

# A. Einleitung

Die Verwirklichung des Binnenmarktes ist ausweislich des Art. 26 AEUV eines der erklärten Ziele der Union. Gem. Art. 26 Abs. 2 AEUV umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist. Das Binnenmarktziel wird vorrangig durch die Konzeption der Grundfreiheiten und damit u.a. durch die Niederlassungsfreiheit getragen<sup>1</sup>. Das Ziel der Niederlassungsfreiheit besteht darin, es jedem Unternehmen zu ermöglichen, seinen Standort nach rein ökonomischen Kriterien zu wählen<sup>2</sup>.

## I. Internationale Mobilität von Gesellschaften

Die Niederlassungsfreiheit fordert und fördert die internationale Mobilität von Gesellschaften. Reichweite und Grenzen der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH in verschiedenen Entscheidungen konkretisiert.

Die internationale Mobilität von Gesellschaften wurde zudem mit der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft („Societas Europaea“, SE) im Jahr 2000 voran getrieben. In einem weiteren Schritt entschied der EuGH in der Rechtssache *Sevic*<sup>3</sup>, dass die generelle Nichtzulassung von grenzüberschreitenden Fusionen im deutschen Umwandlungsrecht gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. In diesem Zusammenhang wurde die Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (*Verschmelzungsrichtlinie*)<sup>4</sup> erlassen, die primär die Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften bezweckt.

Der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft war ein langwieriger Prozess vorangegangen. Eine Einigung scheiterte immer wieder an der Ausgestaltung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene. Im Fokus stand das deutsche Mitbestimmungsrecht, das im internationalen Vergleich eine sehr starke Arbeitnehmerbeteiligung vorsieht<sup>5</sup>.

---

1 Terhechte in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 40.

2 Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 193.

3 EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10825 („*Sevic*“).

4 Richtlinie 2005/56/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005.

5 Vgl. Henssler in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, Einl. SEBG, Rn. 13 f.

## II. Das deutsche Mitbestimmungsrecht im europäischen Binnenmarkt

Die fundierten Ziele der deutschen Unternehmensmitbestimmung sind sozialetischer, sozialpolitischer und gesellschaftspolitischer Natur<sup>6</sup>. So liegen dem deutschen Mitbestimmungsmodell unter anderem die Gedanken der Selbstbestimmung, die Achtung vor der Würde des Menschen und der Ausgleich oder der Abbau einseitiger Machtstellungen durch Kooperation der Beteiligten zugrunde<sup>7</sup>, d.h. die „gleichberechtigte und gleichgewichtige Teilhabe von Anteilseignern und Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen“<sup>8</sup>. Auch die Sicherung von Demokratie und sozialem Frieden<sup>9</sup> sowie eine überwiegend inländische, interessenhomogene Arbeitnehmerschaft, die ihr gesamtes Arbeitsleben an ein Unternehmen gebunden ist<sup>10</sup>, waren Grundgedanken des deutschen Mitbestimmungsrechts. Die Mitbestimmung soll helfen, die Abhängigkeit auszugleichen oder zumindest abzumildern, in die sich jeder begibt, der Arbeit innerhalb einer fremdbestimmten Organisation leistet<sup>11</sup>. Sie soll grundsätzlich gewährleisten, dass bei den unternehmerischen Planungen und Entscheidungen nicht nur die Interessen der Anteilseigner, sondern auch die Belange der Arbeitnehmer berücksichtigt werden<sup>12</sup>.

Viele Anteilseigner empfinden die Arbeitnehmermitbestimmung als belastend<sup>13</sup>. Sie bemängeln, dass durch die Arbeitnehmerbeteiligung ihre Rechte beschnitten und die Effizienz der Unternehmen nachhaltig geschwächt würden<sup>14</sup>.

Die Ziele und Inhalte der deutschen Unternehmensmitbestimmung kontrastieren das Binnenmarktziel und den Gewährleistungsbereich der Niederlassungsfreiheit, so dass ein Spannungsverhältnis zwischen beiden besteht. Denn die gleichberechtigte Teilhabe von Arbeitnehmern an Entscheidungsprozessen im Unternehmen bringt zwangsläufig langwierige Entscheidungsprozesse und damit Einschränkungen für die internationale Mobilität von Gesellschaften mit sich. Im Zuge der fortschreitenden internationalen Mobilität von Gesellschaften wird dieses Spannungsverhältnis durch die vielen unterschiedlichen Mitbestimmungssysteme in den verschiedenen Mitgliedstaaten verschärft. So kennen einige Unionsstaaten gar keine Unternehmensmitbestimmung, während wieder andere Staaten wesentlich

---

6 Ulmer/Habersack in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, Einl. MitbestG, Rn. 1 ff.; WWKK/Wißmann, Mitbestimmungsrecht, Vorbem., Rn. 3.

7 BT-Drucks. 6/334, S. 65; vgl. auch ErfK/Koch, § 1 BetrVG, Rn. 1; Ulmer/Habersack in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, Einl. MitbestG, Rn. 2 f.; WWKK/Wißmann, Mitbestimmungsrecht, Vorbem., Rn. 3.

8 Begründung des RegE des MitbestG 1976, BT-Drucks. 7/2172, S. 17.

9 Vgl. nur Rieble in: Rieble, Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, § 1, Rn. 1.

10 Lubitz, S. 14.

11 ErfK/Koch, § 1 BetrVG, Rn. 1.

12 S. WWKK/Wißmann, Mitbestimmungsrecht, Vorbem., Rn. 2.

13 Vgl. Zange in: Arens/Düwell/Wichert, Umstrukturierung, § 14, Rn. 5.

14 Köster, S. 20.

schwächere Mitbestimmungssysteme vorsehen, als sie im deutschen Recht implementiert sind.

Hinzu kommt, dass die Anforderungen, die sich aus der Niederlassungsfreiheit an die Ausgestaltung der Arbeitnehmermitbestimmung auf europäischer Ebene ergeben, bislang sehr vage sind. Eine Entscheidung des EuGH ist hierzu bislang nicht ergangen. Die Ausgestaltung der Unternehmensmitbestimmung auf europäischer Ebene im allgemeinen und bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen im Besonderen sieht sich vor diesem Hintergrund mit den Schwierigkeiten fragmentierten Rechts und einem komplexen Gefüge aus Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht konfrontiert.

### III. Gestaltungsoptionen

In Anbetracht des Spannungsverhältnisses zwischen der deutschen Unternehmensmitbestimmung und der europäischen Niederlassungsfreiheit haben sich im Laufe der Zeit Strategien etabliert, mittels derer Gesellschaften der (deutschen) Arbeitnehmermitbestimmung ausweichen können, indem sie etwa deren Intensität verringern. Zu diesen traditionellen Strategien der Mitbestimmungsgestaltung zählen u.a. die Errichtung einer Holdinggesellschaft im Ausland, die Gründung unselbständiger Niederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften oder der Einsatz von Personengesellschaften.

Auch die Gründung einer SE oder die Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung eröffnen Mitbestimmungsgestaltungsoptionen für die beteiligten Gesellschaften. So wurde die Mitbestimmungsproblematik bei der Einführung der SE durch ein komplexes System gelöst, das den erheblichen Unterschieden der Mitbestimmungssysteme in den verschiedenen Mitgliedstaaten Rechnung trägt. Diese Lösung hat der Unionsgesetzgeber im Grundsatz auf die Ausgestaltung der Mitbestimmung bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung übertragen. Sowohl die Gründung einer SE als auch die Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung eröffnen Gesellschaften demnach die Möglichkeit, im Wege der Durchführung von Verhandlungen eine für das jeweilige Unternehmen maßgeschneiderte Form der Mitbestimmung zu wählen. Mit der Richtlinie 2001/86/EG zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft (*SE-Richtlinie*) und mit dem deutschen Umsetzungsgesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft vom 22. Dezember 2004 (SEBG) wurde dafür der Grundstein gelegt, der in Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie auf die grenzüberschreitende Verschmelzung übertragen wurde. Nach der Konzeption der Verschmelzungsrichtlinie gelangt im Regelfall ein europäisches Mitbestimmungssystem zur Anwendung, nach dem die beteiligten Gesellschaften gehalten sind, eine Vereinbarung über die künftige Mitbestimmung in der hervorgehenden Gesellschaft zu verhandeln. Sind die Voraussetzungen für das Eingreifen des europäischen Mitbestimmungskonzeptes nicht erfüllt, greift das Sitzstaatprinzip. Dieses sieht die Anwendung des Rechts desjenigen Mitgliedstaates vor, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft ihren Sitz hat.