

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 Bewahrung	235
a) Tradition ohne Legitimation	235
b) Bewahrung 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 Albruck-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