art. 3 Abs. 1 GG [kann] regelmäßig auf verschiedene Weise geheilt werden: Entweder wird die übergangene Gruppe in die gesetzliche Vergünstigung einbezogen, oder die Vergünstigung wird überhaupt beseitigt, oder der Kreis der Begünstigten wird nach anderen, dem Art. 3 Abs. 1 GG entsprechenden Merkmalen abgegrenzt. Welche dieser Möglichkeiten im konkreten Fall gewählt werden soll, muß grundsätzlich der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen bleiben, zumal ihm bei begünstigenden Regelungen im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG ein weiter Ermessensspielraum zusteht [...] Das Bundesverfassungsgericht darf daher bei Feststellung des Verfassungsverstößes nicht selbst die verletzte Gleichheit wiederherstellen, indem es die gesetzliche Vergünstigung auf die übergangene Personengruppe ausdehnt, weil es damit der Entscheidung des Gesetzgebers vorgreifen würde. Etwas anderes gilt nur, wenn mit Rücksicht auf einen zwingenden Verfassungsauftrag oder nach den sonstigen Umständen des Einzelfalles nur diese eine Möglichkeit zur Beseitigung des Verfassungsverstößes in Betracht kommt“.¹³²⁴

Wegen der wenigstens theoretischen Möglichkeit, die Unternehmensmitbestimmung ganz abzuschaffen, wird das BVerfG die Montanmitbestimmung nur für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklären und dem Gesetzgeber bis zu einem bestimmten Datum aufgeben, eine gleichheitskonforme Neuregelung zu schaffen. Ist bis zum Ablauf dieser Frist keine 734

1322 St.Rspr. seit BVerfG vom 25.10.1960 – 1 BvL 8/56 – BVerfGE 11, 330; vom 22.9.2009 – 2 BvL 3/02 – DVBl 2009, 1447 (Rn. 22).

1323 BVerfG vom 24.1.1984 – 1 BvL 7/82 – BVerfGE 66, 100 (105 ff.); vom 18.7.1984 – 1 BvL 3/81 – BVerfGE 67, 239 (244); vom 9.2.2010 – 1, 3, 4 BvL 1/09 – NJW 2010, 505 (Rn. 125).

1324 BVerfG vom 28.11.1967 – 1 BvR 515/63 – BVerfGE 22, 349 (361 f.); ebenso BVerfG vom 29.9.1998 – 2 BvL 64/93 – BVerfGE 99, 69 (83).

Gesetzesänderung erfolgt, können die Gerichte die verfassungswidrige Regelung richterrechtlich ersetzen.¹³²⁵

2. Unionsrechtsschutz gegen die deutsche Mitbestimmung

a) Anwendungsvorrang des Unionsrechts

- 735 Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts verlangt von den Mitgliedstaaten, unionsrechtswidriges nationales Recht außer Anwendung zu lassen.¹³²⁶

aa) Diskussion in der Literatur

- 736 *Hellwig* und *Behme* ziehen für das deutsche Recht der Unternehmensmitbestimmung aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts die Konsequenz, daß (zumindest alle künftig zu wählenden) Aufsichtsräte deutscher Unternehmen mitbestimmungsfrei zu bleiben haben, bis eine Neuregelung der Wahlmodalitäten erfolgt ist:

„Wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts sind die Vorschriften des MitbestG und des DrittelbG über die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat von Gerichten und Behörden nicht mehr anzuwenden. [...] Nicht nur Gerichte und Behörden, sondern auch die Unternehmen als juristische Personen des Privatrechts dürfen die Wahlvorschriften somit nicht mehr anwenden. Damit können Wahlen von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat nicht mehr durchgeführt werden, mit der Konsequenz, dass eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene nicht mehr stattfindet.“¹³²⁷

- 737 Dagegen hält *Teichmann* dieses Ergebnis für „sinnwidrig“:

„Art. 12 EG würde bei einer solchen Betrachtung das nationale Wirtschaftsrecht auf breiter Front außer Kraft setzen und damit zu einer schwer vertretbaren Beeinträchtigung des legislativen Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten auf ihrem eigenen Territorium führen.“¹³²⁸

- 738 *Hellwig* und *Behme* erwidern:

„Der Sinn von nationalen Rechtsvorschriften – hier also MitbestG und DrittelbG – hat gegenüber höherrangigem Gemeinschaftsrecht nicht, wie

1325 Maunz/*Bethge*, § 31 Rn. 240.

1326 EuGH vom 15.7.1964 – 6/64 (*Costa/ENEL*) – Slg. 10, 1251; instruktiv *Streinz*, Europarecht, Rn. 201 ff.

1327 *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (270 f.).

1328 *Teichmann*, Beilage zu ZIP 48/2009, 10 (12).

Teichmann offenbar annimmt, eine per-se-Relevanz, sondern kann nur auf der Ebene der Rechtfertigung durch zwingende Allgemeininteressen Relevanz entfalten. Werden die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts dafür nicht erfüllt, dann steht der Verstoß gegen das vorrangige Gemeinschaftsrecht fest und findet der ‚Sinn‘ von nationalen Regelungen auf der Ebene der Rechtsfolge keine Beachtung mehr. Schon aus Gründen des *effet utile* ist es zwingend, dass diskriminierende und die Grundfreiheiten beschränkende Regelungen der Mitgliedstaaten nicht mehr angewendet werden. Andernfalls würde der gemeinschaftsrechtswidrige Zustand perpetuiert“. ¹³²⁹

bb) Stellungnahme

Es ist zwischen den allgemeinen Auswirkungen des Anwendungsvorrangs auf die deutschen Mitbestimmungsgesetze und das damit bei künftigen Aufsichtsratswahlen anzuwendende Recht einerseits und den konkreten Auswirkungen auf die nach bisherigem Recht gewählten Aufsichtsräte und die von ihnen getroffenen und noch zu treffenden Entscheidungen andererseits zu differenzieren: 739

[1] Allgemeine Auswirkungen des Anwendungsvorrangs auf die deutschen Mitbestimmungsgesetze

Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot des Art. 157 AEUV davon aus, daß den Diskriminierten die gleichen Vorteile zu gewähren sind, wie der Vergleichsgruppe der Nicht-diskriminierten, also eine Anpassung „nach oben“ vorzunehmen ist. ¹³³⁰ Allerdings handelt es sich beim Geschlechterdiskriminierungsverbot um eine Ausnahmevorschrift, bei welcher der EuGH nur aufgrund der Verknüpfung mit der „Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen auf dem Wege des Fortschritts“ gem. Art. 151 Abs. 1 AEUV davon ausgeht, daß als einzig zulässige Rechtsfolge die Anhebung der niedrigen Löhne und Gehälter auf das höhere Vergleichsniveau in Betracht kommt. ¹³³¹ Verallgemeinerungsfähig ist dies nicht. ¹³³² 740

Im übrigen bestimmen sich die Rechtsfolgen eines Gleichheitsverstoßes danach, ob der betroffene Rechtssatz belastet oder begünstigt. Im Fall einer Belastung führt die rechtswidrige Diskriminierung zur Nichtigkeit der Regelung, während bei einer Begünstigung als Rechtsfolgen nicht nur die Nichtigkeit, sondern auch die Erstreckung auf die bislang gleichheitswidrig ausgeschlossene Gruppe sowie eine völlige Neudefinition des 741

¹³²⁹ *Hellwig/Behme*, ZIP 2010, 871 (873).

¹³³⁰ Nachweise bei *Grabitz/Hilf/Langenfeld*, Art. 141 EGV Rn. 72.

¹³³¹ *Kischel*, EuGRZ 1997, 1 (9).

¹³³² A.A. offenbar *Classen*, EuR 2008, 627 (643).

Kreises der Begünstigten in Betracht kommt. Darüber entscheidet aber nicht der EuGH, sondern er stellt nur die Gleichheitsverletzung fest.¹³³³

742 Auf das deutsche Mitbestimmungsrecht scheint indes beides zuzutreffen: Es begünstigt die Inlandsbelegschaften und benachteiligt die Auslandsbelegschaften. Geht man mit *Hellwig* und *Behme* den Weg der Anpassung „nach unten“, begünstigt das Mitbestimmungsrecht nicht mehr Inlandsbelegschaften und benachteiligt nicht mehr Auslandsbelegschaften. Dies stellt unbenommen einen gleichheitskonformen Zustand dar. Anderes ließe sich bei der Anpassung „nach oben“ behaupten, denn obgleich dann theoretisch auch allen Arbeitnehmern in ausländischen Betrieben und bei ausländischen Tochterunternehmen gleiche Teilhabe in der Unternehmensmitbestimmung zu gewähren wäre, fehlten noch die konkreten Wahlvorschriften, welche die Gleichbehandlung praktisch werden lassen könnten. Im Ergebnis könnte noch kein vollkommen gleichheitskonformer Zustand hergestellt werden, wenn man der Meinung ist, die Wahl von Arbeitnehmervertretern zum Aufsichtsrat wäre nur mit neuen Wahlvorschriften realisierbar.

743 Doch ist *Teichmann* mit seiner Replik auf *Hellwig* und *Behme* zuzustimmen:

„Das Verdikt der Nichtanwendbarkeit bezieht sich üblicherweise auf die diskriminierende Passage eines Gesetzes, nicht auf die begünstigende. Das Diskriminierungsverbot ist auf der Rechtsfolgenseite ein Gleichbehandlungsgebot. Die benachteiligte Gruppe wird an diejenige herangeführt, die bislang bevorzugt wurde. [...] Im Mitbestimmungsgesetz jedoch gibt es keine Norm, die Ausländer vom Wahlrecht ausschließt und somit für unanwendbar erklärt werden könnte. Es ist das Schrifttum, das eine strikte Begrenzung auf das Inland vertritt. Sollte das gegen Unionsrecht verstoßen, muss man sich eben eines Besseren besinnen und das Gesetz künftig europarechtskonform auslegen“.¹³³⁴

744 Diskriminierungsverbote können diskriminierende Regelungen beseitigen. Gleichbehandlungsgebote richten sich an den Gesetzgeber, keine diskriminierende Regelung zu schaffen. Hat der Gesetzgeber keine ihrem Wortlaut nach diskriminierende Regelung geschaffen, sondern folgt die Diskriminierung aus ungeschriebenem Recht, ist dieses unangewendet zu lassen, sprich: zu vergessen. Dabei ist stets nur der Teil des Regelungskomplexes unangewendet zu lassen, der die diskriminierenden Wirkungen hervorbringt. Seine rechtliche Ausgestaltung ist dabei unerheblich. Beim altersdiskriminierenden § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB war die Konsequenz aus der *Küçükdeveci*-Entscheidung leicht zu ziehen, weil nur ein Satz des

1333 *Kischel*, EuGRZ 1997, 1 (9).

1334 *Teichmann*, ZIP 2010, 874 (875).

Gesetzes fortan unangewendet zu bleiben hatte.¹³³⁵ Wäre der Inhalt der Norm aber nur herrschende Meinung gewesen, hätte dies am Ergebnis nichts geändert. Schon gar nicht wäre deshalb das ganze Kündigungsrecht nicht mehr anzuwenden gewesen.

Da die Territorialität des deutschen Mitbestimmungsrechts nicht im geschriebenen Recht – auch nicht in den Wahlvorschriften – explizit Erwähnung gefunden hat, ist sie zu vergessen. Wenn man so will, kann man auch das geschriebene Recht europarechtskonform auslegen, hier z.B. den Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG, auf den sowohl § 3 Abs. 1 MitbestG als auch § 3 Abs. 1 DrittelbG verweisen. Mit dieser Hilfsüberlegung ruft man sich freilich nur in Erinnerung, daß etwas, was nicht im Wortlaut steht, auch nicht (mehr) in diesen hinein zu lesen ist. Die Folge ist eine Anpassung „nach oben“, was als Konsequenz eines *Gleichbehandlungsgrundsatzes der Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung* schon begrifflich wenig überraschend ist. Zwar führt der Weg von *Hellwig* und *Behme* auch zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, aber nicht mehr *in der Unternehmensmitbestimmung*, sondern *ohne Unternehmensmitbestimmung*. 745

Eine Aussetzung des Anwendungsvorrangs analog Art. 264 Abs. 2 AEUV¹³³⁶, um dem Gesetzgeber eine Umsetzungsfrist zur Beseitigung des Unionsrechtsverstößes einzuräumen, kommt nicht in Betracht. Zwar kann der EuGH die Wirkungen einer für nichtig oder ungültig erklärten Handlung der *Union* aufrechterhalten, um keinen regelungsfreien Zustand entstehen zu lassen, bis eine neue Handlung an die Stelle der für nichtig oder für ungültig erklärten getreten ist,¹³³⁷ wenn „zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit, die mit allen betroffenen öffentlichen wie privaten Interessen zusammenhängen“, dies verlangen.¹³³⁸ Ob dies auf unionsrechtswidriges *nationales Recht* übertragen werden und damit eine vorübergehende Aussetzung des Anwendungsvorrangs erreicht werden kann, hat der EuGH bislang noch nicht entschieden.¹³³⁹ Allerdings sind ohnehin keine zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit ersichtlich, die eine Übergangsfrist zur unionsrechtskonformen Neuregelung des Mitbestimmungsrechts verlangen könnten, weil schon kein regelungsfreier Zustand droht. Es ist nicht die Unternehmensmitbestimmung an sich, die 746

1335 EuGH vom 19.1.2010 – C-555/07 (*Kücükdeveci*) – NZA 2010, 85 (Rn. 51 ff.).

1336 Gilt entsprechend auch im Vorabentscheidungsverfahren, EuGH vom 15.10.1980 – 145/79 (*Roquette Frères*) – Slg. 1980, 2917 (Rn. 50 ff.).

1337 EuGH vom 5.2.2004 – C-157/02 (*Rieser Internationale Transporte*) – Slg. 2004, 1477 (Rn. 60).

1338 EuGH vom 22.12.2008 – C-333/07 (*Régie Networks*) – Slg. 2008, 10807 (Rn. 122).

1339 Jüngst offen gelassen durch EuGH vom 8.9.2010 – C-409/06 (*Winner Wetten*) – RIW 2010, 720 (Rn. 67).

gegen das Unionsrecht verstößt, es ist nur ihre Territorialität. Das Mitbestimmungsrecht verfügt mit dem Statusverfahren nach §§ 97 ff. AktG,¹³⁴⁰ das auf alle mitbestimmten Gesellschaften anzuwenden ist,¹³⁴¹ über eine Möglichkeit zur rechtssicheren Feststellung des auf ein Unternehmen anzuwendenden Mitbestimmungsregimes. Im Rahmen dieses Verfahrens kann nach § 98 Abs. 1 AktG bei Ungewißheit über das anzuwendende Mitbestimmungsrecht das Landgericht angerufen werden, das seinerseits das maßgebliche Mitbestimmungsgesetz unionsrechtskonform auslegen und auch den EuGH nach Art. 267 Abs. 2 AEUV um Vorabentscheidung über die Auslegung des Unionsrechts ersuchen kann. Unerträgliche Rechtsunsicherheit droht deshalb jedenfalls für die Zusammensetzung von Aufsichtsräten in Zukunft nicht.¹³⁴²

- 747 Folglich sind bei künftigen Wahlen von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer – ggf. nach Durchführung eines Statusverfahrens¹³⁴³ – die Wahlordnungen zu den Mitbestimmungsgesetzen soweit möglich auch auf Auslandssachverhalte anzuwenden, ohne daß es einer Neuregelung durch den Gesetzgeber bedarf, für die freilich bereits entsprechende Vorschläge auf dem Tisch liegen.¹³⁴⁴ So können die Sitze der Arbeitnehmervertreter anteilsgerecht nach Belegschaftsstärken auf die Mitgliedstaaten verteilt und von den jeweiligen Belegschaften aus ihren Reihen Arbeitnehmer auf diese Sitze gewählt werden.¹³⁴⁵ Auf die unionsrechtliche Verpflichtung aller EU-Mitgliedstaaten, die Durchführung von Unternehmensmitbestimmung als Teil des Gesellschaftsrechts anderer Mitgliedstaaten auf dem eigenen Territorium zu dulden, ja sogar dafür Sorge zu tragen, daß

1340 Dazu sogleich Rn. 763 f.

1341 MüKo-AktG/*Habersack*, § 97 Rn. 4.

1342 Zur Rechtssicherheit für amtierende Aufsichtsräte sogleich Rn. 749 ff.

1343 Der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nach anderen als den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen muß zwingend ein Statusverfahren vorangehen, da sonst die Wahl nichtig ist, *Säcker*, *ZfA* 2008, 51 (70).

1344 Gesetzentwurf zur Reformierung der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“, *ZIP* 2009, 885; *Hellwig/Behme*, *AG* 2009, 261 (271 f.).

1345 Die nach § 7 Abs. 2 MitbestG obligatorischen Gewerkschaftssitze müssen dabei zu den Sitzen der deutschen Belegschaft zählen, um die Anteilsgerechtigkeit nicht zu verfälschen. Um ein „Aufzehren“ der auf die deutsche Belegschaft entfallenden Sitze durch die Gewerkschaftssitze zu verhindern, ist ihre Zahl proportional in dem Verhältnis zu reduzieren, wie sich die Anzahl der deutschen Arbeitnehmersitze zur Gesamtzahl der Arbeitnehmersitze im Aufsichtsrat verhält. Der nach § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG obligatorisch im Aufsichtsrat vertretene leitende Angestellte ist in unionsrechtskonformer Auslegung von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG i.V.m. § 5 Abs. 3 BetrVG aus den Reihen aller leitenden Angestellten in europäischen Betriebsstätten von allen europäischen Belegschaften zu wählen.

fremde Mitbestimmungsregeln auf dem eigenen Territorium auch tatsächlich durchgeführt werden, wurde bereits hingewiesen.¹³⁴⁶

Bei künftigen Statusverfahren und daran anschließenden Aufsichtsratswahlen sind auch bei der Berechnung der Schwellenwerte der deutschen Mitbestimmungsgesetze alle Arbeitnehmer aus ausländischen Betrieben und Tochterunternehmen innerhalb der EU nach den diskriminierungsfrei auszulegenden Regeln der Mitbestimmungsgesetze (§ 3 Abs. 2 Satz 1, § 5 Abs. 1 MitbestG, § 3 Abs. 2 Satz 1, § 2 DrittelbG) einzubeziehen. Dies gilt auch für die Einstiegsschwelle des § 1 Abs. 1 DrittelbG von 501 Arbeitnehmern, solange der Gesetzgeber nicht analog Art. 16 Abs. 5 VerschmelzungsRL die Einbeziehung von Auslandsbelegschaften bei erstmaligem Eintritt in die Unternehmensmitbestimmung ausgeschlossen hat. Solange eine solche Regelung nicht getroffen wird, zählen alle Arbeitnehmer eines Unternehmens und Konzerns im In- wie im EU-Ausland bei Schwellenwertberechnungen mit.¹³⁴⁷ Dadurch werden Unternehmen, die bislang im Inland 500 oder weniger Arbeitnehmer beschäftigten, erstmals in die Mitbestimmung einbezogen, wenn ihnen Arbeitnehmer aus ausländischen Betrieben und Tochterunternehmen zuzurechnen sind und dadurch das Unternehmen (nicht nur tatsächlich, sondern auch aus Sicht des Mitbestimmungsrechts) mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Unternehmen, die bislang im Inland mehr als 500 aber weniger als 2.001 Arbeitnehmer beschäftigten, können von der Drittel- in die quasi-paritätische Mitbestimmung rutschen, was auch nicht durch eine entsprechende Anwendung von Art. 16 Abs. 5 VerschmelzungsRL verhindert werden kann.¹³⁴⁸ Es besteht indes, gleich welche Schwellenwerte überschritten werden, wegen § 96 Abs. 2 AktG stets die gesetzliche Verpflichtung, vor der Änderung des Mitbestimmungsstatuts ein Statusverfahren durchzuführen.¹³⁴⁹

[2] Auswirkungen des Anwendungsvorrangs auf amtierende Aufsichtsräte

Von der allgemeinen Anpassung der Unternehmensmitbestimmung „nach oben“ ist die Frage zu unterscheiden, welche Auswirkungen der Anwendungsvorrang des Unionsrechts auf amtierende Aufsichtsräte und die von ihnen getroffenen und zu treffenden Entscheidungen entfaltet. 749

Eine generelle Suspendierung der Arbeitnehmerbeteiligung in allen mitbestimmten Aufsichtsräten bis zu einer unionsrechtskonformen 750

1346 Dazu Rn. 365 ff.

1347 Analog zu EuGH vom 28.9.1994 – C-408/92 (*Smith*) – Slg. 1994, 4435 (Rn. 16 f.); vom 28.9.1994 – C-28/93 (*van der Akker*) – Slg. 1994, 4527 (Rn. 16).

1348 Vgl. Rn. 193.

1349 MüKo-AktG/*Habersack*, § 96 Rn. 33 f.

Neuregelung der Mitbestimmung durch den Gesetzgeber ist schon aus dem Grund abzulehnen, weil davon auch unionsrechtskonform gewählte Aufsichtsräte erfaßt würden. Bei mitbestimmten Unternehmen, die weder im EU-Ausland noch bei Tochterunternehmen ausländischen Rechts Arbeitnehmer beschäftigen, besteht nämlich kein Grund, die ausschließlich von der inländischen Arbeitnehmerschaft gewählten Arbeitnehmervertreter von ihrem Mandat zu entbinden.

- 751 Mitbestimmte Unternehmen, die wenigstens einen Arbeitnehmer dauerhaft im EU-Ausland oder bei einem Tochterunternehmen ausländischen Rechts beschäftigen, haben derzeit einen unionsrechtswidrig besetzten Aufsichtsrat, weil dieser Arbeitnehmer an der Wahl der Arbeitnehmervertreter im deutschen Aufsichtsrat weder aktiv noch passiv teilnehmen konnte.¹³⁵⁰ Darauf kann unterschiedlich reagiert werden:
- 752 • Eine Möglichkeit wäre, die Arbeitnehmervertreter in diesen Aufsichtsräten generell von der Teilnahme an Beratungen und Abstimmungen auszuschließen, bis sie unionsrechtskonform unter Einbeziehung aller EU-Belegschaften neu gewählt worden sind.
- 753 ○ Dies verstieße allerdings gegen den Bestandsschutz aus § 96 Abs. 2 AktG. Erst wenn ein Statusverfahren durchgeführt wurde, kann der Aufsichtsrat nach anderen als den zuletzt angewandten gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt werden.¹³⁵¹ Bis es soweit ist, bleibt aber der gewählte Aufsichtsrat ohne Einschränkungen im Amt und alle seine ordnungsgemäß gefaßten Beschlüsse sind und bleiben wirksam.¹³⁵² Auch eine Versetzung der Arbeitnehmervertreter in einen „Gast“-Status ohne Stimmrecht wäre unzulässig.¹³⁵³ § 96 Abs. 2 AktG soll gerade bis zum Abschluß des formalisierten Statusverfahrens Rechtssicherheit gewährleisten.¹³⁵⁴
- 754 ○ Die unionsrechtswidrig durchgeführten Wahlen sind auch nicht nichtig, da dafür offensichtliche und schwerwiegende Verstöße gegen das Wahlrecht notwendig wären,¹³⁵⁵ die bei Einhaltung des bisher geltenden Rechts gemäß der jahrzehntelangen Praxis nicht angenommen werden können.¹³⁵⁶

1350 Nur weil ihm bei anteilsgerechter Repräsentierung im Aufsichtsrat kein Sitz zustünde, ist das kein Grund, ihn von den Aufsichtsratswahlen *per se* auszuschließen.

1351 Eine dennoch durchgeführte Neuwahl ist nichtig, *Säcker*, ZfA 2008, 51 (70).

1352 MüKo-AktG/*Habersack*, § 96 Rn. 32.

1353 OLG Düsseldorf vom 10.10.1995 – 19 W 5/95 AktE – NJW-RR 1996, 677 (678).

1354 MüKo-AktG/*Habersack*, § 96 Rn. 32.

1355 Ulmer/*Habersack/Henssler*, § 21 MitbestG Rn. 38, § 22 MitbestG Rn. 13.

1356 Ebenso *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (271).

- Die bisherigen Aufsichtsratswahlen sind aber anfechtbar, da 755 gegen Vorschriften über das aktive und passive Wahlrecht verstoßen wurde,¹³⁵⁷ indem diese nicht unionsrechtskonform ausgelegt wurden.¹³⁵⁸ Nach § 21 MitbestG ist deshalb die Delegiertenwahl bzw. nach § 22 MitbestG und § 11 DrittelbG die Wahl der Arbeitnehmervertreter anfechtbar. Die zweiwöchigen Anfechtungsfristen nach § 21 Abs. 2 Satz 2, § 22 Abs. 2 Satz 2 MitbestG und § 11 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG werden freilich regelmäßig schon abgelaufen sein, so daß die Aufsichtsratsmitglieder für ihre jeweilige Amtszeit bzw. bis zum rechtskräftigen Abschluß eines Statusverfahrens (§ 96 Abs. 2, § 99 Abs. 5 AktG)¹³⁵⁹ mit allen Rechten und Pflichten im Amt bleiben.¹³⁶⁰
- Dagegen kann weder das unionsrechtliche Gebot der 756 Äquivalenz noch der Effektivität¹³⁶¹ geltend gemacht werden. Zum einen gelten die Regeln der Bestandskraft einer Wahl, deren Anfechtungsfrist verstrichen ist, für Verstöße gegen nationale (Wahl-)Vorschriften wie gegen unionsrechtliche Vorgaben gleichermaßen. Zum anderen ist die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts durch die längstens fünf Jahre dauernde Amtszeit eines Aufsichtsratsmitglieds¹³⁶² bei jederzeit bestehender Möglichkeit zur Einleitung eines Statusverfahrens nicht gefährdet.¹³⁶³ Analog zur Rechtsprechung über die Rücknahme unionsrechtswidriger Verwaltungsakte¹³⁶⁴ ist es nicht erforderlich, daß bestandskräftig gewordene Wahlen vorzeitig neu durchzuführen oder gar *ex tunc* nichtig sind. Das Unionsrecht gebietet nicht, von der Anwendung nationaler Verfahrensvorschriften abzusehen, aufgrund derer eine Entscheidung Rechtskraft erlangt, selbst wenn dadurch ein Unionsrechtsverstoß abgestellt werden

1357 Ulmer/Habersack/Henssler, § 21 MitbestG Rn. 17, 20.

1358 Ebenso Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (271).

1359 Mit Eintritt der Rechtskraft beginnt nach §§ 98 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. 97 Abs. 2 AktG eine Sechs-Monats-Frist, während der der bisherige Aufsichtsrat noch im Amt bleibt, wenn nicht vorher die erste dem Eintritt der Rechtskraft nachfolgende Hauptversammlung endet.

1360 Säcker, ZfA 2008, 51 (71).

1361 Zu beiden Streinz, Europarecht, Rn. 552 ff.

1362 WWKK/Wißmann, § 6 MitbestG Rn. 66 ff.

1363 Der Vorstand ist wegen § 97 Abs. 1 Satz 1 AktG sogar zur Einleitung verpflichtet, wenn seiner Ansicht nach der Aufsichtsrat nicht nach den richtigen Vorschriften zusammengesetzt ist.

1364 Dazu Streinz, Europarecht, Rn. 560 ff.

- könnte.¹³⁶⁵ Auch der Grundsatz der Rechtssicherheit ist Bestandteil der Unionsrechtsordnung.¹³⁶⁶
- 757 ○ Folglich sind auch die unter Mitwirkung von unionsrechtswidrig, aber bestandskräftig gewählten Aufsichtsratsmitgliedern getroffenen und noch zu treffenden Entscheidung wirksam. Selbst bei Nichtigkeit der Wahl eines Mitglieds wäre ein unter dessen Mitwirkung gefaßter Beschluß des Aufsichtsrats nur unwirksam, wenn er ohne die Stimme des Betroffenen nicht zustande gekommen wäre.¹³⁶⁷
- 758 ● Eine andere Möglichkeit wäre, die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nur bei Beratungen und Abstimmungen über Sachfragen, bei denen sich die unionsrechtswidrige Zusammensetzung des Aufsichtsrats nachteilig auf ausländische Belegschaften auswirken kann, auszuschließen.
- 759 ○ Dies ist aber schon aus tatsächlichen Gründen nicht durchführbar. Zwar wirkt sich vor allem bei Investitionsentscheidungen mit grenzüberschreitendem Bezug die fehlende Einflußnahmemöglichkeit der mitbetroffenen Auslandsbelegschaften besonders nachteilig für diese aus.¹³⁶⁸ Doch wo ist die Grenze zu ziehen? Beinahe jede Investitions- und Standortentscheidung wird sich bei international tätigen Unternehmen und Konzernen auf die Belegschaft in einem Mitgliedstaat stärker auswirken als auf die Belegschaften in anderen Mitgliedstaaten. Auch die Bestellung des Vorstands durch den Aufsichtsrat (§ 31 MitbestG, § 84 AktG) ist immer auch eine Entscheidung von grenzüberschreitender Bedeutung, so daß sich auch dabei die Rekrutierung der Arbeitnehmerbank aus der ausschließlich inländischen Arbeitnehmerschaft auf ausländische Belegschaften mittelbar nachteilig auswirkt. Es wird sich kaum eine Entscheidung finden lassen, von der ausländische Belegschaften nicht auch mittelbar betroffen sind, so daß die unionsrechtswidrig gewählten Arbeitnehmervertreter nicht auszuschließen wären. Jedenfalls ist eine rechtssichere Abgrenzung von Beratungen und Entscheidungen mit grenzüberschreitender und mit rein inländischer Bedeutung nicht möglich.

1365 Streinz, Europarecht, Rn. 564a.

1366 EuGH vom 21.9.1983 – 205-215/82 (*Deutsche Milchkontor u. a.*) – Slg. 1983, 2633 (Rn. 30); vom 21.6.2007 – C-158/06 (*Stichting ROM-projecten*) – Slg. 2007, 5103 (Rn. 24).

1367 WWKK/Koberski, § 25 MitbestG Rn. 36; MüHdbArbR/Wißmann, § 280 Rn. 37.

1368 Dazu Rn. 344.

- Auch die Rechtsfolge der sachbezogenen Suspendierung der Arbeitnehmerbank ließe sich nicht überzeugend herleiten. Einzig § 32 MitbestG ordnet bei der Ausübung von Beteiligungsrechten gegenüber ebenfalls quasi-paritätisch mitbestimmten Tochterunternehmen an, daß diesbezügliche Beschlüsse nur der Mehrheit der Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner bedürfen. Dies ist aber keine vergleichbare Interessenlage, auf die eine Analogie gestützt werden könnte. 760
- Zwar gilt der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur, soweit Unionsrecht auch anwendbar ist, doch ist der dafür notwendige grenzüberschreitende Bezug in Angelegenheiten der Unternehmensmitbestimmung spätestens dann gegeben, wenn ein Unternehmen wenigstens einen Arbeitnehmer dauerhaft in einem anderen Mitgliedstaat oder bei einem Tochterunternehmen ausländischen Rechts beschäftigt, der (deswegen) nicht an den inländischen Aufsichtsratswahlen teilnehmen kann.¹³⁶⁹ Dementsprechend greift der Anwendungsvorrang des Unionsrechts immer dann, wenn schon der Sache nach nicht ausgeschlossen werden kann, daß einer Entscheidung im Aufsichtsrat auch grenzüberschreitende Bedeutung zukommt. In der Folge bliebe die Arbeitnehmerbank stets ausgeschlossen, was – wie soeben dargestellt¹³⁷⁰ – unionsrechtlich nicht gefordert und mit dem Kontinuitätsgrundsatz des § 96 Abs. 2 AktG unvereinbar ist. 761

b) Gerichtlicher Rechtsschutz

Wie die Länge der hiesigen Ausführungen zeigt, liegt kein Fall der *acte-claire*-Doktrin¹³⁷¹ vor, wonach die nationalen Gerichte von einer Vorlage an den EuGH absehen könnten, weil die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, daß keinerlei Raum für vernünftige Zweifel an der Beantwortung der eigentlich zu stellenden Frage bleibt.¹³⁷² Deshalb gilt es, ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH anzustreben. Eine Vorlage nach Art. 267 AEUV setzt einen Rechtsstreit vor einem nationalen Gericht voraus, den dieses Gericht aussetzen und dem EuGH die Frage der Vereinbarkeit des streitgegenständlichen Mitbestimmungsgesetzes (genauer: dessen Territorialität) mit dem Unionsrecht 762

1369 Dazu Rn. 141 ff.

1370 Rn. 752 ff.

1371 Dazu *Streinz*, Europarecht, Rn. 639 f.

1372 EuGH vom 6.10.1982 – 283/81 (*CILFIT*) – Slg. 1982, 3415 (Rn. 16).

vorlegen kann.¹³⁷³ Hierfür kommen insbesondere Statusverfahren nach §§ 97 ff. AktG und Wahlanfechtungsverfahren nach §§ 21, 22 MitbestG, § 11 DrittelbG in Betracht. Unmittelbar kann der EuGH nur im Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV mit der Territorialität der deutschen Unternehmensmitbestimmung beschäftigt werden.

aa) Statusverfahren

- 763 Das gerichtliche Statusverfahren¹³⁷⁴ läßt einen großen Kreis an Antragsberechtigten zu (§ 98 Abs. 2 AktG). Insbesondere die nach § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AktG antragsberechtigten Aktionäre können ein Interesse daran haben, das Mitbestimmungsmonopol der inländischen Belegschaft zu brechen. Ausreichend zur Einleitung eines Statusverfahrens ist der Besitz einer Aktie des Unternehmens, dessen Aufsichtsratsbesetzung in Frage steht.¹³⁷⁵ Nach § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 AktG können aber auch ein Zehntel oder einhundert der Arbeitnehmer, die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist, an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen können, ein Statusverfahren einleiten. Eine ausländische Belegschaft, die dieses Quorum erfüllt, könnte sich so in den deutschen Aufsichtsrat einklagen.¹³⁷⁶ In diesem Fall wäre die Territorialität der Unternehmensmitbestimmung bereits für die Zulässigkeit erheblich, weil bei Auslandsbeschäftigten gerade fraglich ist, ob sie Arbeitnehmer sind, „die nach den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung streitig oder ungewiß ist“, an den Aufsichtsratswahlen teilnehmen dürfen. Das im Wege der Beschwerde nach § 99 Abs. 3 Satz 2 AktG angerufene OLG ist gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage *verpflichtet*.¹³⁷⁷ Nur wenn es seinerseits die Rechtsbeschwerde zuläßt (§ 99 Abs. 1 AktG i.V.m. § 70 FamFG),¹³⁷⁸ muß der BGH ein Vorabentscheidungsverfahren einleiten.¹³⁷⁹ Andernfalls kann Verfassungs-

1373 Wegen Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV ist freilich zu fragen, ob das *Unionsrecht* dahingehend auszulegen ist, daß es einer nationalen Regelung entgegensteht, welche die zu beschreibenden diskriminierenden Wirkungen zeitigt; *Streinz*, Europarecht, Rn. 633.

1374 Das außergerichtliche Statusverfahren nach § 97 AktG wird kaum ein Vorstand einleiten, da Konflikte mit den gegenwärtig amtierenden Arbeitnehmervertretern drohen; ebenso *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (271).

1375 Aktionäre verbundener Unternehmen haben kein Antragsrecht; *MüKo-AktG/Habersack*, § 98 Rn. 15.

1376 Skeptisch *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (271).

1377 Die Vorlagepflicht des Art. 267 Abs. 3 AEUV gilt nach h.M. für letztinstanzliche Gerichte des konkreten Rechtszugs, *Calliess/Ruffert/Wegener*, Art. 234 EGV Rn. 24 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

1378 *MüKo-AktG/Habersack*, § 98 Rn. 23.

1379 Eine Nichtzulassungsbeschwerde findet nicht statt, *Musielak/Borth*, § 70 Rn. 6.

beschwerde zum BVerfG wegen Entzug des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) erhoben werden.¹³⁸⁰

Bis zum Eintritt der Rechtskraft der dem Antrag stattgebenden gerichtlichen Entscheidung bleibt es aufgrund des Kontinuitätsgrundsatzes (§ 96 Abs. 2, § 99 Abs. 5 AktG) bei den zuletzt angewandten gesetzlichen Vorschriften über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats.¹³⁸¹ Mit Eintritt der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung stehen die für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften verbindlich fest. Entspricht die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nicht der gerichtlichen Entscheidung, so ist der neue Aufsichtsrat nach den in der Entscheidung angegebenen gesetzlichen Vorschriften zusammenzusetzen (§ 98 Abs. 4 Satz 1 AktG). Der bisherige Aufsichtsrat bleibt nach Eintritt der Rechtskraft noch sechs Monate im Amt, wenn nicht vorher die erste dem Eintritt der Rechtskraft nachfolgende Hauptversammlung endet (§§ 98 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. 97 Abs. 2 AktG).

bb) Wahlanfechtungsverfahren

Solange die Anfechtungsfristen noch nicht abgelaufen sind,¹³⁸² können mindestens drei wahlberechtigte Arbeitnehmer ein Wahlanfechtungsverfahren vor dem Arbeitsgericht einleiten (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MitbestG, § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 DrittelbG). Nach bisheriger Lesart sind Arbeitnehmer in ausländischen Belegschaften des mitbestimmten Unternehmens zwar nicht wahlberechtigt, doch ist gerade dies unionsrechtswidrig. Fechten wenigstens drei Arbeitnehmer eines ausländischen Betriebs oder Tochterunternehmens die rein innerdeutsche Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds der Arbeitnehmer an, wird bereits im Rahmen der Zulässigkeit das Arbeitsgericht eine Entscheidungserheblichkeit im Sinne des Art. 267 Abs. 2 AEUV feststellen und kann dem EuGH vorlegen. Das im Wege der Rechtsbeschwerde anzurufende BAG ist als letztinstanzliches Gericht zur Vorlage verpflichtet (Art. 267 Abs. 3 AEUV).¹³⁸³ Die Anfechtung hat zwar nur Erfolg, wenn das Wahlergebnis durch die Verletzung wesentlicher Vorschriften beeinflusst werden

1380 Zu den Voraussetzungen BVerfG vom 25.2.2010 – 1 BvR 230/09 – NJW 2010, 1268 (Rn. 15 ff.).

1381 MüKo-AktG/*Habersack*, § 98 Rn. 26.

1382 Dazu Rn. 755.

1383 Bei konkreter Betrachtungsweise (vgl. Fn. 1377, S. 338) gehört zum Instanzenzug auch die Nichtzulassungsbeschwerde (*Calliess/Ruffert/Wegener*, Art. 234 EGV Rn. 23), die im Anfechtungsverfahren (§ 92a ArbGG) im Gegensatz zum Statusverfahren (§ 99 Abs. 1 AktG i.V.m. § 70 FamFG) statthaft ist.

konnte,¹³⁸⁴ doch ist dies beim Ausschluß ganzer Wählerkreise stets anzunehmen.¹³⁸⁵

cc) Vertragsverletzungsverfahren

- 766 Nach Art. 258 AEUV kann die Kommission gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH einleiten, weil das deutsche Mitbestimmungsrecht unionsrechtswidrig ausgestaltet ist und damit Deutschland gegen seine Verpflichtungen aus den EU-Verträgen verstoßen hat. Nach Art. 259 AEUV kann diese Klage auch jeder andere Mitgliedstaat erheben, was freilich selten getan wird.¹³⁸⁶

II. Rechtspolitische Perspektiven

1. Ansichten der Literatur

- 767 *Säcker* sieht wie viele andere¹³⁸⁷ eine Perspektive im Übergang zu primären Verhandlungslösungen mit Auffangmodell nach Vorbild der SE-BeteiligungsRL und der VerschmelzungsRL. Er will die Mitwirkung der Arbeitnehmer an Unternehmensentscheidungen ausgewogen nach Konzernsparten oder durch Mitbestimmungsorgane jenseits des Aufsichtsrates sicherstellen.¹³⁸⁸ *Thüsing* hebt die Vorzüge eines individuell ausgehandelten Mitbestimmungsmodells hervor:

„Es ist offen für maßgeschneiderte Möglichkeiten, für Lösungen nah an der einzelnen Gesellschaft. Wie viele Ökonomen heute eine firmennahe Tarifpolitik fordern, so scheint es sinnvoll zu sein, eine firmennahe Regelung der Unternehmensmitbestimmung zu favorisieren [...] Ein abdingbarer, flexibler Rahmen des Mitbestimmungsrechts ist also besser als ein starres Korsett“.¹³⁸⁹

2. Eigene Ansicht

- 768 Es ist erstaunlich, wie lange sich die Blindheit des deutschen Mitbestimmungsrechts für ausländische Belegschaften gehalten hat. Schon in den 1950er-Jahren wurde die nicht nur europarechtliche, sondern auch

1384 *Säcker*, ZfA 2008, 51 (72).

1385 Zur Diskussion über die Rückwirkung einer erfolgreichen Wahlanfechtung auf bereits gefaßte Aufsichtsratsbeschlüsse *Säcker*, ZfA 2008, 51 (73 ff.).

1386 *Streinz/Ehricke*, Art. 227 EGV Rn. 3.

1387 Nur *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, S. 224 ff.; *Raiser*, 66. DJT, Gutachten B, S. 57 f., 67 ff.; *Thüsing*, Europäische Perspektiven, Rn. 25; *Wißmann*, FS Däubler, S. 385 (396 ff.).

1388 *Säcker*, AG 2008, 17 (21).

1389 *Thüsing*, Europäische Perspektiven, Rn. 25.

teleologische Fehlausrichtung auf rein inländische Belegschaften angeprangert, ohne daß eine Änderung in der allgemeinen Rechtsauffassung, geschweige denn im geschriebenen Recht erfolgt wäre. Der Grund dafür kann in der Angst vor dem Aufschrei der Etablierten gesucht werden. Deutsche Betriebsräte und Gewerkschaften werden alles dafür tun, ihr Monopol bei der Beteiligung in Unternehmensfragen nicht zu gefährden.¹³⁹⁰ Wer anderes anstrebt, riskiert nicht nur den Unternehmensfrieden, sondern ein erneutes Aufblühen der Mitbestimmungsdebatte in der Öffentlichkeit mit unabsehbaren Konsequenzen bis hin zu (hierzulande rechtswidrigen) politischen Streiks.

Um so besser für den deutschen Gesetzgeber (wieder einmal) auf Brüssel oder, sofern der EuGH entscheidet, Luxemburg verweisen zu können: Man kann ja nicht anders, als das umzusetzen, was „von oben“ kommt. Was genau „von oben“ kommt, ist freilich weniger, als gemeinhin in der Literatur gefordert wird. Es kann im Grunde vieles beim Alten bleiben, nur müssen ausländische Belegschaften inländischen gleichgestellt werden und anteilsgerechte Teilhabemöglichkeiten erhalten. Die Wahlmodalitäten im Ausland können entweder durch abstrakte Verpflichtung der deutschen Konzernmutter auf Durchführung von Wahlen in allen Tochterunternehmen nach sinngemäßer Anwendung der deutschen Wahlvorschriften geregelt werden (jedenfalls bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages), oder die Ermittlung der Vertreter ausländischer Belegschaften kann auch ganz dem Unternehmen überlassen werden, das im Einvernehmen mit einem besonderen Verhandlungsgremium alles Nähere unter der Prämisse der anteilsgerechten Repräsentierung der Belegschaften selbst bestimmen kann. Auch ist es nicht unzulässig, die ausländischen Vertreter nicht von den jeweiligen Belegschaften wählen zu lassen, sondern aus anderen Arbeitnehmervertretungen in den Mitgliedsstaaten (sofern vorhanden) in den deutschen Aufsichtsrat zu entsenden. 769

Etwas schwieriger gestaltet sich der Umgang mit den Gewerkschaftssitzen. Der leichte Weg wäre, als im Unternehmen vertretene Gewerkschaften auch solche in ausländischen Unternehmen und Betrieben für Zwecke der Unternehmensmitbestimmung anzuerkennen. Der bessere Weg wäre, die obligatorischen Gewerkschaftssitze abzuschaffen und den Gewerkschaften nur ein allgemeines, aber nicht exklusives Vorschlagsrecht für Arbeit- 770

¹³⁹⁰ Es droht auch der Verlust von Mitteln für die Hans-Böckler-Stiftung, die „in besonderer Weise“ von den Vergütungen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat profitiert, *Wolf/Prinz*, FS Bauer, S. 1171 (1175).

nehmersitze zu geben, um so nicht die Belegschaften zur Wahl von Gewerkschaftsvertretern zu zwingen.

Literaturverzeichnis

- Albers, Marion*, „Inländerdiskriminierung“ am Beispiel des Handwerksrechts, JZ 2008, 708
- Annuß, Georg/Picker, Eduard/Wißmann, Hellmut* (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Richardi, 2007
- Badura, Peter*, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, 1985 (zitiert: *Badura*, Mitbestimmung)
- ders.*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 3. Auflage 2008 (zitiert: *Badura*, Wirtschaftsverfassung)
- ders./Rittner, Fritz/Rüthers, Bernd*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, 1977 (zitiert: *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz)
- Bartsch, Johannes Michael*, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit, 2006
- Baumann, Horst*, GmbH und Mitbestimmung, ZHR 142 (1978), 557
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*, GmbH-Gesetz, 19. Auflage 2010 (zitiert: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter*)
- Baums, Theodor/Ulmer, Peter* (Hrsg.), Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Baums/Ulmer*, Unternehmens-Mitbestimmung in der EU)
- Bayer, Wilhelm F.*, Der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 1977, 173
- Bayreuther, Frank*, Die Kapitalgesellschaft & Co KGaA, JuS 1999, 651
- Beermann, Wilhelm*, Mitverantwortung setzt Mitbestimmung voraus, Die Mitbestimmung 2001 Heft 5, 25
- Behme, Caspar*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei der britischen Limited, ZIP 2008, 351

- Bernstein, Herbert/Koch, Harald*, Internationaler Konzern und deutsche Mitbestimmung, ZHR 143 (1979), 522
- Berrar, Carsten*, Die zustimmungspflichtigen Geschäfte nach § 111 Abs. 4 AktG im Lichte der Corporate Governance-Diskussion, DB 2001, 2181
- Beuthien, Volker*, Die Arbeitnehmermitbestimmung in Genossenschaften, ZfgG 26 (1976), 320
- Birk, Rolf*, Mitbestimmung und Kollisionsrecht, RIW 1975, 589
- ders.*, Der Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf das Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland, RIW 1989, 6
- Bock, Mathias*, Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit, 2008
- Boewer, Dietrich/Gaul, Björn/Otto, Björn*, Zweites Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat und seine Auswirkungen auf die GmbH, GmbHR 2004, 1065
- Boldt, Gerhard*, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, 1952
- Bösch, Rainer*, Die Inländerdiskriminierung, Jura 2009, 91
- Bouchouaf, Ssoufian/Richter, Tobias*, Reichweite und Grenzen des Art. 13 EGV – unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot oder lediglich Kompetenznorm?, Jura 2006, 651
- Brandes, Stephan*, Mitbestimmungsvermeidung mittels grenzüberschreitender Verschmelzungen, ZIP 2008, 2193
- Braun, Silvia*, Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, 2005 (zitiert: *Braun*, Sicherung der Unternehmensmitbestimmung)
- Brocker, Till*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance, 2006 (zitiert: *Brocker*, Mitbestimmung und Corporate Governance)
- Buchner, Herbert*, Paritätische Mitbestimmung: Der Weg zu einer neuen Unternehmens- und Arbeitsordnung, ZfA 1974, 147
- Bürkle, Jürgen*, Rechtliche Rahmenbedingungen für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, 2008 (zitiert: *Bürkle*, VVaG)

- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 3. Auflage 2007 (zitiert: *Calliess/Ruffert/Bearbeiter*)
- Classen, Claus Dieter*, Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und im privaten Recht – Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz?, *EuR* 2008, 627
- Colneric, Ninon*, Die Rolle des EuGH bei der Fortentwicklung des Arbeitsrechts, *EuZA* 2008, 212
- Däubler, Wolfgang*, Mitbestimmung und Betriebsverfassung im internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 39 (1975), 444
- ders./Heuschmid, Johannes*, Cartesio und MoMiG – Sitzverlagerung ins Ausland und Unternehmensmitbestimmung, *NZG* 2009, 493
- Degenhart, Christoph*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976 (zitiert: *Degenhart, Systemgerechtigkeit*)
- Dietrich, Marcel*, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union, 1995 (zitiert: *Dietrich, Freizügigkeit der Arbeitnehmer*)
- Dietz, Rolf*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 4. Auflage 1967 (zitiert: *Dietz, BetrVG, 4. Aufl.*)
- ders./Richardi, Reinhard* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Band 2, 6. Auflage 1982 (zitiert: *Dietz/Bearbeiter, 6. Aufl.*)
- Di Fabio, Udo*, Neue verfassungsrechtliche Aspekte der Mitbestimmung?, *Bitburger Gespräche* 2006/I, S. 163 ff.
- Dolzer, Rudolf/Vogel, Klaus/Graßhof, Karin* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 4, 15. Lieferung November 1965, Band 10, 131. Lieferung September 2007 (zitiert: *BK/Bearbeiter*)
- Dreier, Horst*, Verfassungsstaatliche Vergangenheitsbewältigung, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, Band 1, S. 159 (zitiert: *Dreier, FS 50 Jahre BVerfG*)
- ders.* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 2. Auflage 2004 (zitiert: *Dreier/Bearbeiter*)

- Duden, Konrad*, Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz, ZHR 141 (1977), 145
- Ebenroth, Carsten/Sura, Achim*, Treansnationale Unternehmen und deutsches Mitbestimmungsgesetz, ZHR 144 (1980), 610
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar. Grundgesetz, Stand: 1.10.2010 (zitiert: BeckOK-GG/Bearbeiter)
- Erhard, Ludwig*, Wohlstand für alle, 1957
- Fabricius, Fritz* (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, Stand: 1992 (zitiert: GK-MitbestG/Bearbeiter)
- Fahr, Ulrich/Kaulbach, Detlef/Bähr, Gunne W.*, Versicherungsaufsichtsgesetz, 4. Auflage 2007
- Feik, Rudolf*, Zur verfassungs-, völker- und europarechtswidrigen Regelung der Mitbestimmungsbefugnisse ausländischer Arbeitnehmer, in: Aichlreiter, Josef Walter (Hrsg.), Recht (v)ermessen – Festschrift Hofer-Zeni, 1998, S. 57 ff. (zitiert: *Feik*, FS Hofer-Zeni)
- Fitting, Karl/Kraegeloh, Walter/Auffarth, Fritz*, Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, 7. Auflage 1966 (zitiert: *Fitting/Kraegeloh/Auffarth*, BetrVG 1952)
- Frank*, Um die Mitbestimmung bei den deutsch-schweizerischen Grenzkraftwerken, Das Mitbestimmungs-Gespräch 1956, Nr. 10, S. 7
- Franz, Alexander/Laeger, Lars*, Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht, BB 2008, 678
- Frels, Harro*, Die Organe des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit sowie die Wahlverfahren zur Mitgliedervertretung, in: Peiner, Wolfgang (Hrsg.), Grundlagen des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, 1995, S. 130 ff.
- Gentz, Manfred*, Das Arbeitsrecht im internationalen Konzern, NZA 2000,

- ders.*, Mitbestimmung auf Unternehmens- und Betriebsebene – Verzahnung oder Kumulation?, *Bitburger Gespräche 2006/I*, S. 33 ff.
- Gerdom, Thomas*, Gemeinschaftsrechtliche Unterrichts- und Anhörungspflichten und ihre Auswirkungen auf das Betriebsverfassungs-, Personalvertretungs- und Mitarbeitervertretungsrecht, 2009 (zitiert: *Gerdom*, Unterrichts- und Anhörungspflichten)
- Gerken, Lüder/Rieble, Volker/Roth, Günther H. /Stein, Torsten/Strein, Rudolf*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009
- Geßler, Ernst*, Die Mitbestimmung in Holdinggesellschaften des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, *BB 1956*, 625 (626)
- Girndt, Cornelia*, „Sozial ist, was wettbewerbsfähige Arbeitsplätze schafft“, *Die Mitbestimmung*, 2001 Heft 5, 12
- Goch, Stefan*, Eine Region im Kampf mit dem Strukturwandel, 2002 (zitiert: *Goch*, Strukturwandel)
- Götze, Cornelius/Winzer, Thomas/Arnold, Christian*, Unternehmerische Mitbestimmung – Gestaltungsoptionen und Vermeidungsstrategien, *ZIP 2009*, 245
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, einschl. 40. Ergänzungslieferung Oktober 2009 (zitiert: *Grabitz/Hilf/Bearbeiter*)
- Graf, Christoph*, *Das Kraftwerk Rheinau und die Rheinau-Initiative 1954*, 1972
- Grundmann, Stefan/Möslein, Florian*, *ECLR Die Goldene Aktie*, *ZGR 2003*, 317
- Habersack, Mathias*, Die Konzernmitbestimmung nach § 5 MitbestG und § 2 DrittelbG, *AG 2007*, 641
- ders.*, Grundsatzfragen der Mitbestimmung in SE und SCE sowie bei grenzüberschreitender Verschmelzung, *ZHR 171* (2007), 613
- ders./Tröger, Tobias*, „Ihr naht Euch wieder, schwankende Gestalten ...“ – Zur Frage eines europarechtlichen Gleichbehandlungsgebots beim Anteilshandel, *NZG 2010*, 1

- Hachtmann, Rüdiger*, Ein Koloß auf tönernen Füßen, 2006 (zitiert: *Hachtmann*, Koloß auf tönernen Füßen)
- Hanau, Peter*, Der (sehr vorsichtige) Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, NJW 2009, 1652
- ders./Steinmeyer, Heinz-Dietrich/Wank, Rolf* (Hrsg.), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002 (zitiert: *HdbEAS/Bearbeiter*)
- Hartig, Edmund*, Internationale Wasserwirtschaft und internationales Recht, 1955
- Hauth, Wolfram*, Unternehmensverfassungsrechtliche Probleme des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, 1983 (zitiert: *Hauth*, Probleme des VVaG)
- Hellwig, Hans-Jürgen/Behme, Caspar*, Gemeinschaftsrechtliche Probleme der deutschen Unternehmensmitbestimmung, AG 2009, 261
- ders./ders.*, Gemeinschaftsrechtswidrigkeit und Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts in der deutschen Unternehmensmitbestimmung, ZIP 2010, 871
- Henssler, Martin*, Die Unternehmensmitbestimmung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 187 ff. (zitiert: *Henssler*, 50 Jahre BGH)
- ders.*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen, ZfA 2000, 241
- ders.*, Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung – Reformdruck durch Internationalisierung der Wirtschaft, RdA 2005, 330
- ders.*, Mitbestimmungsrechtliche Konsequenzen einer Sitzverlagerung innerhalb der Europäischen Union, in: Söllner, Alfred/Gitter, Wolfgang/Waltermann, Raimund/Giesen, Richard/Ricken, Oliver (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 333 ff. (zitiert: *Henssler*, GS Heinze)
- ders./Braun, Axel* (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 2. Auflage 2007
- ders./Willemsen, Hein Josef/Kalb, Heinz-Jürgen* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 4. Auflage 2010 (zitiert: *HWK/Bearbeiter*)

- Herdegen, Matthias*, Völkerrecht, 9. Auflage 2010
- Heuschmid, Johannes*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, 2009 (zitiert: *Heuschmid*, Europäisches Grundrecht)
- Hirte, Heribert/Bücker, Thomas*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Auflage 2006
- Höfling, Wolfram*, Streikbewehrte Forderungen nach Abschluß von Tarifsozialplänen anlässlich konkreter Standortentscheidungen – Eine verfassungsrechtliche Kritik der arbeitsgerichtlichen Judikatur, ZfA 2008, 1
- Holle, Philipp Maximilian*, Der „Fall VW“ – ein gemeinschaftsrechtlicher Dauerbrenner, AG 2010, 14
- Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert* (Hrsg.), Aktiengesetz. Großkommentar, Band 4 und 5, 4. Auflage 2008 (zitiert: GK-AktG/Bearbeiter)
- Hörisch, Felix*, Unternehmensmitbestimmung im nationalen und internationalen Vergleich, 2009 (zitiert: *Hörisch*, Unternehmensmitbestimmung)
- von Hoyningen-Huene, Gerrick*, Der Arbeitgeber zwischen Unternehmerfreiheit, Flexibilität und Arbeitnehmerschutz, in: Konzen, Horst/Krebber, Sebastian/Raab, Thomas/Veit, Barbara/Waas, Bernd (Hrsg.), Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag, S. 217 ff. (zitiert: *von Hoyningen-Huene*, FS Birk)
- Huber, Berthold*, Die historische Verantwortung für VW, FAZ vom 5.3.2008 (Nr. 55), S. 15
- Huber, Ernst Rudolf*, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, 172
- ders.*, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, 1970 (zitiert: *E. R. Huber*, Wirtschaftliche Mitbestimmung)
- Hüffer, Uwe*, Aktiengesetz, 9. Auflage 2010
- Ipsen, Knut*, Völkerrecht, 5. Auflage 2004 (zitiert: *Ipsen/Bearbeiter*, Völkerrecht)

- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 2, 3. Auflage 2004, Band 3, 2. Auflage 1996, Band 5, 2. Auflage 2000, Band 5, 3. Auflage 2007, Band 6, 3. Auflage 2008 (zitiert: HdbStR/Bearbeiter)
- Jaques, Henning*, Börsengang und Führungskontinuität durch die kapitalistische KGaA – Zugleich ein Beitrag zur Frage der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten in der KGaA und der Anwendbarkeit der Grundsätze über die Publikums-KG, NZG 2000, 401
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage 2009
- Jendrzewski, Fred/Matic, Friedhelm/Seyboth, Marie*, Mehr Demokratie wagen, Die Mitbestimmung 2001 Heft 5, 36
- Joost, Detlev*, Mitbestimmung in der kapitalistischen Kommanditgesellschaft auf Aktien, ZGR 1998, 334
- ders.*, Gesetzgebung und Unternehmensmitbestimmung – Irrwege zwischen Ideologie und Markt, in: Annuß/Picker/Wißmann (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Richardi, 2007, S. 573 ff. (zitiert: Joost, FS Richardi)
- Junker, Abbo*, Sechundsiebzig verweht – Die deutsche Mitbestimmung endet in Europa, NJW 2004, 728
- ders.*, Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, ZfA 2005, 1
- ders.*, Europäische Aktiengesellschaft und deutsche Mitbestimmung, ZfA 2005, 211
- Kallmeyer, Harald*, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien – eine interessante Rechtsformalternative für den Mittelstand?, DStR 1994, 977
- ders.*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft, ZIP 2004, 1442
- Kämmerer, Jörn Axel/Veil, Rüdiger*, Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung in der monistischen Societas Europea – ein verfassungsrechtlicher Irrweg?, ZIP 2005, 369

- Kerwer, Christof*, Von Lokführern, solidarischen Druckern und Nürnberger Haushaltsgeräten: Neue Tendenzen im Arbeitskampfrecht, *EuZA* 2008, 335
- Kessler, Alexander*, Die Entwicklung des Binnenrechts der KGaA seit BGHZ 134, 392 = *NJW* 1997, 1923, *NZG* 2005, 145
- Kilian, Wolfgang*, VW-Gesetz und Wissenschaftsförderung, *NJW* 2002, 3599
- ders.*, Verstößt das VW-Gesetz gegen die Kapitalverkehrsfreiheit?, *NJW* 2007, 1508
- ders.*, Wem gehört Volkswagen?, *FAZ* Nr. 258 vom 6.11.2009, S. 14
- Kindler, Peter*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2009
- Kischel, Uwe*, Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union, *EuGRZ* 1997, 1
- Kisker, Olaf*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2007 (zitiert: *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften)
- Kittner, Michael*, Die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes über die befristete Fortgeltung der Montanmitbestimmung, *BB* 1971, 1057
- Köstler, Roland/Zachert, Ulrich/Müller, Matthias*, Aufsichtsratspraxis, 8. Auflage 2006
- Kötter, Hans-Wilhelm*, Mitbestimmungsrecht, 1952
- Krause, Hartmut*, Von „goldenen Aktien“, dem VW-Gesetz und der Übernahmerichtlinie, *NJW* 2002, 2747
- Krause, Rüdiger*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), *BB* 2005, 1221
- Krebber, Sebastian*, Soziale Rechte in der Gemeinschaftsrechtsordnung, *RdA* 2009, 224

- Kropf, Bruno/Semler, Johannes*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 3. Auflage 2008, Band 2, 3. Auflage 2008, Band 9/2, 2. Auflage 2006 (zitiert: MüKo-AktG/Bearbeiter)
- Krug, Karl*, Kennzeichnung des Unternehmenszwecks eines Konzerns auch durch im Ausland belegene Konzernunternehmen?, NJW 1956, 1585
- Krüger, Hartmut*, Die Sicherung der Montan-Mitbestimmung in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Wendt, Rudolf/Höfling, Wolfgang/Karpen, Ulrich/Oldiges, Martin (Hrsg.), Staat. Wirtschaft. Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, 1996, S. 611 ff. (zitiert: *Krüger*, FS Friauf)
- Kübler, Friedrich/Schmidt, Walter/Simitis, Spiros*, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe, 1978 (zitiert: *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung)
- Leible, Stefan*, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, 531
- Leitmeier, Lorenz*, Viel Lärm um Mangold, FA 2010, 4
- Lessner-Sturm, Jan H.*, Gewerkschaften als Arbeitgeber, 2009
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage 2004
- Lubitz, Robert*, Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung, 2005 (zitiert: *Lubitz*, Mitbestimmungssicherung und -modernisierung)
- Lunk, Stefan/Hinrichs, Lars*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem MgVG, NZA 2007, 773
- Lutter, Marcus*, Der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 1977, 195
- ders.*, Mitbestimmungsprobleme im internationalen Konzern, in: Bernstein, Herbert/Drobnig, Ulrich/Kötz, Hein (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert, 1981, S. 251 ff. (zitiert: *Lutter*, FS Zweigert)
- Mallmann, Luitwin*, 100 Jahre Gesamtmetall – Perspektiven aus Tradition, Band 1, 1990 (zitiert: *Mallmann*, 100 Jahre Gesamtmetall)

- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 2005
- Marrenbach, Otto, Fundamente des Sieges, 2. Auflage 1941
- Martens, Klaus-Peter, Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes, AG 1976, 113
- Maunz, Theodor (Begr.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, einschl. 30. Ergänzungslieferung, Mai 2009
- ders./Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, einschl. 59. Ergänzungslieferung, Juli 2010
- Mayer, Udo, Die Sicherung der Montanmitbestimmung als sozialstaatlicher Auftrag, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (BlStSozArbR) 1981, 86
- Meier, Norbert, Inkompatibilität und Interessenwiderstreit von Verwaltungsangehörigen in Aufsichtsräten, NZG 2003, 54
- Meilicke, Wienand, Sitztheorie versus Niederlassungsfreiheit?, GmbHR 2000, 693
- ders., Die Niederlassungsfreiheit nach „Überseering“ – Rückblick und Ausblick nach Handelsrecht und Steuerrecht, GmbHR 2003, 793
- Mertens, Hans-Joachim, Zur Gültigkeit von Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 1982, 141
- Mommsen, Hans/Grieger, Manfred, Das Volkswagenwerk und seine Arbeiter im Dritten Reich, 3. Auflage 1997 (zitiert: Mommsen/Grieger, Volkswagenwerk)
- Morgenthaler, Gerd, Gleichheit und Rechtssystem – Widerspruchsfreiheit, Folgerichtigkeit, in: Mellinghoff, Rudolf/Palm, Ulrich (Hrsg.), Gleichheit im Verfassungsstaat. Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Paul Kirchhof, 2008, S. 51 ff.
- Muckel, Stefan, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989 (zitiert: Muckel, Vertrauensschutz bei Gesetzesänderungen)
- Müller, Hans-Peter, Verfassungsmäßigkeit des Nebeneinander verschiedener Mitbestimmungsregelungen?, DB 1977, 163

- Müller, Roland A.*, Die Arbeitnehmervertretung, 1999 (zitiert: *R. A. Müller*, Arbeitnehmervertretung)
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage 2011 (zitiert: *ErfK/Bearbeiter*)
- Musielak, Hans-Joachim/Borth, Helmut*, Familiengerichtliches Verfahren, 2009
- Naendrup, Peter-Hubert*, Zur gesetzesspositiven Orientierungsleistung des sog. Mitbestimmungsgesetzes – Stenogramm zu Zweifeln bei der Rechtsanwendung, *BlStSozArbR* 1976, 164
- Nagel, Bernhard*, Mitbestimmung im Montankonzern und Grundgesetz, 1992 (zitiert: *Nagel*, Mitbestimmung)
- Neumann, Dirk*, Betriebsverfassung in Grenzkraftwerken, *RdA* 1957, 281
- Nienerza, Michael*, Unternehmerische Mitbestimmung in grenzüberschreitenden Konzernen, 2005 (zitiert: *Nienerza*, Unternehmerische Mitbestimmung)
- Niklas, Thomas*, Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE) – Umsetzung in Deutschland, *NZA* 2004, 1200
- Obwexer, Walter*, Das Ende der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, *EuZW* 2002, 517
- Otto, Hans-Jochen*, Die Verteilung der Kontrollprämie bei Übernahme von Aktiengesellschaften und die Funktion des Höchststimmrechts, *AG* 1994, 167
- Paukner, Katharina*, Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb, 2009 (zitiert: *Paukner*, Streikrecht ausländischer Arbeitnehmer)
- Peiner, Wolfgang* (Hrsg.), Grundlagen des Versicherungsvertrags auf Gegenseitigkeit, 1995 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Peiner*, Grundlagen des VVaG)
- Peters, Jürgen*, Montanmitbestimmung. Dokumente ihrer Entstehung, 1979 (zitiert: *Peters*, Montanmitbestimmung)

- von Petersdorff, Wienand/Meck, Georg*, Wem gehört Volkswagen?, FAS vom 20.4.2008 (Nr. 16), S. 4
- Peus, Egon A.*, Die Praxis privatautonomer Mitbestimmungsvereinbarungen, AG 1982, 206
- Pinckernelle, Hans*, Umgestaltung des deutschen Kohlenbergbaues und der deutschen Eisen- und Stahlindustrie (Westzonen), BB 1951, 62
- Pöhlmann, Peter/Fandrich, Andreas/Bloehs, Joachim*, Genossenschaftsgesetz, 3. Auflage 2007
- Pötters, Stephan/Traut, Johannes*, Eskalation oder Burgfrieden: Mangold vor dem BVerfG, ZESAR 2010, 267
- Prager, Matthias*, Grenzen der deutschen Mitbestimmung (inklusive Betriebsverfassung) im deutsch-schweizerischen Unternehmensrecht, 1979 (zitiert: *Prager*, Grenzen der Mitbestimmung)
- Preis, Ulrich*, Verfassungsrechtliche Fragen zur Neuregelung der Montan-Mitbestimmung, AuR 1983, 161
- Prölss, Erich R. (Begr.)*, Versicherungsaufsichtsgesetz, 12. Auflage 2005 (zitiert: *Prölss/Bearbeiter*, VAG)
- Pulte, Peter*, Betriebsgröße und Betriebszugehörigkeit, 2002
- Putzer, Alexander*, Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat, 2005 (zitiert: *Putzer*, Mitwirkung)
- Raiser, Thomas*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B für den 66. Deutschen Juristentag, 2006 (zitiert: *Raiser*, 66. DJT, Gutachten B)
- ders./Veil, Rüdiger*, Mitbestimmungsgesetz, 5. Auflage 2009
- ders./Veil, Rüdiger*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Auflage 2010 (zitiert: *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaftsrecht)
- Rapp-Jung, Barbara/Bartosch, Andreas*, Das neue VW-Gesetz im Spiegel der Kapitalverkehrsfreiheit – Droht wirklich ein neues Vertragsverletzungsverfahren?, BB 2009, 2210

- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 5. Auflage 2009, Band 11, 5. Auflage 2010 (zitiert: MüKo-BGB/Bearbeiter)
- Rehberg, Marcus*, Chancen und Risiken der Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo (Hrsg.), Vereinbarte Mitbestimmung in der SE, 2008, S. 45 ff. (zitiert: *Rehberg*, Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung)
- Rehbinder, Manfred*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage 2002
- Reich, Norbert/Lewerenz, Karl-Jochen*, Das neue Mitbestimmungsgesetz, AuR 1976, 261
- Reichold, Hermann*, Umwertung aller Werte, FAZ vom 1.7.2010, Nr. 149, S. 8
- Rengeling, Hans-Werner/Szczekalla, Peter*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004 (zitiert: *Rengeling/Szczekalla*, EU-Grundrechte)
- Reppel, Rolf*, Von der Montanmitbestimmung lernen, Die Mitbestimmung 2001 Heft 5, 18
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 12. Auflage 2010 (zitiert: *Richardi/Bearbeiter*)
- Richardi, Reinhard/Wißmann, Hellmut/Wlotzke, Otfried/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Auflage 2009 (zitiert: MüHdbArbR/Bearbeiter)
- Rieble, Volker*, Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck, in: ders. (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, 2004, S. 9 ff. (zitiert: *Rieble*, Mitbestimmung)
- ders.*, Tarifautonomie und Unternehmensmitbestimmung, in: Bitburger Gespräche 2006/I, S. 41 ff.
- ders.*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, NJW 2006, 2214

- ders.*, Schutz vor paritätischer Unternehmensmitbestimmung, BB 2006, 2018
- ders.*, Gruppenegoismus und Macht bei VW, FAZ vom 26.3.2008 (Nr. 71), S. 12
- ders.*, Mindestlohncompliance für Auftraggeber, NJW-Spezial 2009, 414
- ders.*, Diskriminierende Mitbestimmung, FAZ vom 12.6.2010 (Nr. 133), S. C2
- ders./Kolbe, Sebastian*, Vom Sozialen Dialog zum europäischen Kollektivvertrag?, EuZA 2008, 453
- Riechert, Udo*, Neubeginn im Schatten der NS-Tyrannie, 1987 (zitiert: *Richert*, Neubeginn)
- Riegger, Bodo*, Centros – Überseering – Inspire Art: Folgen für die Praxis, ZGR 2004, 510
- Rittner, Fritz*, Die paritätische Mitbestimmung und das Gesellschaftsrecht, JZ 1975, 457
- Ruland, Franz*, Die Sonderstellung der Religionsgemeinschaften im Kündigungsschutzrecht und in den staatlichen Mitbestimmungsordnungen, NJW 1980, 89
- Sachs, Michael*, Grundgesetz, 5. Auflage 2009 (zitiert: *Sachs/Bearbeiter*)
- Säcker, Franz Jürgen*, Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats analog § 4 MitbestG bei einer OHG mit juristischen Personen als Gesellschaftern?, DB 2003, 2535
- ders.*, Die Zukunft der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, AG 2008, 17
- ders.*, Der Ablauf des Wahlverfahrens nach der Dritten Wahlordnung (Konzern-Wahlordnung) zum Mitbestimmungsgesetz und die Anfechtung fehlerhafter Wahlen – aktuelle Rechtsfragen, ZfA 2008, 51
- Sandrock, Otto*, Gehören die deutschen Regelungen über die Mitbestimmung auf Unternehmensebene wirklich zum deutschen ordre public?, AG 2004, 57

- Scheuerle, Wilhelm*, Vom Wesen des Wesens, AcP 163 (1963), 429
- Schiessl, Maximilian*, Leitungs- und Kontrollstrukturen im internationalen Wettbewerb, ZHR 167 (2003), 235
- Schlotfeldt, Walter*, Gesellschaftsrechtliche Fusion und Mitbestimmung in der EWG, RdA 1967, 415
- Schmidt, Eberhard*, Die verhinderte Neuordnung 1945-1952, 1970 (zitiert: *Schmidt, Verhinderte Neuordnung*)
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002
- ders.* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2, 2. Auflage 2006 (zitiert: *MüKo-HGB/Bearbeiter*)
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno* (Begr.)/*Hofmann, Hans/Hopfau, Axel* (Hrsg.), GG Kommentar zum Grundgesetz, 11. Auflage 2008
- Schneider, Hans*, Gerichtsfreie Hoheitsakte, Recht und Staat 160/161 (1951)
- Schöpfe, Birgit*, Gewillkürte Unternehmensmitbestimmung, 2003
- Schubert, Claudia*, Die Bestellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- und Verwaltungsorgan bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, ZIP 2009, 791
- Schubert, Mathias*, Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung, 1984 (zitiert: *M. Schubert, Unternehmensmitbestimmung*)
- Schulte-Herbrüggen, Elena*, Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, ZEuS 2009, 343
- Schupp, Antje*, Mitbestimmungsbeibehaltung bei Veränderung der Unternehmensstruktur, 2001 (zitiert: *Schupp, Mitbestimmungsbeibehaltung*)
- Schwarz, Walter*, Zur Einführung: Das Recht der Wiedergutmachung und seine Geschichte, JuS 1986, 433
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Auflage 2009 (zitiert: *Schwarze/Bearbeiter*)

- Seibt, Christoph H.*, Drittelbeteiligungsgesetz und Fortsetzung der Reform des Unternehmensmitbestimmungsrechts – Analyse des Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, NZA 2004, 767
- Skouris, Vassilios*, Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, DÖV 2006, 89
- Spindler, Gerald*, Die Montanmitbestimmung auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, AG 1994, 258
- Stein, Ekkehart*, Qualifizierte Mitbestimmung unter dem Grundgesetz, 1976 (zitiert: *E. Stein*, Qualifizierte Mitbestimmung)
- Stein, Torsten*, Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers und die Europäischen Gemeinschaften, in: Mosler/Bernhardt (Hrsg.), Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers – Rechtsvergleichung und Völkerrecht, 1980, Teil 2, S. 1099 ff. (zitiert: *T. Stein*, Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers)
- ders./von Butlar*, Völkerrecht, 12. Auflage 2009
- Steindorff, Ernst*, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Mitbestimmung, in: Flume, Werner/Raisch, Peter/Steindorff, Ernst (Hrsg.), Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt, S. 127 ff. (zitiert: *Steindorff*, FS Ballerstedt)
- ders.*, Einzelfragen zur Reichweite des Mitbestimmungsgesetzes, ZHR 141 (1977), 457
- Stern, Klaus* (Hrsg.), Staatsrecht, Band 1, 2. Auflage 1984 (zitiert: *Stern/Bearbeiter*)
- Streinz, Rudolf*, EUV/EGV, 2003 (zitiert: *Streinz/Bearbeiter*)
- ders.*, Europarecht, 8. Auflage 2008
- ders./Ohler, Christoph/Herrmann, Christoph*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Auflage 2008 (zitiert: *Streinz/Ohler/Herrmann*, Vertrag von Lissabon)
- Teichmann, Christoph*, Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, Der Konzern 2007, 89

- ders.*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung, Beilage zu ZIP 48/2009, 10
- ders.*, Europäisierung der deutschen Mitbestimmung durch Nichtanwendung des Gesetzes?, ZIP 2010, 874
- ders./Heise, Elisabeth*, Das VW-Urteil des EuGH und seine Folgen, BB 2007, 2577
- Tettinger, Peter J./Stern, Klaus* (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006 (zitiert: *KGK/Bearbeiter*)
- Thüsing, Gregor*, Europäische Perspektiven der deutschen Unternehmensmitbestimmung, in: Rieble, Volker (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, 2004, S. 96 ff. (zitiert: *Thüsing, Europäische Perspektiven*)
- ders.*, Zur Unanwendbarkeit nationalen Rechts bei Verstoß gegen den europarechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, ZIP 2010, 199
- Tooze, J. Adam*, Ökonomie der Zerstörung, 2007
- Tschudi, Hans Peter*, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, 1987
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Henssler, Martin*, Mitbestimmungsrecht, 2. Auflage 2006
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage 2003 (zitiert: *von der Groeben/Schwarze/Bearbeiter*)
- Waldenmaier, Marianne/Ley, Christian*, Konzernmitbestimmung: Satzungssitz in Deutschland, Verwaltungssitz im Ausland, BB 2009, 1694
- Walk, Werner/Burger, Stefan*, Konzernmitbestimmung ohne Konzern? Zur Reichweite des § 5 Abs. 3 MitbestG, RdA 2009, 373
- Wedemann, Frauke*, Die Europa-GmbH ante portas, EuZW 2010, 534
- Wendt, Rudolf*, Der Gleichheitssatz, NVwZ 1988, 778

- Wiesner, Georg*, Zum Anwendungsbereich des Montanmitbestimmungsgesetzes, AuR 1978, 73
- Wisskirchen, Gerlind/Prinz, Thomas*, Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE), DB 2004, 2638
- Wißmann, Helmut*, Der Anwendungsbereich der Unternehmensmitbestimmung als Dauerpatient, in: Klebe, Thomas/Wedde, Peter/Wolmerath, Martin (Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt. Festschrift für Wolfgang Däubler, 1999, S. 385 ff. (zitiert: *Wißmann*, FS Däubler)
- Wlotzke, Otfried*, Das neue Gesetz zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung, in: Hüffer, Uwe/Ipsen, Knut/Tettinger, Peter J. (Hrsg.), Festschrift für Fritz Fabricius: Berg- und Energierecht vor den Fragen der Gegenwart, 1989, S. 165 ff. (zitiert: *Wlotzke*, FS Fabricius)
- ders./Wißmann, Hellmut*, Die Gesetzesinitiative der Bundesregierung zur Montan-Mitbestimmung, DB 1981, 623.
- ders./Wißmann, Hellmut/Koberski, Wolfgang/Kleinsorge, Georg*, Mitbestimmungsrecht, 3. Auflage 2008 (zitiert: *WWKK/Bearbeiter*)
- Wolf, Roland/Prinz, Thomas*, Europäisches Gesellschaftsrecht und deutsche Unternehmensmitbestimmung – eine Skizze, in: Baeck, Ulrich/Hauck, Friedrich/Preis, Ulrich/Rieble, Volker/Röder, Gerhard/Schunder, Achim (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, 2010, S. 1171 ff. (zitiert: *Wolf/Prinz*, FS Bauer)
- Wollenschläger, Ferdinand*, Grundfreiheit ohne Markt – die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, 2007 (zitiert: *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt)
- Zilias, Manfred*, Die Behandlung ausländischer Konzernunternehmen im Rahmen der Holding-Novelle, NJW 1957, 325
- Zinger, Georg Hannes*, Die Internationalisierung der Belegschaften multinationaler Unternehmen mit Sitz in Deutschland, 2002 (zitiert: *Zinger*, Internationalisierung)

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4

Robert Lubitz

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

Band 7
Till Brocker
Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8
Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)

Band 9
Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)

Band 10
Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2

Band 11
Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9

Band 12
Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6

Band 13
Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0

Band 14
Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7

Band 15
Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4

Band 16

Kartellrecht und Arbeitsmarkt

6. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7

Band 17

Bernd Wiebauer

Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der

Mitbestimmung

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4

Band 18

Neues Arbeitskampfrecht?

7. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

Band 19

Christian A. Velten

Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine verfassungs-
rechtliche, gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche

Analyse

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8

Band 20

Arbeitsrecht im Konzern

2. ZAAR-Tagung

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5

Band 21

Volker Rieble

Verfassungsfragen der Tarifeinheit

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2