

Pütz, Lasse; Sick, Sebastian

Research Report

EU-domstolen BLIR nagelprovet: Undergräva eller stärka medbestämmanderätten

Mitbestimmungsförderung Report, No. 17se

Provided in Cooperation with:

The Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Pütz, Lasse; Sick, Sebastian (2015) : EU-domstolen BLIR nagelprovet: Undergräva eller stärka medbestämmanderätten, Mitbestimmungsförderung Report, No. 17se, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/127482>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

REPORT

Nr. 17 · Medbestämmanderapport

EU-DOMSTOLEN BLIR NAGELPROVET – UNDERGRÄVA ELLER STÄRKA MEDBESTÄMMANDERÄTTEN?

EU-domstolen prövar den tyska medbestämmanderättens förenlighet med Europarätten.

En tolkningsfråga ställd till EG-domstolen: Angrepp på den europeiska socialmodellen?

Beslut om hänskjutande från Berlins kammarrätt (Kammergericht Berlin) av den 16 oktober 2015 gällande frågan om arbetstagarnas medbestämmanderätt strider mot europalagstiftningen.

EN SNABBGENOMGÅNG:

- EG-domstolen har med stöd av en tolkningsfråga från en tysk domstol till uppgift att besluta om huruvida den existerande lagstiftningen om arbetstagarnas medbestämmanderätt i företagsorgan resp. lagstiftningens tillämpning är förenlig med EU-lagstiftningen.
- Beroende på EG-domstolens beslut hotas de nationella systemen av allvarliga störningar i arbetsmarknadsrelationerna i samtliga medlemsländer. Målet har därför mycket stor betydelse inte bara för Tyskland.
- Regeringarna i EU:s medlemsländer kan delta i målet inför EG-domstolen med egna ställningstaganden.
- De nationella fackföreningsorganisationerna bör utifrån dessa aspekter undersöka om det är meningsfullt att verka för att deras egna regeringar lämnar in ett eget ställningstagande.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

- 1 En snabbgenomgång
- 2 Målets omfattning
- 2 Motivering
- 3 Tolkningsfrågan som ställs till EG-domstolen lyder
- 3 Så här argumenterar motståndarna till medbestämmanderätten
- 3 Varför medbestämmanderätten är förenlig med EU-lagstiftningen
- 3 Arbetstagarinflytande i europeisk rätt
- 4 Möjliga beslut från EG-domstolen
- 4 Möjliga följder för arbetstagare i Tyskland och Europa
- 4 De inhemska regeringarnas och fackföreningarnas roll
- Bilaga
- Artikel av professor dr Rüdiger Krause - Unionslagstiftningens – betydelse för medbestämmanderätten hos tyska företag Landgericht Berlin (tingsrätten i Berlin) – Beslut av den 1 juni 2015
- Länkar

I. MÅLETS OMFATTNING

Med beslut meddelat den 16 oktober 2015 har Berlins kammarrätt i samband med ett så kallat mål om förhandsavgörande framställt en fråga till EG-domstolen huruvida medbestämmandelagen strider mot EU-lagstiftningen.¹ Konkret rör det sig om att arbetstagare i andra EU-länder varken har aktiv eller passiv rösträtt i samband med valet av arbetstagarrepresentanter till koncernstyrelsen. De har varken möjlighet att rösta eller själva ställa upp i styrelsevalet, vilket arbetstagarna i Tyskland har. I det fall som ligger till grund för målet, och som rör TUI AG, är exempelvis ca 10 000 arbetstagare sysselsatta i landet och ca 40 000 arbetstagare i andra EU-länder. Den högre regionala domstolen i Berlin – Kammergericht – (motsvarar Oberlandesgericht i andra delstater) anser att det är möjligt att det föreligger ett brott mot EU:s diskrimineringsförbud på grund av nationalitet (art. 18 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget)) och mot den fria rörligheten för arbetstagare (art. 45 EUF-fördraget). Även i den juridiska litteraturen är frågan omtvistad. Den rådande meningen i rättspraxis och i juridisk litteratur² talar dock för att det strider mot EU:rätten. Beslutet om hänskjutande fastställdes i ett s.k. statusförfarande för prövning av styrelsesammansättningen (98 § i aktiebolagslagen AktG). I första instans hade Berlins distriktdomstol mycket övertygande avslagit yrkandet om brott mot EU:rätten (102 O 65/14 AktG).³ EG-domstolen väntas inte fatta beslut förrän i början av 2017. Fram tills dess kommer inte medbestämmanderätten i koncernstyrelsen att påverkas.

II. MOTIVERING

Målet hör till en rad andra rättstvister gällande olika bolag (tyska börsen, Hornbach, BayWa) som drivs parallellt. De sökande i målet är huvudsakligen identiska (aktieägare, särskilt en professor för arbetsrätt som står arbetsgivarna nära och en enskild aktie-

ägare) och siktar, enligt vår bedömning, politiskt motiverade in sig på att medbestämmandelagen inte ska tillämpas på grund av det påstådda brottet mot EU:rätten. De kräver att styrelsen endast ska bestå av ledamöter som företräder aktieägarna.

Det finns skäl att förmoda att de sökande även i det aktuella målet inte är intresserade av det konkreta bolaget. För dem handlar det istället om att försvaga arbetstagarrepresentanternas demokratiska legitimation i Europa och Tyskland. De nationella arbetstagarrepresentanternas demokratiska legitimation i Europa ska ifrågasättas. Det betyder att hela systemet med nationalstaternas arbetsmarknadsrelationer ställs på prov inför EG-domstolen. Hittills har de tyska domstolarna – LG Landau⁴, OLG Zweibrücken⁵, LG Frankfurt⁶, LG Berlin⁷ och LG München I⁸ – inte antagit yrkandena från angivna personer, utan har betraktat medbestämmandelagarna som förenliga med unionsrätten. Den regionala distriktdomstolen i Berlin, som lagt fram frågan inför EG-domstolen, anser alltså inte detta.

III. TOLKNINGSFRÅGAN SOM STÄLLS TILL EG-DOMSTOLEN LYDER

Är det förenligt med art. 18 i EUF-fördraget (diskrimineringsförbud) och art. 45 i EUF-fördraget (rätten till fri rörlighet för arbetstagare) att ett medlemsland endast beviljar aktiv och passiv rösträtt för val av arbetstagarrepresentanter till ett företags styrelse till sådana arbetstagare som är anställda inom företaget eller på koncernbolag i landet?

Denna fråga rör således det medbestämmande som tillämpas i företag oberoende av graden av del-

1 Anhängigt hos EG-domstolen som mål nr C-566/15 (Erzberger).

2 Se särskilt Krause, AG 2012, sid. 485 (se bilaga).

3 Berlins distriktdomstol från 2015-06-01 – 102 O 65/14 AktG, se bilaga.

4 LG Landau (Pfalz) från 2013-09-13 – HKO 27/13 = ZIP 2013, sid. 2107.

5 OLG Zweibrücken från 2014-02-20 – 3 W 150/13 = ZIP 2014, sid. 1224.

6 LG Frankfurt från 2015-02-16 – 3-16 O 1/14, 3 = ZIP 2015, sid. 634. LG Frankfurt (fall: tyska börsen) anser inte att lagen strider mot EU:rätten, utan tolkar den som förenlig med unionsrätten. Se Krause, ZIP 2015, 634 ff.

7 Berlins distriktdomstol från 2015-06-01 – 102 O 65/14 AktG, se bilaga.

8 LG München I från 2015-08-27 – 5 HKO 20285/14 = ZIP 2015, sid. 1929.

tagande. Även andra EU-länder, t.ex. Frankrike, Österrike, Sverige och Nederländerna, med sina respektive lagstiftningar om arbetstagarnas medbestämmanderätt i företagsorgan torde beröras av beslutet. Inga medlemsländer har hittills planerat att utlandsanställd personal ska delta automatiskt i val till inhemska arbetstagarrepresentanter. Här ska kanske påpekas att arbetstagares medbeslutande i bolags- eller koncernstyrelser inte är något tyskt fenomen, utan förekommer i många andra länder och är så utbredd att den utgör en central komponent i den europeiska socialmodellen.⁹

IV. SÅ HÄR ARGUMENTERAR MOTSTÅDARNA TILL MEDBESTÄMMANDERÄTTEN

Den fria rörligheten för arbetstagare kommer att påverkas eftersom arbetstagarna avhålls från att jobba utomlands på grund av att man kan förlora den aktiva och passiva rösträtten i samband med val av ledamöter till företags- eller koncernstyrelsen.

Arbetstagare inom koncernen som är anställda utomland skulle av nationalitetsskäl diskrimineras (indirekt), eftersom de varken har aktiv eller passiv rösträtt vid val till koncernstyrelsen. De skulle därför inte vara representerade på ett tillfredsställande sätt, även om koncernstyrelsen är verksam för hela koncernen.

V. VARFÖR MEDBESTÄMMANDERÄTTEN ÄR FÖRENLIG MED EU-LAGSTIFTNINGEN

Enligt den rådande uppfattningen¹⁰ och rättspraxis finns det mycket starka argument mot att acceptera att medbestämmandelagarna skulle strida mot EU:rätten. Framför allt ligger följande överväganden till grund för detta (se LG Berlin och Krause, AG 2012, båda som bilaga):

Lagstiftaren har ingen befogenhet att inbegripa arbetstagare utomlands (territorialitetsprincipen). Lagstiftaren kan inte utfärda föreskrifter rörande rösträtt i andra EU-länder. Lagstiftaren kan därför inte heller utanför sin egen kompetens begå brott mot diskrimineringsförbudet på EU-nivå. Gränsöverskridande omständigheter kan endast regleras inom EU. EU:s diskrimineringsförbud kan dessutom inte ändra på arbetsrättsliga strukturbeslut, som va-

9 Se: Conchon, *Die Mitsprache der Arbeitnehmer in der Corporate Governance - Eine europäische Perspektive* (arbetstagares medbeslutande i bolagsstyrning - ett europeiskt perspektiv), tillgänglig på engelska, franska och tyska på: <http://www.etui.org/Publications2/Reports/Workers-voice-in-corporate-governance.-A-European-perspective>.

10 Utförligare om detta, se Krause, AG 2012, sid. 485, i tryck i bilagan; Wißmann in: WWKK, MitbestR-Kommentar, 4. upplaga 2011, inledande kommentar marginalsiffra 63b; Seyboth i: *European Sustainable Company: A stakeholder approach*, Vol. II, sid. 151, 161 ff. Kort, NJW-Editorial, 47/2015.

rierar och får variera i respektive medlemsland, och kräva en negativ integration.

Att byta jobb och flytta till ett annat EU-land är ett beslut som är förknippat med stora förändringar på många sätt. Antagandet att om man förlorar möjligheten att delta i ett styrelseval så skulle det kunna hindra någon från att byta jobb inom koncernen är helt felaktigt. Denna inskränkning är alldeles för abstrakt och indirekt. Dessutom utgör grunden för bristande valbarhet inte att man passerar gränsen, utan istället det faktum att man inte längre tillhör företaget. Skulle detta argument om inskränkningar i den fria rörligheten för arbetstagare slå igenom, skulle det kunna innebära att även de nationella lagarna om anställningsskydd strider mot EU-lagstiftningen. Även detta skydd förlorar man vid ett gränsöverskridande arbetsplatsbyte.¹¹

I avsaknad av en harmonisering av medbestämmanderätten inom EU är dessutom endast medlemsländerna nationellt ansvariga för att lösa konflikter mellan arbetsgivare och arbetstagare. Medbestämmande kan inte betraktas isolerat, utan måste ses i samband med företagsintern medbestämmanderätt, kollektivavtalsrätt och strejkrätt. Man funderar inte heller över huruvida exempelvis arbetstagarna på ett dotterbolag till ett franskt företag i Tyskland eventuellt skulle kunna åberopa fransk strejkrätt.

Enligt diskrimineringsförbudet i art. 18 i EUF-fördraget får ingen EU-medborgare behandlas sämre än en medborgare i medlemsstaten på grund av sin nationalitet. En sådana diskriminering föreligger inte, då alla anställda på företaget har en aktiv och passiv rösträtt oberoende av sin nationalitet.

VI. ARBETSTAGARINFLYTANDE I EUROPEISK RÄTT

Även de europeiska fördragen innefattar en behörighetsgrund för arbetstagarinflytande i företagsorgan i primärlagstiftningen. Medbestämmanderätten är därför erkänd på EU-nivå som ett socialpolitiskt rättsmedel (art. 151, art. 153 första stycket f. i EUF-fördraget). Idén med de europeiska fördragen är att stötta och komplettera medlemsländernas ansträngningar att bibehålla sin nationella kompetens när det gäller arbetstagarinflytande. Kravet på en europeisk minimistandard för arbetstagarinflytande i europeiska regler och förordningar, som det europeiska fackföreningsförbundet (ETUC) har ställt, kombinerat med skyddet av nationellt arbetstagarinflytande tar fasta på den här modellen (se: Ein neuer Rahmen für mehr Demokratie bei der Arbeit (En ny ram för mer demokrati i arbetet), resolution från ETUC:s exekutivkommitté den 21-22 oktober 2014¹²). Genom di-

11 Jfr i detta hänseende även EG-domstolen från 2000-01-27 – C-190/98, NZA 2000, sid. 413.

12 Resolution från ETUC:s exekutivkommitté från 21 -22 oktober 2014, tillgänglig på: <https://www.etuc.org/documents/towards-new-framework-more-democracy-work-etuc-resolution#.VmAyw01dFjq>.

rektiven för europeiska aktiebolag (SE), europeiska kooperativa föreningar (SCE) och gränsöverskridande fusion, som alla hänvisar till de nationella föreskrifterna, är det nationella arbetstagarinflytandet i företagsorgan dessutom generellt och medbestämmanderätten speciellt integrerade även i den europeiska sekundärlagstiftningen – uppenbarligen utan att det ifrågasätts om detta är förenligt med EU-lagstiftningen eller ej. Det faktum att de europeiska lagstiftarna utfärdar egna föreskrifter för europeiska aktiebolag visar att man accepterar nationella föreskrifter som sådana.

VII. MÖJLIGA BESLUT FRÅN EG-DOMSTOLEN

EG-domstolen väntas fattat beslut i början av 2017. Det är på det här stadiet inte möjligt att veta hur EG-domstolen kommer att besluta i målet, även om det finns goda argument som talar mot ett brott mot EU:rätten. I värsta fall skulle EG-domstolens beslut kunna leda till att medbestämmandelagarna inte kan tillämpas på företag som har gränsöverskridande verksamhet, vilket skulle kunna sträcka sig så långt att arbetstagarnas medbestämmanderätt i företagsorgan faller bort.

VIII. MÖJLIGA FÖLJDER FÖR ARBETSTAGARE I TYSKLAND OCH EUROPA

En negativ dom skulle få mycket allvarliga konsekvenser för medbestämmanderätten i företag liksom för arbetstagarinflytandet i Europa totalt sett och därmed även för arbetsmarknadsrelationernas struktur i Tyskland och Europa.

En negativ dom från EG-domstolen skulle betyda en tillbakagång på vägen mot ett socialt och demokratiskt Europa. Medbestämmandelagarnas syfte är att skydda arbetstagarna. Om följden blev att medbestämmanderätten inte kommer att tillämpas alls, skulle detta strida mot medbestämmandelagarna, vilket också backas upp av art. 151 i EUF-fördraget. Det vore inte heller rimligt om man åberopade diskriminering av arbetstagarintressen och kom fram till ett resultat, där medbestämmanderätten för alla arbetstagare i fortsättningen skulle upphävas. Men även om EG-domstolen skulle komma fram till den ("EU-rättsförenliga) tolkningen av lagstiftningen att utländsk personal omfattas av den lagstadgade valprocessen, så skulle det inte alls vara entydigt hur denna tolkning skulle tillämpas i praktiken. Här ställs man nämligen inför både rättsliga och faktiska hinder som knappast går att lösa.¹³

De konsekvenser som beskrivs här rör absolut

¹³ Jfr Wißmann, Öffnung der deutschen Unternehmensmitbestimmung nach Europa? (Öppnandet av den tyska medbestämmanderätten i företag mot Europa?), i FS Wank, 2014, sid. 695 ff.

inte bara Tyskland. Arton av de 28 EU-medlemsländerna har också olika former av arbetstagarinflytande i företagsorgan.¹⁴ Ingen av dessa regler omfattar någon bindande involvering av personal i andra EU-medlemsländer (territorialitetsprincipen). De arbetsmarknads- och socialpolitiska relationerna i dessa länder skulle alltså ställas inför samma problem som Tyskland. Som en konsekvens av detta skulle även här de nationella arbetstagarrepresentanternas legitimation ifrågasättas. Det kommer förmodligen inte att dröja länge innan man även i dessa länder ställer krav på att arbetstagarinflytandet i företagsorgan avskaffas eller att en förhandlingsmodell på nationell nivå införs enligt samma mönster som i de europeiska aktiebolagen. Dessutom finns det många viktiga delar av det europeiska socialsystemet som fortfarande står i tur att avgöras av EG-domstolen.

IX. DE INHEMSKA REGERINGARNAS OCH FACKFÖRENINGARNAS ROLL

För att säkerställa en effektiv och enhetlig tillämpning av unionslagstiftningen och förhindra divergerande tolkningar är EU-domstolens beslut i ett mål om förhandsavgörande faktiskt bindande för andra nationella domstolar och regeringar som kämpar med samma problem. EU-domstolens beslut kommer därför att få stor betydelse inte bara för det fall som beslutet om hänskjutandet handlar om, utan även långt utanför den tyska rättskretsen. På motsvarande sätt innebär målet inför EG-domstolen att inte bara parterna i målet inför den nationella domstolen kan yttra sig utan även EU-kommissionen och samtliga EU-medlemsländer (art. 96 EG-domstolens rättegångsregler). Ställningstagandet måste ha inkommit senast två månader efter att delgivning skett genom EG-domstolen (art. 23 EG-domstolens stadgar). Ställningstagandet från parterna ligger till grund för utarbetandet av förslag till avgörande och beslut.

Regeringen för det land som kommit med framläggandet tar regelbundet ställning skriftligen. I förevarande fall bör dock även andra medlemsländer med arbetstagarinflytande i företagsorgan ta ställning. Ty genom EU-domstolens beslut kan, såsom beskrivits ovan, inte bara tyska, utan även andra medlemsländers intressen påverkas. Förutom Tyskland har 18 av EU:s tjugoåtta medlemsländer olika former av arbetstagarinflytande i företagsorgan. Dessa länder skulle också till största delen påverkas av en negativ dom från EG-domstolen. De nationella fackföreningsorganisationerna bör därför försöka ta kontakt med sina regeringar och verka för ett eget ställningstagande från respektive land.

¹⁴ Se Conchon, Die Mitsprache der Arbeitnehmer in der Corporate Governance - Eine europäische Perspektive (arbetstagares medbeslutande i Corporate Governance - ett europeiskt perspektiv), tillgänglig på engelska, franska och tyska på: <http://www.etui.org/Publications2/Reports/Workers-voice-in-corporate-governance.-A-European-perspective>.

Ett negativt beslut från EG-domstolen skulle kunna få allvarliga konsekvenser för den nationella och europeiska socialmodellen, för respektive ekonomier samt för bolagsstyrningen (Corporate Governance) i bolag med medbestämmanderätt.¹⁵ Slutligen finns det inte heller någon automatik för en förhandlingsuppgörelse som i europabolagen på det sätt som medbestämmandekritiska kretsar strävar efter. Förhandlingsuppgörelsen löser på intet sätt de rättsliga och praktiska problemen. Därför borde parlamenten i egenskap av lagstiftare reagera på EU-domstolen beslut. Det är inte bara de nationella parlamentens, utan även EU-parlamentets uppgift att med kritiska ögon följa upp målet.

¹⁵ Jfr. Conchon, Arbetstagarnas medbeslutande i Corporate Governance - Ett europeisk perspektiv, sid. 7 och 13 ff., som visar att de europeiska ekonomierna kännetecknas av arbetstagarnas medbeslutande i Corporate Governace, tillgänglig på engelska, franska och tyska på: <http://www.etui.org/Publications2/Reports/Workers-voice-in-corporate-governance.-A-European-perspective>

BILAGA:

Krause, AG 2012 (översatt)
LG Berlin (översatt)

LÄNKAR:

Seyboth, Worker participation as an element of the democratic principle in Europe – A critique of the codetermination-relevant aspects of the Reflection Group report: <https://www.etui.org/Publications2/Books/European-company-law-and-the-Sustainable-Company-a-stakeholder-approach.-Vol.-II>

Malmberg, Sjödin, Bruun, EU company law and employee involvement – some perspectives on future developments (EN): <https://www.etui.org/Publications2/Books/European-company-law-and-the-Sustainable-Company-a-stakeholder-approach.-Vol.-II>

Detta dokument har upprättats under medverkan av: Dr. Otto Schmidt on behalf of the journal 'Die Aktiengesellschaft'.

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen*

UNIONSLAGSTIFTNINGENS BETYDELSE FÖR MEDBESTÄMMANDERÄTTEN I TYSKA FÖRETAG

Sedan en tid anser man att det innebär en kränkning av det unionsrättsliga diskrimineringsförbudet att personalen på företag utomlands inte omfattas av den tyska lagen om företagsintern medbestämmanderätt samt att arbetstagarnas rörelsefrihet därigenom begränsas på ett otillåtet sätt. Denna artikel anser att detta är en alltför vid tolkning av den europeiska lagstiftningen. De kollektiva arbetsmarknadsrelationerna hos transnationella företag bör regleras genom sekundära rättsakter, men inte genom att enskilda medlemsstater ingriper i de andra medlemsstaternas existerande befogenheter att själva bestämma över den gällande kollektiva arbetsmarknadslagstiftningen på sitt eget territorium.

Den nya medbestämmandediskussionens konturer

Den tyska medbestämmanderätten står sedan ett antal år återigen i centrum för den offentliga diskussionen bland experter. Efter det att debatterna om den tyska medbestämmandelagens¹ författningens lighet fick sitt slut² genom den tyska författningdomstolens dom från 1979³ och man därefter kunde konstatera att en långtgående fredperiod (törnrosasömn)⁴ inträdde på detta närings- och socialpolitiskt minerade område⁵, har en ny diskussion startat kring frågan om det principiella berättigandet till och utformningen av arbetstagarnas medbestäm-

manderätt på företagen^{6,7}. Efter en första höjdpunkt i mitten av det gångna årtiondet⁸ trodde man sig kunna utgå ifrån att intresset för medbestämmanderätten – med tanke på de tyska politikernas entydiga vilja att bara ta sig an⁹ denna fråga, ifall det rådde enighet mellan arbetsmarknadsparterna (vilket tydligen inte gick att uppnå), visar den senaste tidens utveckling, att diskussionen har tagit fart igen. Både från vetenskapliga⁹ och politiska¹⁰ kretsar har konkreta förslag kommit för en vidareutveckling av den företagsinterna medbestämmanderätten.

Kritikerna mot det aktuella tyska medbestämmandesystemet i tyska företag baserar sig i huvudsak på två aspekter:¹¹ Dels hävdas att styrelsemedbestämmandet inte (längre) uppfyller de drastiskt stigna kraven på en effektiv och professionell

6 Ulmers artikel ger i efterhand intryck att ha fungerat som startskott, ZHR 166 (2002), 271 ff. Ang. förelöpare Hopt i FS Everling, bd. I, 1995, S. 475 (476 ff.); Kübler i FG Döser, 1999, S. 237 (240 ff.); Raiser i FS Kübler, 1997, S. 477 (487 ff.).

7 BDA/BDI (arbetsgivareförbundet/industriförbundet) (utgivare), modernisera medbestämmanderätten, rapport från medbestämmandekommittén (2004); Rieble, Medbestämmanderättens framtid, med artiklar av Rieble, Rebhahn, Thüsing och Neubürger; Henssler, RdA 2005, 330 ff.; Oetker, RdA 2005, 338 ff.; Kommittén för modernisering av den tyska medbestämmanderätten (Biedenkopf II), 2006; Raiser, Medbestämmande inom företag mot bakgrund av den europarättsliga utvecklingen, expertis B till 66e DJT (tyska juristkongressen) (2006); Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik/Institut für Rechtspolitik vid Triers universitet (utgivare), medbestämmande på företag, Bitburgsamtalens årsbok 2006/I, 2006 med bidrag av Dieterich, di Fabio, Franz, Gentz, Henssler, Hexel, Junker, Köstler, Löwisch, Rieble und Weiss.

8 Se koalitionsöverenskommelsen mellan CDU, CSU och SPD av 11.11.2005, S. 31 (tar vi upp de – gemensamt uppnådda – kommittéresultaten); kann laddas ner online från http://www.cdu.de/doc/pdf/05_11_11_koalitionsuebereinkommense.pdf.

9 Arbetsgrupp „Företagsmedbestämmande (bestående av Bachmann, Baums, Habersack, Henssler, Lutter, Oetker, Ulmer), utkast till en medbestämmandeöverenskommelse samt till storleken på styrelse där medbestämmanderätt råder, ZIP 2009, 885 ff., s. även ställningstagande från Hommelhoff, Teichmann, Kraushaar und Hellwig/Behme, ZIP 2009, 1785 ff., samt bilagan till ZIP 48/2009 med artiklar av Habersack, Hanau, Jacobs, Teichmann och Veil. För en principiell nyorientering genom att ersätta styrelsemedbestämmandet med ett så kallat konsultationsråd.

10 Se SPD-partigruppens motion, förbundsdagstrycksak 17/2122 av 16.6.2010. Däremot behandlar förslaget från partigruppen DIE LINKE enbart specialproblemet hur utländska bolag med administrativt säte i Tyskland ska behandlas, förbundsdagstrycksak av 21.4.2010. Väsentligen samtyckande Sick, GmbH 2011, 1196 ff. Övervägande kritiska ställningstagande av Merkt, ZIP 2011, 1237 ff., och Schockenhoff, AG 2012, 185 ff.

11 Vidare kommer spänningsförhållandet mellan medbestämmanderätten på företagen och det privata pensionssparandet alltmer i förgrunden; jfr. M. Roth, ZGR 2011, 516 (552 f.); se även M. Roth, European Business Organization Law Review 11 (2010), 51 ff.

1 Se endast Badura/Rittner/Rüthers, medbestämmandelagen 1976 och grundlagen (Kölnexpertisen) 1977; Kübler/Schmidt/Simitis, medbestämmande som lagstiftningspolitisk uppgift (Frankfurtexpertisen) 1978.

2 BVerfG (författningdomstolen) av 1 mars.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, beslut av författningdomstolen 50, 290.

3 3 Se endast Ulmer i Ulmer/Habersack/Henssler, medbestämmanderätt, 2a uppl. 2006, inledningen nr. 67; Wißmann i Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, medbestämmanderätt, 4e uppl. 2011, prelim. anm. nr. 46.

4 Bildligt Henssler, RdA 2005, 330.

5 Jfr. Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), medbestämmande och nya företagskulturer – evaluering och perspektiv, 1998; Ulmer i Ulmer/Habersack/Henssler, medbestämmanderätt, 2a uppl. 2006, inledningen nr. 66; Wißmann i Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, medbestämmanderätt, 4e uppl. 2011, prelim.anm. nr 58; analys av rättspraxis fram till år 2000 i Henssler i jubileumsskriften 50 år federala högsta domstolen, bd. II, 2000, s. 387 ff. och Oetker, ZGR 2000, 19ff.

Corporate Governance^{12,13}. Dels kritiseras att de tyska bestämmelserna inte tar tillräcklig hänsyn till näringslivets internationalisering och i synnerhet till utvecklingen i Europa.¹⁴ Eftersom det inte råder tveivel om att ett aldrig så stort reformtryck i sig inte kan sätta en gällande medbestämmanderättslagstiftning ur kraft har den allra största delen av de nyare ställningstagandena naturligtvis en rättspolitisk inriktning och förordar en lagstiftningsändring. Trovärdigheten hos kritiken mot medbestämmanderätten hänger därmed i hög grad samman med icke-juridiska (närings- och socialvetenskapliga) kunskaper och bedömningar. Men varken modellteoretiska funderingar¹⁵ eller de talrika empiriska undersökningarna om vilket inflytande arbetstagarnas medbestämmande i företagen har på produktivitet, lönsamhet och kapitalmarknadens bedömning av de

berörda företagen¹⁶ lämnar några av alla sidor accepterade resultat som kan tjäna som grundval för en förändring av medbestämmanderätten.

Däremot kommer man direkt in på juridisk teräring med den sedan en tid tillbaka alltmer debatterade frågan, om den aktuella utformningen av den tyska medbestämmanderätten i företag kolliderar med europeisk rätt. Allt fler röster höjs som utgår ifrån att medbestämmanderätten i sådana bolag respektive koncerner som sysselsätter arbetstagare utomlands¹⁷, vilket ju sedan länge inte bara gäller för ett fåtal storföretag utan som även är utbrett hos medelstora företag, strider mot unionslagstiftningen. Konsekvenserna av denna ansats är avsevärt allvarigare än en ren uppmaning till de tyska lagstiftningsorganen att reagera på Corporate-Governance-rörelsen och näringslivets internationalisering de lege ferenda med en anpassning av regelsystemet. Man drar nämligen de lege lata den slutsatsen av den europeiska rättens sedan decennier accepterade tillämpningsföreträde¹⁸ att föreskrifterna beträffande arbetstagarnas medbestämmanderätt i tyska företag som har anställda i andra medlemsstater i Europeiska unionen, med undan-

16 Jfr. Baums/Frick in Blair/Roe (Eds.), *Employees and Corporate Governance*, 1999, S. 206 ff.; Benelli/Loderer/Lys, *Journal of Business* 60 (1987), 553 ff.; Bernig/Frick, *Styrelsen* 2011, 157 ff.;

Fauver/Fuerst, *Journal of Financial Economics* 82 (2006), 673 ff.; FitzRoy/Kraft, *British Journal of Industrial Relations* 43 (2005), 233 ff.; Frick, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* tidskrift för sociologi och socialpsykologi för Köln, specialhäfte 45 (2005), 418 ff.; Gorton/Schmid, *Journal of the European Economic Association* 2 (2004), 863 ff.; Gurdon/Rai, *Journal of Economics and Business* 42 (1990), 289 ff.; Kraft/Ugarkovic, årsböcker för nationalekonomi och statistik 226 (2006), sid. 588 ff.; Renaud, *Labour* 21 (2007), 689 ff.; Schmid/Seeger, *tidskrift för företagsekonomi* 68 (1998), 453 ff.; Vitols, *ekonomiska konsekvenser av den paritetiska medbestämmanderätten: en ekonometrisk analys*, 2006; utvärdering av olika studier bl.a. hos Höpner, företagsmedbestämmanderätt under attack:

medbestämmandediskussionen mot bakgrund av den socialvetenskapliga forskningen, MPlfG Discussion Paper 04/8 (2004); Jirjahn, *sociala framsteg* 55 (2006), 215 (221 ff.); Jirjahn, *ekonomiska konsekvenser av medbestämmanderätten i Tyskland: en update*, 2010, S. 39 ff.; Sadowski/Junkes/Lindenthal, *ZGR* 2001, 110 (122 ff.); om innovationskraftens inflytande Kraft/Stank, *Schmollers årsbok* 124 (2004), S. 421 ff.; Kraft/Stank/Dewenter, *Cambridge Journal of Economics* 35 (2011), 145 ff.; om konsekvenserna för sysselsättningsdynamiken; Werner/Zimmermann, *arbetsmarknadsrelationer* 12 (2005), 339 ff.; om resultaten av företagsenkät; Stettes, *AG* 2007, 611 ff.; monografi Hörisch, *nationell och internationell jämförelse av medbestämmanderätten i företag*, 2009.

17 Utförligt Hellwig/Behme, *AG* 2009, 261 (264 ff.); monografi Latzel, *jämlikhet i medbestämmanderätten*, 2010, nr. 60 ff., 330 ff.; 703 ff., 735 ff.; vidare Habersack, *AG* 2007, 641 (648 f.); Habersack, *AG* 2009, 1 (12); Habersack, bilaga till ZIP (tidskrift för ekonomisk rätt?) 48/2009, 1 (3 f.); Hellwig/Behme, *ZIP* 2009, 1791 (1793); Hellwig/Behme, *ZIP* 2010, 871 ff.; Rieble/Latzel, *EuZA* 2011, 145 (149 ff.); samma inriktning även hos Henssler, *RdA* 2005, 330 (331); Heuschmid, *medbestämmande för arbetstagare – en europeisk grundläggande rättighet?*, 2009, S. 241 f.; Raiser/Veil, *MitbestG (medbestämmandelagen) och DrittelbG (tredjedelsinflytandelagen?)*, 5e uppl. 2009, § 5 medbestämmandelagen nr. 29.

18 Se EG-domstolens dom av v. 15.7.1964 – nr. 6/64, samling. 1964, 1251 – Costa/ ENEL; av 22.11.2005 – rättsak C-144/04, samling. 2005, I-9981 – Mangold

12 Även om begreppen inte är helt enhetliga, så rör det sig till syvende och sist om hur ledningsorganen fungerar, deras samspel och kontrollen över deras beteende både genom institutionella åtgärder och genom marknadskrafternas spel, se Baums, rapport från regeringskommittén *Corporate Governance*, 2001, S. 6. Mera diffus EU-kommissionens hållning. Den vill tydligen kombinera *Corporate Governance* med *Corporate Social*, jfr. grönboken *Europeisk Corporate Governance* av 5.4.2011, KOM (2011) 164 final., sid. 2, kan laddas ner online <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:DE:PDF>. Mer om de olika facetterna av *Corporate Governance* Behrens i FS Drobnig, 1998, s. 491 ff.; Leyens, *JZ* 2007, 1061 ff.

13 Adams, *ZIP* 2006, 1561 (1562 ff.); Loritz, *ZfA* 2009, 477 (498 ff.); Peltzer i FS Schwark, 2009, S. 707 (709 ff.); von Rosen i FS Schwark, 2009, S. 789 (797 ff.); Säcker i FS Richardi, 2007, S. 711 (719 ff.); Säcker, *AG (aktiebolagslagen?)* 2008, 17 (20 ff.); Ulmer i Ulmer/Habersack/Henssler, *medbestämmanderätt*, 2a uppl. 2006, inledning nr. 70 f.; v. Werder, *AG* 2004, 166 (170 ff.).

1414 Henssler, *RdA* 2005, 330 ff.; Schwark, *AG* 2004, 173 ff.; Ulmer i Ulmer/Habersack/Henssler, *medbestämmanderätt*, 2a uppl. 2006, inledning nr. 72 ff.

15 Sätillvida står här i huvudsak Property-Rights-teorin och participationsteorin mot varandra se t.ex. Eger/Nutzinger/Weise i Ott/Schäfer, *ekonomisk analys av den företagsrättsliga situationen*, 1993, s. 78 (92 ff.); Furubotn, *Journal of Business* 61 (1988), 165 ff.; Jensen/Meckling, *Journal of Business* 52 (1979), 469 ff.; Kreutz, *NZA* 2001, 472 ff.; Thannisch, *AuR* 2006, 81 ff.; se även G. Roth, *ZGR* 2005, 348 (360 ff.).

tag för de bolag som är organiserade som SE eller bolag som har bildats genom en gränsöverskridande fusion, vid nyval i sin helhet inte längre kan tillämpas förrän en ny lagstiftning har gjorts. Konsekvensen av detta är att enbart representanter för aktieägarna får nomineras till styrelsen¹⁹ eller att arbetstagarrepresentanterna åtminstone i gränsöverskridande angelägenheter måste uteslutas från all medverkan.²⁰

De som förordar denna uppfattning medger utan vidare att de praktiska konsekvenserna av deras framstöt är katastrofala²¹ så att det finns orsak att närmare undersöka hur stabil och genomförbar denna ansats är. Detta gäller desto mer som det numera inte längre handlar om en intern tysk kontrovers. Frågan har nämligen nu också kommit upp på det europeiska planet. Så har exempelvis den så kallade "Reflection Group on the Future of EU Company Law", en på initiativ av EU-kommissionen bildad grupp av internationellt kända experter i sin slutrapport yttrat sig kritiskt om den aktuella utformningen av den tyska företagsmedbestämmanderätten i samband med bolag respektive koncerner som är transnationellt verksamma och har till och med föreslagit ett fördragsbrottsförfarande ska inledas mot Tyskland²². Visserligen har denna expertgrupps idéer inte vunnit insteg i kommissionens samtidigt publicerade grönbok om en Europeis Corporate-Governance-ram.²³ Därutöver har kommissionen visserligen låtit diskutera tankegångarna från "Reflection Group" på en konferens i Bryssel i maj 2011,²⁴ men inte tagit upp ämnet på sitt i februari 2012 inledda samrådsförfarande om den europeiska bolagsrättens framtid.²⁵

Ändå råder det inga tvivel om att frågan om den tyska medbestämmanderätten i företagstrider mot unionsrätten utgör en central aspekt.

Utgångspunkt: Arbetstagare som arbetar utomlands inkluderas inte i styrelsevalen.

Utgångspunkt för tesen att den tyska medbestämmanderätten²⁶ strider mot unionsrätten är frågan om vilken räckvidd rösträtten för val av arbetstagarrepresentanter i styrelsen har. Här utgår större delen av både rättspraxis²⁷ och litteraturen²⁸ ifrån att bara arbetstagare som arbetar på tyska företag i Tyskland har aktiv och passiv rösträtt. Denna uppfattning stöds av ordalydelsen i den tyska medbestämmandelagen, dess systematik och inte minst av den historiska lagstiftarens vilja som i underlaget till lagen uttryckligen säger att medverkanderätten bara tillkommer arbetstagare som är sysselsatta hos i Tyskland etablerade företag, där det föreskrivna tröskelvärde överskrids inom landet.²⁹ Hit hör visserligen även sådana anställda som trots att de faktiskt arbetar utomlands ändå genom "utstrålning" tillhör ett i Tyskland etablerat företag.³⁰ Däremot är samtliga arbetstagare uteslutna som arbetar utomlands som fast anställda lokalanställda i osjälvständiga filialer eller juridiskt självständiga dotterbolag till tyska företag. De författare som anser att även arbetstagarerna hos dotterbolag utomlands³¹ eller åtminstone juridiskt osjälvständiga utlandsfilialer³² skulle ha aktiv och passiv rösträtt har hittills inte kunnat tränga igenom med sin uppfattning. Detta gäller enligt förhärskande uppfattning oberoende av hur många anställda tyska koncerner har utomlands (i Europa), alltså även om största delen av personalen i enskilda fall inte (längre) arbetar i Tyskland.

Denna uteslutning av den delen av bolagens respektive koncernernas personal från styrelsevalen som befinner sig utomlands anses sedan länge vara otillfredsställande.³³ Detta gäller både för arbetsgi-

19 Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (264 ff., 271); Hellwig/Behme, ZIP 2010, 871 (873); Hellwig/Behme, AG 2011, 740 (743); så tillvida i motsats Latzel, jämlikhet i medbestämmanderätten, 2010, nr. 740 ff., som även utan en föregående lagstiftningsreform förordar att den tyska företagsmedbestämmanderätten ska tillämpas på utländska situationer.

20 Rieble/Latzel överväger detta, EuZA 2011, 145 (166).

21 Uttryckligen Hellwig/Behme, ZIP 2009, 1791 (1794); likaså Hellwig/Behme, AG 2011, 740 (743).

22 Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, S. 53 f., kan nedladdas online under http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf. Positiv ställningstagande av Hellwig/Behme, AG 2011, 740 (742 ff.).

23 KOM (2011) 164 final. v. 5.4.2011, kan nedladdas online under <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:DE:PDF>.

24 Se anföranden hållna av Henssler und Malmberg, nedladdningsbara online under http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#consultation2012.

25 Kan laddas ner under http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law_en.htm.

26 I centrum för diskussionen står medbestämmandelagen.

För medbestämmanderätten enligt tredjedelslagen gäller följande beskrivningar på motsvarande sätt.

27 LG Düsseldorf av 5.6.1979 – 25 AktE 1/78, AG 1980, 83; LG Frankfurt/M. av 1.4.1982 – 2/6 AktE 1/81, DB 1982, 1312.

28 Bayer, ZGR 1977, 173 (177 f.); Bellstedt, BB 1977, 1326 (1328 f.); Duden, ZHR 141 (1977), 145 (184); Ebenroth/Sura, ZHR 144(1980), 610 (616 ff.); Großfeld i Staudinger, nybearbetning 1998, internationell bolagsrätt nr. 525 ff.; Henssler in Ulmer/ Habersack/Henssler, medbestämmanderätt, 2a uppl. 2006, § 3 medbestämmandelagen nr. 36; Kindler i Münch-Komm/BGB, 5e uppl. 2010, intern.bolagsrätt nr. 600 f.; Koberski in Wlotzke/Wiśmann/Koberski/Kleinsorge, medbestämmanderätt, 4e uppl. 2011, § 3 medbestämmandelagen nr. 27 ff.; Oetker i storkommentaren till aktielagen, 4e uppl. 1999, § 5 medbestämmandelagen nr. 33

29 Förbundsdagstrycksak . 7/4845 av 10.3.1976, 4.

30 LG Frankfurt/M. v. 1.4.1982 – 2/6 AktE 1/81, AG 1983, 202 = DB 1982, 1312; Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler, medbestämmanderätt, 2a uppl. 2006, § 3 medbestämmandelagen nr. 38; Raiser/Veil, medbestämmandelagen und lagen om tredjedelsmedbestämmanderätt, 5e uppl. 2009, § 1 medbestämmandelagen nr. 20

31 Birk, RIW 1975, 589 (596); Däubler, RabelsZ 39 (1975), 444 (451 ff.); Grasmann, ZGR 1973, 317 (328 f.); Reich/Lewerenz, AuR

32 Lutter, ZGR 1977, 195 (207 f.); ansatzweise auch Henssler in GS Heinze, 2005, S. 333 (342); Henssler, RdA 2005, 330 (331).

33 Se endast kommittén för modernisering av medbestämmanderätten i tyska företag (Biedenkopf II), 2006, S. 33 f.

varsidan³⁴ och för facket,³⁵ även om man inte är ense om hur problemet ska lösas. Visserligen kan redan nu en viss uppmjukning uppnås genom att de tyska fackföreningarna nominerar en utländsk arbetstagarrepresentant enligt § 16, andra stycket, första meningen i medbestämmandelagen till val³⁶, vilket faktiskt inträffade hos DaimlerChrysler³⁷ och som för närvarande praktiseras hos Daimler och Opel. Ett sådant gentlemen's agreement kan dock inte lösa problemet med hur den utländska personaldelen ska lösas.³⁸

Den nämnda kritiken mot det aktuella systemet för arbetstagarrepresentation i styrelser där medbestämmanderätten gäller nöjer sig emellertid inte bara med att hänvisa till bristerna hos den existerande rättsliga situationen, utan går ett avgörande steg längre genom att man hävdar att det rör sig om ett brott mot unionsrätten. Detta brott mot unionsrätten motiveras med följande två argument: för det första skulle det röra sig om ett brott mot rörelsefriheten för arbetstagare till nackdel för tyska arbetstagare (se avsnitt III) och för det andra skulle det handla om en diskriminering av utländska arbetstagare (se avsnitt IV).

Att en och samma regel skulle innebära nackdelar för både tyskar och utlänningar får en att lysta. Detta är dock inte utan vidare uteslutet, om man gör en europarättslig bedömning av olika element i och konsekvenser av en nationell bestämmelse. Därutöver har man också argumenterat med etableringsfriheten (se avsnitt V) och rörelsefriheten för kapital (se avsnitt VI).

34 BDA/BDI (utgivare) modernisera medbestämmanderätten, kommittésrapport om medbestämmanderätt (2004), S. 50 f.; vidare ställningstagande från företagsrepresentanter till rapporten från de vetenskapliga företrädarna i medbestämmandekommittén. (Biedenkopf II), 2006, s. 63.

35 Ställningstagande från tyska Los styrelse, avd. Medbestämmande och rättspolitik till rapporten från kommittén medbestämmande av BDA und BDI (2004), s. 14 f., kan laddas ner online under <http://www.dgb.de/themen/++co++article-mediapool-3a97d875bdc e81357ee6a2488ae88d13>; likaså ställningstagandet från arbetstagarrepresentanterna till rapporten från de vetenskapliga företrädarna i medbestämmandekommittén. (Biedenkopf II), 2006, s. 74; se även Seyboth, AuR 2007, 15 (18); vidare Klebe/Köstler i FS Wißmann, 2005, S. 443 (449).
36 Betr., tillåtligheten se Henssler i Ulmer/Habersack/Henssler, medbestämmanderätt 2a uppl. 2006, § 16 medbestämmandelagen nr. 4; Wißmann in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, medbestämmanderätt, 4e uppl. 2011, § 7 medbestämmandelagen nr. 38.

37 Jfr. Gentz, NZA 2000, 3 (5); näher Zinger, internationaliseringen av personalen i multinationella företag med säte i Tyskland 2002, s. 227 f.

38 Windbichler i Jürgens/Sadowski/Schuppert/Weiss, Corporate Governance-perspektiv, 2007, S. 282 (286).

III. Om begränsningen av rörelsefriheten för inhemska (tyska) arbetstagare

Den första argumentationslinjen anknyter till den i artikel 45 i FEUF (fördraget om Europeiska unionens funktionssätt) som ju är direkt tillämplig unionsrätt³⁹ och i synnerhet binder de civilrättsliga lagstiftningsorganen.⁴⁰

1. Rörelsefrihet för arbetstagare som begränsningsförbud

Denna grundläggande frihet innehåller inte bara ett diskrimineringsförbud som förbjuder varje på medborgarskap baserad olikbehandling av arbetstagare när det gäller arbetsvillkor (art. 45, andra stycket i FEUF).⁴¹ Utan senast sedan Bosman-domen tolkar EU-domstolen artikel 45 i FEUF som ett begränsningsförbud som kan förbjuda tillämpningen av nationella regler som visserligen tillämpas enhetligt, men som kan medföra ett hinder mot att utöva rörelsefriheten eller göra den mindre attraktiv.⁴² Detta gäller inte bara för hinder mot inflyttning, varigenom en nationell arbetsmarknad avskärmas,⁴³ utan också för hinder mot bortflyttning som hindrar en person från att lämna en nationell arbetsmarknad och därmed begränsar arbetstagarnas mobilitet.⁴⁴ Därvid spelar det – till skillnad mot diskrimineringsförbudet i artikel 45, andra stycket i FEUF respekti-

39 Se endast EG-domstolen av 4.12.1974 – rättsak. 41/74, samling 1974, 1337 – Van Duyn – nr. 5/7; av 11.1.2007 – rättsak. C-208/05, samling 2007, I-213 – ITC – nr. 67.

40 Forsthoft i Grabitz/Hilf/Nettesheim, Europeiska unionsrätten 2011, art. 45 FEUF nr. 138 ff.

41 Se direkt under IV

42 EG-domstolen av 15.12.1995 – rättsak. C-415/93, samling. 1995, I-4165 – Bosman – nr 92 ff.; likaså EG-domstolen av 26.1.1999 – rättsak. C-18/95, samling. 1999, I374 – Terhoeve – nr 37 ff.; av 1.4.2008 – rättsak. C-212/06, samling 2008, I-1683 – Gouvernement de la commune de France und Gouvernement wallon – Rz. 43 ff.; näher Birk, ZAS 1999, 1 (3 ff.); Brechmann in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 45 AEUV Rz. 49 ff.; Franzen in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 FEUF nr. 86 ff.; Hilf/Pache, NJW 1996, 1169 (1172); Nettesheim, NVwZ 1996, 342 f.; däremot mot en klassificering av arbetstagarnas rörelsefrihet som begränsningsförbud Mülbart, ZHR 159 (1995), 2 (32); detaljer om en syn på de grundläggande fri- och rättigheterna som transnationella integrationsnormer även Kingreen i von Bogdandy/Bast, Europeisk författningsrätt 2a uppl. 2009, s. 705 (710 ff., 726 ff.).

43 Beträffande en negativ påverkan av rörelsefriheten för arbetstagare som växlar från utlandet ill det tyska bolaget tycks det emellertid inte finnas några invändningar mot en begränsning av rösträtten till inhemska arbetstagare; se t.ex. Köster, Medbestämmanderätt i EU-utlandsbolag, vars förvaltning har sitt säte i i Tyskland, 2007, sid. 195; Schubert, medbestämmanderätt i företag och internationella ekonomiska förbindelser 1984, sid. 99.

44 EG-domstolen av 15.12.1995 – rättsak. C-415/93, samling 1995, I-4165 – Bosman – Rz. 94 ff.; av 27.1.2000 – rättsak. C-190/98, samling 2000, I-493 – Graf – nr. 21 ff.; av 17.3.2005 – rättsak C-109/04, samling 2005, I-2421 – Kranemann – nr. 25 f.

ve artiklarna 7 och 8 i EU-förordningen 492/2011⁴⁵ - ingen roll om de nationella bestämmelserna gäller arbetsvillkor⁴⁶ i ordets vidaste bemärkelse.⁴⁷

2. Medbestämmanderätt som påstått men för inhemska (tyska) medarbetare

Av dessa av EU-domstolen utvecklade principer härleder man nu att den tyska medbestämmanderätten strider mot unionsrätten genom att den innebär nackdelar för inhemska arbetstagare.⁴⁸ Eftersom en tidigare inhemska (i Tyskland) arbetstagare genom att varaktigt växla till en utländsk filial eller ett utländskt dotterbolag förlorar sin aktiva rösträtt och i synnerhet genom att en styrelseledamot som tillhör företaget enligt § 24, första stycket i medbestämmandelagen förlorar sitt styrelsemandat blir en sådan förändring oattraktiv för arbetstagaren och begränsar såtillvida vederbörande i hans eller hennes rörelsefrihet, och för detta saknas en tillräcklig motivering.⁴⁹

3. Ställningstagande

En mer detaljerad analys visar emellertid att tesen att den i Tyskland anställde arbetstagarens rörelsefrihet skulle påverkas negativt till följd av utformningen av den tyska medbestämmanderättens rättsbestämmelser inte övertygar.⁵⁰

Man är nämligen ense om att det i vidareutvecklingen av art. 45 i FEUF från ett diskrimineringsförbud till ett begränsningsförbud anlagda obegränsade skyddet för arbetstagarnas rörelsefrihet tvingar till att sakligt begränsa denna grundläggande frihet. Så vill en i litteraturen utbredd uppfattning, med utgångspunkt från EU-domstolens rättspraxis i Keck-målet⁵¹ rörande rörelsefriheten för varor skilja mellan å ena sidan begränsningar för tillgång till yrken som måste motiveras och å andra sidan yrkesutövningsregler som inte måste motiveras.⁵² Visserligen har EG-domstolen själv i samband med artikel 45 i FEUF undvikit att direkt hänvisa till sin rättspraxis i Keck- domen. Ändå försöker den, redan på faktablandat att bemöta problemet med konceptet att rörelsefriheten för arbetstagare också innebär ett be-

gränsningsförbud, inte bara neutrala (dvs. icke-diskriminerande) formella tillgångskrav, utan skenbart också neutrala materiella nationalstatsrättsliga föreskrifter strider mot europarätten, såvida de inte kan motiveras. Så har EG-domstolen i Graf-målet, där det rörde sig om en enligt österrikisk rätt reglerad uteslutning av ett avgångsvederlag vid egen uppsägning förklarat att reglerna för att uppfylla kraven för ett avgångsvederlag var "för ovissa" och "för indirekta", för att kunna hindra och avhålla en arbetstagare från att utnyttja sin rätt till rörelsefrihet.⁵³ Som generaladvokat Fenelly framhöll rör det sig i sådana fall, där arbetstagare som följd av ett gränsöverskridande byte av arbetsplats förlorar de förmåner som hänger ihop med ett visst nationellt arbetsrättsligt system till syvende och sist om frågan, huruvida denna nackdel är liktydig med att man hindras från att få tillgång till marknaden.⁵⁴

Mot denna bakgrund kan man till att börja med utesluta att en arbetstagare bara av den anledningen låter bli att ta chansen till en karriärförbättring som är förknippad med en frivillig övergång till en utländsk filial eller utländskt dotterbolag för att vederbörande därigenom skulle förlora möjligheten att aktivt delta i valet av styrelseledamöter.⁵⁵ Detta gäller i ännu högre grad för tanken, att en till att börja med i Tyskland sysselsatt arbetstagare inte skulle inlåta sig på att arbeta i en utländsk filial eller utländskt dotterbolag, för att han eller hon befarar att de tyska företagsenheterna skulle ges företräde före de utländska enheterna i samband med en kris på företaget. Här gäller EG-domstolens dom i Graf-målet att en sådan händelse är alltför oviss och indirekt⁵⁶ för att vara relevant för rörelsefriheten.⁵⁷ Med andra ord utgör bestämmelserna såtillvida rent abstrakt inget incitament till ett beteende som skulle hindra förverkligandet av en gemensam arbetsmarknad.⁵⁸

En faktisk motivationseffekt är därför redan från början bara tänkbar i sådana fall där ett utlandsjobb skulle leda till en mandatförlust. Även i detta fall saknas emellertid ett specifikt samband mellan den tyska företagsmedbestämmanderätten och förverkligandet av den inre marknaden som mål för arbetstagarnas rörelsefrihet. Att ett mandat upphör kan inte kvalificeras som hinder just för en gränsövers-

45 Tidigare art. 7 och 8 (EEC) rr. 1612/68.

46 Inklusivt die socialrättsliga och skatterättsliga ramvillkoren.

47 Jfr. t.ex. EU-domstolen av 2.10.2003 – rättsak C-232/01, samling 2003, I-11525 – van Lent – nr. 14 f.

48 Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (268 ff.).

49 Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (268 f.); samtyckande Rieble/Latzel, EuZA2011, 145 (158); likaså troligen Müller-Graff, EWS 2009, 489 (497)

50 Invändning även Wißmann in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, medbestämmanderätt, 4e uppl. 2011, preliminär anmärkning nr. 63b; skeptisk även Teichmann, bilaga zu till 48/2009, 10 (12) som dock anser att det är möjligt med unionsrättsligt föranledda korrekturen av den passiva rösträtten, samma ställe (fn. 25).

51 EG-domstolen av 24.11.1993 – förenade rättsakerna C-267/91 och C-268/91 – samling 1993, I-6097 – Keck och Mithouard – nr. 15 ff.

52 jfr. Birk, ZAS 1999, 1 (9 f.); Franzen in Streinz, EUV/AEUV, 2a uppl. 2012, art. 45 FEUF nr. 90; Körber, grundläggande fri- och rättigheter och privaträtt, 2004, sid. 274 ff.; Nettesheim, NVwZ 1996, 342 (344); Reichold, ZEuP 1998, 434 (447 ff.); Schroeder, JZ 1996, 254 (255); liknande Schulte Westenberg, Om Keck-rättspraxisens betydelse för rörelsefriheten för arbetstagare, 2009, sid. 175 ff.

53 EG-domstolen av 27.1.2000 – rättsak. C-190/98, samling 2000, I-493 – Graf – nr. 24 f.

54 Förslag till avgörande av 16.9.1999 in der rättsak.

C-198/98, samling 2000, I-493 – Graf – nr. 31 f. likadant även Forsthoft i Grabitz/Hilf/Nettesheim, Den europeiska unionsrätten, 2011, art. 45 FEUF nr. 227 "specifika regler som hindrar tillgängligheten."

55 Så Latzel, jämlikhet i företagsmedbestämmanderätten, 2010, nr. 113 ff., 142; ej entydigt Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (268 f.).

56 Om tolkningen av dessa kriterier Deckert/Schroeder, JZ 2001, 88 (90).

57 EG-domstolen av 27.1.2000 – rättsak. C-190/98, samling 2000, I-493 – Graf – nr. 24 f.

58 Om detta kriterium Thomas, NVwZ 2009, 1202 (1206).

kridande arbetstagsmobilitet.⁵⁹ Detta bevisar följande kontrollargument: en styrelseledamot som arbetar på företaget förlorar alltid sitt mandat när och i och med att anställningsförhållandet slutar.⁶⁰ Därvid spelar det ingen roll om arbetstagaren slutar sin anställning för att gå i förtida pension, tillträda en anställning hos ett annat inhemskt eller utländskt företag, bli ledamot av företagsledningen⁶¹ eller varaktigt⁶² gå över till samma företags utländska filial eller dotterbolag. Det sistnämnda fallet som kritiken koncentrerar sig på är bara en konstellation bland många andra som leder till en mandatförlust. Den avgörande orsaken till att mandatet upphör är alltså inte gränsöverskridandet utan att man inte längre är anställd hos ett i Tyskland etablerat företag (som arbetstagare). Vid en rent begreppsmässig syn på saken gör mandatförlusten det "mindre attraktivt" att gå över till en utländsk konkurrent. Men det är ändå självklart, att en person som tidigare var anställd i Tyskland inte får behålla sitt styrelsemandat av den anledningen att man inte ska hindra ett gränsöverskridande arbetsplatsbyte. Varför det mot bakgrund av de i det aktuella sammanhanget uteslutande avgörande inre marknads perspektivet skulle vara på annat sätt när man varaktigt växlar till en utländsk filial eller ett utländskt dotterbolag går inte att inse. Sådantillvida gäller samma sak som när man förlorar det tyska uppsägningsskyddet (anställningstryggheten), vilket (med förbehåll för en hänvisning till tysk arbetsrätt) regelbundet inträffar om man varaktigt växlar till exempelvis Danmark eller Storbritannien⁶³. Detta kan dock inte ses som en begränsning av tillgängligheten till den danska eller brittiska arbetsmarknaden.

Mera allmänt sagt kan de olika nationella arbetsrättsliga systemen inte tolkas som "hinder mot bortflyttning" som måste motiveras, även om det inte är uteslutet, att arbetstagare tar med förlusten av en hög skyddsnivå i en medlemsstat i beräkningen i samband med ett gränsöverskridande arbetsplatsbyte. De olika rättsliga ramvillkoren hör till de lokala villkor som migrerandearbetare som ju är förmånstagare till rörelsefriheten för arbetstagare måste acceptera och som inte i efterhand kan ifrågasättas genom att man åberopar en påstådd begränsning av rörelsefriheten.⁶⁴ Så länge en materiell skillnad i

skyddsnivån inte utgör något hinder för tillgängligheten till en medlemsstats arbetsmarknadsdel omfattas den rent faktiskt inte av begränsningsförbudet. Eller för att uttrycka det på ett annat sätt: artikel 45 i FEUF har inte som funktion att utjämna de nationella rättssystemens olikheter,⁶⁵

utan att säkerställa att det råder jämlikhet och frihet på marknaden.⁶⁶ Om alltså arbetstagare som är anställda hos tyska företag med säte i Tyskland har medbestämmanderättigheter, medan detta inte är fallet hos arbetstagare som är anställda hos utländska filialer respektive utländska bolag, så är detta bara uttryck för den olika utformningen av respektive nationella arbetsrättsliga system som i sig inte berör migrerande arbetstagares frihet att övergå till ett annat system. Ett synsätt som anser att olika standard på den arbetsrättsliga skyddsnivån innebär en motiveringspliktig begränsning av arbetstagarnas frihet att flytta från en medlemsstat med högre nivå till en medlemsstat med lägre nivå, ett sådant synsätt skulle för övrigt kollidera med diverse arbetsrättsliga direktiv, som utgår från den principiella möjligheten att en enskild medlemsstat, utöver minimiharmoniseringen,⁶⁷ bestämmer sig för en högre skyddsstandard.

Även en hänvisning till EG/EU-domstolens⁶⁸ ständiga rättspraxis, enligt vilken arbetstagarnas rörelsefrihet skyddar mot förlust av sociala förmåner till följd av att man arbetar i flera medlemsstater⁶⁹, ändrar ingenting på den punkten. I dessa fall rörde det sig alltid om migrerande arbetare som under loppet av sitt yrkesliv har arbetat i mer än en medlemsstat och därmed har utnyttjat sin rätt till rörelsefrihet och som inte får bli sämre ställda än sådana arbetstagare som har tillbringat hela sitt yrkesliv i en enda medlemsstat. Denna rättspraxis har ingenting att göra med att en styrelseledamot som är anställd på företaget förlorar sitt mandat, vilket alltid sker när anställningsförhållandet upplöses. Att förlusten av ett styrelsemandat kan drabba en arbetstagare hårdare än förlusten av andra arbetstagarrättigheter är obestridligt, men det spelar ingen roll, eftersom den passiva rösträtt som anställda styrelseledamöter har inte är någon rättsposition som skulle kunna

59 Om detta krav Roloff, begränsningsförbudet i art. 39 EG (rörelsefrihet) och dess inflytande på den nationella arbetsrätten t, 2003, sid. 151 f.

60 Henssler i Ulmer/Habersack/Henssler, medbestämmanderätt, 2a uppl. 2006, § 24 medbestämmandelagen nr. 7; Wißmann i Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, medbestämmanderätt, 4e uppl. 2011, § 24 medbestämmandelagen nr. 10.

61 Om mandatförlust i detta fall se Henssler i Ulmer/Habersack/Henssler, medbestämmanderätt, 2a uppl. 2006, § 24 medbestämmandelagen nr. 7.

62 I annat fall föreligger bara en „utstråling“ som lämnar mandatet oförändrat

63 Se art. 3, första stycket, och 8,1 och 2 styckena i förordning (EG) nr. 593/2008 (Rom I-förordningen).

64 Generaladvokat Fennelly, förslag till avgörande av 16.9.1999 i rättsak. C-198/98, samling 2000, I-493 – Graf – nr. 32; likaså Forsthooff i Grabitz/

65 EG-domstolen av 21.10.1975 – rättsak 24/75, samling 1978, 1489 – Kenny/Insurance Officer – nr. 18/20; av 27.9.1988 – rättsak. 313/86, samling 1988, 5391 – Lenoir/Caisse d'allocations familiales des Alpes-Maritimes – nr. 15; Birk, ZAS 1999, 1 (5).

66 Om de grundläggande fri- och rättigheternas inre marknadsorientering Hoffmann, EG-fördragets grundläggande fri- och rättigheter som samordningsrättsliga och jämlikhetsrättsliga försvarsrättigheter, 2000, S. 41 ff.

67 T.ex. art. 5 massuppsägningdirektivet 98/59/EG, art. 8 företagsöverlåtelsedirektivet 2001/23/EG, art. 9 arbetskraftuthyrningsdirektivet 2008/104/EG.

68 EG-domstolen av 28.6.1978 – rättsak. 1/78, samling 1975, 1149 – Petroni – nr. 11/13; av 9.7.1980 – rättsak 807/79, samling 1980, 2205 – Gravina – nr. 6; av 25.2.1986 – rättsak 284/84, samling 1986, 685 – Spruyt – nr. 19; av 2.5.1990 – rättsak C-293/88, samling 1990, I-1623 – Winter-Lutzins – nr. 14; av 7.3.1991 – rättsak. C-10/90, samling 1991, I-1134 – Masgio, nr. 16 ff.

69 I denna riktning dock Latzel, jämlikhet i företagsmedbestämmanderätten, 2010, nr. 113

avskiljas från den fortsatta legitimation som arbets- tagare med aktiv rösträtt har, med den motiverin- gen att arbetstagarnas rörelsefrihet därigenom skul- le begränsas. Ett styrelsemandat är en post som är till förmån för andra och ingen egennyttig ställning som så att säga tillkommer en person som en gång har uppnått denna position som ett slags egendom och därmed åtnjuter ett omfattande rörelsefrihets- rättsligt skydd.

För övrigt skulle i det omvända fallet en fransk ar- betstagare som byter från ett franskt moderbolag till ett tyskt dotterbolag inte kunna ifrågasätta det olagliga i icke fackligt organiserade strejker i Tys- kland⁷⁰ med den motiveringen att han/hon blir säm- re ställd och att en sådan övergång alltså blir "mind- re attraktiv" och därmed blir ett slags "flyttnings- spärr" åtminstone för franska arbetstagare. Om sålunda förordningen (EG) nr. 864/2007 (Rom II-för- ordningen), när det gäller frågan om ansvar för ska- dor som uppstår i samband med förestående eller genomförda konfliktåtgärder, av goda skäl anknyter till det rättssystem där strejken ska ske eller har skett, så vore ett en feltolkning av funktionen hos art. 45 FEUF att anse att denna princip innebär en begränsning av rörelsefriheten för de arbetstagare som flyttar över till ett strängare konfliktsystem.

IV. Om diskriminering av utländska arbetstagare

Den andra argumentationslinjen berör frågan om diskriminering av utländska arbetstagare. Här är man dock oense om vilka konkreta regler som ska användas för att pröva denna fråga. Så vill man i en del av litteraturen undanta utformningen av före- tagsmedbestämmanderätten både från tillämp- ningsområdet för art. 45, andra stycket i FEUF och art. 8 i förordning (EU) nr. 491/2011 och vill i stället hänvisa till det allmänna förbudet mot diskrimine- ring på grund av medborgarskap i art. 18 FEUF.⁷¹ Andra röster klassificerar styrelsemedbestämman- derätten som "andra arbetsvillkor" enligt art. 45, an- dra stycket i FEUF och kommer på grund av att art. 45 FEUF har företrädare framför art. 18 FEUF⁷² i prin- cip fram till det rörelsefrihetsrättsliga diskriminerings- förbudet,⁷³ vilket med tanke på EU-domstolens⁷⁴

70 Se endast Otto, konflikt- och medlingsrätt, 2006, § 6 nr. 22 ff.

71 Se Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (264 f.); delvis redan Steindorff, ZHR 141 (1977), 457 (460 f.).

72 Se endast EG-domstolen v. 23.2.1994 – rättssak C-419/92, samling 1994, I-505 – Scholz – nr. 6; v. 25.6.1997 – rättssak. C-131/96, samling 1997, I-3659 – Mora Romero – nr. 10 ff.; av 29.4.2004 – rättssak C-387/01, Slg. 2004, I-4981 – Weigel – nr. 57 ff.; Franzen i Streinz, fördraget om den europeiska unionen/FEUF, 2a uppl. 2012, art. 45 FEUF nr. 5.

73 Se Latzel, jämlikhet i företagsmedbestämmanderätten, 2010, nr. 138 ff.; Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (155 f.), för en hänvisning till art. 18 FEUF men där (151); ej entydig, vidare Habersack, AG 2007, 641 (648).

74 Jfr. EG-domstolen av 4.7.1991 – rättssak. C-213/90, samling 1991, I-3507 – ASTI I – nr. 20 f.; av 18.5.1994 – rättssak C-213/90, samling 1994, I-1891 – ASTI II – nr. 5 ff.; av 16.9.2004 – rättssak C-465/01, samling 2004, I-8291 – Kommissionen/Österrike – nr. 30 ff.

breda tolkning av art. 8 (EEC) i förordning nr. 1612/68 (numera art. 8 i förordning (EU) nr. 492/2011) är ett övertygande argument.⁷⁵ Därutöver hävdar man att det finns en allmän unionsrättslig princip om med- verkanderätt för de berörda personerna som ska tjä- na som måttstock för alla medbestämmanderegler i samtliga medlemsstater.⁷⁶

1. Medbestämmanderätt som förment diskrimi- nering av personal som arbetar utomlands

Trots dessa skillnader ifråga om tillgängligheten le- der samtliga teorier i stort sett fram till en och sam- ma tankegång: den tyska medbestämmanderätten utesluter visserligen inte utläningar i sig. Men ge- nom att den aktiva och passiva rösträtten förknippas med arbetsplatsen påverkas oproportionellt många utländska arbetstagare negativt. Vidare omfattar diskrimineringsförbudet också indirekt diskrimine- ring. Därmed utgör redan begränsningen av de akti- va och passiva rösträtten till anställda som arbetar i Tyskland en otillåten diskriminering av arbetstagare hos tyska bolag respektive koncerner som arbetar utomlands, eftersom detta inte kan motiveras. Den- na formella diskriminering går vidare och blir till en materiell diskriminering av den utländska persona- len, eftersom de tyska arbetstagarrepresentanterna, om fördelningskonflikter uppstår, regelbundet enga- gerar sig till förmån för de i Tyskland sysselsatta ar- betstagarna och de utländska arbetstagarna därmed missgynnas ("tyskvänlig medbestämmandeobal- ans").⁷⁷

2. Ingen omfattande harmoniseringsplikt

En allmänt erkänd utgångspunkt är, att det unions- rättsliga diskrimineringsförbudet inte tvingar med- lemsstaterna till en omfattande harmonisering av deras lagstiftning.⁷⁸ I annat fall skulle den resterande lagstiftningskompetens som medlemsstaterna har enligt unionsrätten urholkas. Dessutom saknas en övergripande måttstock för frågan, vilken medlems- stat som ska bestämma vilken standard de andra medlemsstaterna ska rätta sig efter. Enbart det fak- tum att de nationella rättssystemen har olika nivå på medbestämmanderätten i företagen utgör därför in- gen diskriminering på grund av nationalitet. Men en- bart med denna teori kan man inte undanröja diskri- mineringspåståendet genom att helt enkelt bortse från utlandsmedarbetarna,⁷⁹ eftersom det inte rör

75 Likaså Birk, RIW 1989, 6 (12); Coester/Denkhaus, EAS, 1999, B 2100 Rz. 6; Franzen i Streinz, Fördraget om europeiska unionen/FEUF, 2a uppl. 2012, art. 45

76 Latzel, jämlikhet i företagsmedbestämmanderätten, 2010, nr. 100 ff.; Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (158 ff.).

77 Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (152).

78 Hellwig/Behme, ZIP 2010, 871 (872); Latzel, jämlikhet i företagsmedbestämmanderätten, 2010, nr. 239 ff.; vidare även EG-domstolen av 21.10.1975 – rättssak. 24/75, samling 1978, 1489 – Kenny/Insurance Officer – nr. 18/20; von Bogdandy i Grabitz/Hilf/Nettesheim, den europeiska unionsrätten, 2011, art. 18 FEUF nr. 9 u. 53; Epiney i Calliess/Ruffert, fördraget om den europeiska unionen/FEUF, 4e uppl. 2011, art. 18 FEUF nr. 10; Fastenrath, JZ 1987, 170 (171).

79 Tendentiellt se Teichmann, bilaga till ZIP 48/2009, 10 (11).

sig om den allmänna nivån på medbestämmanderätten i andra medlemsstater - som man otvivelaktigt inte kan beskylla de tyska lagstiftningsorganen för - utan enbart om räckvidden för rösträtten i tyska företag respektive koncerner med gränsöverskridande struktur. Därmed har man bara definierat men inte löst problemet.

3. Inre marknadsrelevans saknas eller är inskränkt

När det gäller den aktiva och passiva rösträtten i samband med arbetstagare som arbetar utomlands kan man alltså fråga sig, om det över huvud taget rör sig om en angelägenhet som har relevans för den inre marknaden,⁸⁰ eftersom det unionsrättsliga diskrimineringsförbudet bara gäller om så är fallet.⁸¹ Så hävdar till och med en representant för tesen att den tyska medbestämmanderätten skulle strida mot unionsrätten att, i de fall där en arbetstagare har sin anställning i samma medlemsstat där arbetsgivaren har sitt säte, rör det sig om en rent inomstatlig situation.⁸² Det handlar, åtminstone prima facie, om en sådan konstellation, när arbetstagarna är anställda hos ett juridiskt självständigt bolag utomlands. Om ett sådant bolag med säte i exempelvis Frankrike inte ingår i en koncern och en tysk kund bara vill ge en stororder om arbetskostnaderna sänks massivt, medför detta säkerligen inte att personalens anställningsförhållande får en transnationell karaktär. Det skulle alltså behövas en motivering till varför enbart det faktum att ett tyskt bolag förvärvar kontrollmajoriteten i det franska bolaget skulle medföra att medarbetarnas anställningsförhållande omvandlas till en inre marknadsfråga, där det europarättsliga diskrimineringsförbudet blir relevant. Det är tydligt att det här uppstår ett bolagsrättsligt inflytande som överskrider medlemsstaternas gränser. Av denna på bolagsrättsligt plan liggande inre marknadsrelevans resulterar dock inte nödvändigtvis att även de helt och hållet utomlands verksamma arbetstagarnas - som varken själva överväger att passera gränsen eller är juridiskt bundna till en utländsk arbetsgivare - anställningsförhållanden uppvisar den nödvändiga inre marknadsrelevansen.⁸³ Om man trots detta utgår ifrån att det rör sig om en inre marknadsituation, bör man åtminstone vara på det klara över att det gränsöverskridande momentet varken resulterar ur de utomlands samsatta arbetstagarnas handlingssätt eller ur den

tyska lagstiftningen⁸⁴ utan enbart ur företagets handlande. Redan därigenom uppkommer frågan, om en argumentation som baserar sig på den europeiska rätten befinner sig på rätt väg när den går ut på att företag genom att förvärva eller sälja kontrollerande majoriteter i utländska företag aktiverar det på arbetstagarnas medborgarskap vilande diskrimineringsförbudet och man därigenom kan tända och släcka företagsmedbestämmanderätten som en ficklampa.

4. De tyska lagstiftningsorganen har begränsad lagstiftningsbefogenhet

En annan invändning mot bedömningen att exkluderingen av utländska arbetstagare i den tyska medbestämmandelagstiftningen strider mot unionsrätten resulterar ur EG-domstolens rättspraxis, enligt vilken gränsen för medlemsstaternas lagstiftningsbehörighet samtidigt markerar diskrimineringsförbudets gränser.⁸⁵ Så har EG-domstolen i sak förklarat att medlemsstaternas lagar och författningar inte kan kritiseras som diskriminerande enbart av den anledningen att de inte inkluderar omständigheter som ligger utanför respektive medlemsstats suveränitet.⁸⁶ Därmed har man också ställt frågan, vilka möjligheter de tyska lagstiftningsorganen enligt folkrättsliga regler överhuvudtaget har att utvidga den företagsinterna medbestämmanderätten till att även omfatta utomlands anställda personer. I denna - ofta under rubriken "territorialitetsprincip" diskuterade - fråga måste man utgå från följande principer:⁸⁷ å ena sidan kan en inhemsk bestämelse utan vidare även omfatta situationer utomlands, såvida det finns en "genuin länk", alltså en tillräckligt stark förbindelse. Å andra sidan en denna "genuin-länk-doktrinen" inget fribrev för att underkasta rättssubjekt som principiellt ligger under utländsk suveränitet rättsliga förpliktelser från tyskt håll och därmed ingripa i en annan stats myndighetsutövning. Så accepterar folkrätten bara i mycket begränsad omfattning att utländska koncernbolag åläggs förpliktelser, såvida man inte till och med förnekar det.⁸⁸

84 I motsats Latzel, jämlikhet i företagsmedbestämmanderätten 2010, nr. 104 f., som försöker härleda den gränsöverskridande karaktären från inkluderingen av tyska dotterbolag i medbestämmandelagen, trots att den tyska lagstiftningen exkluderar utländska dotterbolag.

85 Mer i Plötscher, diskrimineringsbegreppet i den europeiska gemenskapsrätten, 2003, s. 111 f.

86 Jfr. EG-domstolen av 14.7.1994 - rättssak C-379/92, samling 1994, I-3453 - Peralta - nr. 47.

87 I detalj Ziegenhain, exterritoriell rättstillämpning och genuin-länk-kravets betydelse, 1992, s. 1 ff., 21 ff.

88 Helt oense. exempelvis F.A. Mann, SJZ 82 (1986), 21 (26); närmare Meng, exterritoriell jurisdiktion i offentlig närings- och handelsrätt, 1993, s. 509 ff.

80 Om uteslutning av rena inlandsomständigheter från det europarättsliga diskrimineringsförbudet, se endast Epiney i Calliess/Ruffert, fördraget om den europeiska unionen/FEUF, 4e uppl. 2011, art. 18 FEUF nr. 31 f. osv.

81 Här skeptisk tydligen även Wißmann i Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, medbestämmanderätt, 4e uppl. 2011, inledande anmärkning nr. 63b.

82 Latzel, jämlikhet i företagsmedbestämmanderätten, 2010, nr. 87.

83 Med samma betydelse även Nienerza, företagsmedbestämmande i gränsöverskridande koncerner, 2005, s. 63.

Mot denna bakgrund ser en del av litteraturen visserligen inga problem med att inkludera arbetstagarnas hos utländska dotterbolag i den tyska medbestämmanderätten.⁸⁹ Den bakomliggande tanken är att det här då bara rör sig om att ge utomlands sysselsatta arbetstagare aktiv och passiv rösträtt och därmed en fördelaktig rättslig ställning. Denna uppfattning är dock alltför enkelspårig. Som medbestämmandelagens komplicerade valregler visar i all tydlighet, åläggs arbetsgivarsidan som ska genomföra valen nödvändigtvis avsevärda bördor. Det är därför åtminstone tvivelaktigt om tyska lagstiftningsorgan får ålägga utländska bolag dessa bördor i form av rättsligt verkställbara skyldigheter bara av den anledningen att de behärskas av tyska moderbolag.⁹⁰ Att det privata företagarinflytandet inte stannar vid statsgränser betyder inte att det statliga inflytandet sträcker sig lika långt.⁹¹ Detta problem kan man inte kringgå genom att man försöker förmå de tyska lagstiftningsorganen att skapa en förhandlingslösning som innebär att representanter för samtliga anställda i företaget respektive koncernen tillsammans med arbetsgivarsidan träffar en överenskommelse om medbestämmanderätt.⁹² Även denna ansats kräver nämligen statliga ramvillkor som i synnerhet reglerar på vilket sätt de utländska medarbetarna ska representeras. Med tanke på hur stora strukturskillnaderna är mellan de enskilda medlemsstaternas system för kollektiv representation av arbetstagarintressen kan man inte utan vidare överföra de tyska representationsstrukturerna på utländska bolag. Att tillämpa de mekanismer som står till buds i SE-direktivet om arbetstagarinflytande⁹³ och som också gäller för internationella fusioner⁹⁴ är heller ingen utväg.⁹⁵ Det faktum att medlemsstaterna har kommit överens om en transnationell reglering av företagsmedbestämmanderätten för vissa bestämda fall innebär inte att någon medlemsstat har juridisk makt att utvidga dessa regler till att omfatta andra konstellationer över huvudet på de andra medlemsstaterna.⁹⁶ Men om de tyska lagstiftningsorganen alltså rent principiellt är förhindrade att göra detaljgrepp⁹⁷ i de andra

EU-medlemsstaternas rättssystem och införa valregler, så kan en sådan återhållsamhet inte anses vara en unionsrättsligt otillåten diskriminering.⁹⁸

En invändning om bristande regleringsbefogenhet skulle visserligen inte kunna riktas mot en anknytning till det tyska moderbolagets⁹⁹ koncernledningsmakt men är redan från början bara möjlig i vissa bestämda konstellationer,¹⁰⁰ och skulle därigenom skapa nya orättvisor. Samma sak gäller för en differentiering, där enbart bara den personalen som arbetar hos varaktigt osjälvständiga filialer i utlandet skulle inkluderas i den tyska företagsmedbestämmanderätten, där det med tanke på hur vanligt det är att grunda bolag utomlands, bara skulle vara fråga om en obetydlig korrektur. En enkel öppning av de tyska medbestämmandelagarna som skulle tillåta representanterna för de i Tyskland verksamma arbetstagarna att genom en överenskommelse som inkluderar arbetsgivarna utomlands ge de utomlands sysselsatta arbetstagarna aktiv och passiv rösträtt skulle inte tangera främmande suveränitetsrättigheter.¹⁰¹ Det faktum att de tyska lagstiftningsorganen inte uttryckligen kompletterar en i sig obligatorisk lag med dispositiva element för att möjliggöra för arbetsgivarsidan och (den tyska) arbetsgiversidan att fritt träffa en överenskommelse till förmån för de utländska arbetstagarna, kan emellertid inte klassificeras som en europarättsligt förbjuden diskriminering av dessa medarbetare.

5. Egenheter i samband med enbart indirekta diskrimineringar

Slutligen är det så att exkluderingen av medarbetare utomlands otvivelaktigt inte innebär en differentiering på grund av nationalitet utan på sin höjd om en indirekt ("dold") diskriminering. Sådantillvida kan man vid första ögonkastet inte bestrida att kopplingen av den aktiva och passiva rösträtten till anställningen på företaget, vilket i och för sig inte är något europarättsligt differentieringskriterium, i slutändan innebär att den uteblivna inkluderingen av utlandspersonal framförallt drabbar utländska arbetstagare.¹⁰²

89 Så redan Däubler, *RabelsZ* 39 (1975), 444 (453); Duden, *ZHR* 141 (1977), 145 (182); Heuschmid, *Arbetstagarmedinflytande – en grundläggande europeisk rättighet?*, 2009, s. 239 ff.; Lutter, *ZGR* 1977, 195 (208); Steindorff, *ZHR* 141 (1977), 457 (459 f.); vidare *Großfeld i Staudinger*, nybearbetning 1998, internationell bolagsrätt t nr. 525.

90 Avvisande exempelvis kommissionen om moderniseringen av den tyska företagsmedbestämmanderätten (Biedenkopf II), 2006, s. 36; Henssler i *GS Heinze*, 2005, S. 333 (342); Jacobs, bilaga till *ZIP* 48/2009, 18 (21); Lubitz, *garanterade och modernisera*, 2005, s. 142; likaså Habersack, *AG* 2007, 641 (648); tvivlande även Bellstedt, *BB* 1977, 1326 (1328).

91 Så tydligen Rieble/Latzel, *EuZA* 2011, 145 (161).

92 Så Habersack, *AG* 2007, 641 (648 f.); i samma riktning även Hommelhoff, *ZGR* 2010, 48 (62).

93 Art. 3 direktiv 2001/86/EG.

94 Art. 16, 3e stycket direktiv 2005/56/EG.

95 Dock Hellwig/Behme, *AG* 2009, 261 (267).

96 Därför ej övertygande Latzel, *jämlikhet i företagsmedbestämmanderätten*, 2010, nr. 365 ff.

97 I samma mening Hommelhoff, *ZGR* 2010, 48 (61).

98 Med annan uppfattning Hellwig/Behme, *AG* 2009, 261 (265 ff.); Rieble/Latzel, *eu-dotterbolag*, även representerad, *ZA* 2011, 145 (161 f.); likaså Latzel, *jämlikhet i företagsmedbestämmanderätten*, 2010, nr. 364: "praktikabilitetsöverbäganden intresserar mycket litet... i unionsrätten".

99 Så Hellwig/Behme, *AG* 2009, 261 (266 f.).

100 Likaså Habersack, *AG* 2007, 641 (648).

101 Jfr. Kommissionen om modernisering av den tyska företagsmedbestämmanderätten (Biedenkopf II), 2006, s. 35 ff.

102 Det bör betonas att utan en koncernkoppling så skulle både arbetstagare hos utländska och inhemsk dotterbolag varken ha aktiv eller passiv rösträtt. Om det tyska moderbolaget själv uppnår tröskelvärdet skulle en utebliven koppling inte medföra någon ändring av den paritetiska medbestämmanderätten, trots att arbetstagarrepresentanterna i styrelsen även i detta fall skulle medverka i beslut som påverkar samtliga koncernanställda. Man kan dock svårligen dra den slutsatsen av europarätten att ett lagstiftningsorgan i en medlemsstat som inför företagsmedbestämmanderätt nödvändigtvis måste införa en koncernkoppling för att säkerställa att utlandsmedarbetare som typiskt arbetar hos juridiskt självständiga dotterbolag också blir representerade.

Men det vore förhastat att av detta utan vidare dra den slutsatsen att det rör sig om en unionsrättsligt otillåten diskriminering.¹⁰³

Så måste man till att börja med erinra om att EG-domstolen i första hand har skapat det juridiska begreppet "indirekt diskriminering" i samband med rörelsefrihet för arbetstagare för att övervinna sådana nationella rättsföreskrifter vars innehåll har särskilt negativa konsekvenser för migrerande arbetare.¹⁰⁴ De arbetstagare som är anställda hos utländska filialer respektive dotterbolag är däremot praktiskt taget uteslutande lokalanställda.

Vidare begränsar EG-domstolen i sin ständiga rättspraxis den europarättsligt relevanta diskrimineringen till sådana fall där olika bestämmelser tillämpas på likartade situationer eller samma föreskrift tillämpas på olika situationer.¹⁰⁵ Strängt taget förekommer ingen sådan situation när det gäller utlandspersonal, eftersom de tyska lagstiftningsorganen inte tillämpar några av dem själva skapade skiljaktiga föreskrifter på jämförbara situationer, utan helt enkelt avhåller sig från att utvidga de tyska medbestämmandereglererna till att även omfatta arbetstagare som är verksamma utomlands, alltså direkt bortser från en normativ reglering.

Vidare förutsätter all indirekt diskriminering att jämförbara omständigheter behandlas olika. Därvid är en adekvat bildning av jämförelsegrupper, respektive bildandet av tertium comparationis en central aspekt i tillämpningen av diskrimineringsförbudet.¹⁰⁶ De som företräder tesen att den tyska medbestämmanderätten strider mot unionsrätten utgår alltså utan vidare ifrån att bolaget respektive koncernen bildar den klammer som så att säga automatiskt måste leda till en principiell likabehandling ifråga om rösträtten till styrelsen. Utgångsläget är dock mycket mera problematiskt. Om man vill undvika att på förhand lägga fast sin uppfattning i denna fråga, vilket skulle kunna prejudicera resultatet, vore det lämpligt att hålla utsikt efter värderingar i unionsrätten som kan visa, vilka jämförelsekriterier

som europarätten själv ger. Eftersom det rör sig om val av arbetstagarrepresentanter är det i första hand art 8 i förordning (EU) nr. 492/2011 som gäller.¹⁰⁷ Denna bestämmelser som konkretiserar¹⁰⁸ diskrimineringsförbudet i art. 45, andra stycket i FEUF föreskriver för den kollektiva representationen av arbetstagarintressen förvånansvärt nog en rätt till likabehandling bara såtillvida att det måste röra sig om en arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat och arbetar på en annan medlemsstats territorium. En likabehandling även i sådana fall där en arbetstagare (varaktigt) arbetar utanför territoriet i fråga föreskrivs däremot inte. Denna bestämmelse kan tolkas som uttryck för grundtanken, att arbetsortprincipen ska gälla för den kollektiva representationen av arbetstagarintressen, alltså att alla arbetstagare, oberoende av sin nationalitet, ska åtnjuta skydd genom de representationsstrukturer som har vuxit fram socialhistoriskt i den aktuella medlemsstaten, oberoende av var de arbetar. Men diskrimineringsförbudet vill inte tvinga medlemsstaterna till att exportera delar av deras kollektiva arbetsrätt i syfte att ge de arbetstagare som arbetar i andra medlemsstater samma skydd. Denna princip måste också gälla för arbetsvillkor i transnationella företag. Om man – med rätta – klassificerar arbetstagarernas företagsmedbestämmanderätt som ett arbetsvillkor för att aktivera det rörelsefrihetsrättsliga diskrimineringsförbudet gällande arbetstagare, kan man när det gäller frågan om att bilda jämförelsegrupper inte utan vidare byta plan och argumentera enbart samhällsrättsligt genom att man inriktar sig på den enhetliga koncernledningsmakten som omfattar alla som arbetar inom koncernen.

6. Sakliga orsaker för en indirekt olikbehandling

Även om man ignorerar denna aspekt är det i slutändan dock otvivelaktigt att inte alla former av indirekt olikbehandling automatisk får behandlas som otillåten diskriminering. Visserligen är EG-domstolens rättspraxis delvis otydlig när det gäller konkretiseringen av det juridiska begreppet indirekt diskriminering. Detta gäller dels relationen mellan jämförbarhet och motivering¹⁰⁹ och dels frågan om, i samband med kriteriet medborgarskap, en indirekt diskriminering inte föreligger ifall det finns en ytligt sett neutral anknytning till objektiva, av nationaliteten oberoende, överväganden som står i en förnuftig relation till

103 Generellt neg. redan Birk, RIW 1989, 6 (12); Ebenroth/Sura, ZHR 144 (1980), 610 (613); Lutter i FS Zweigert, 1981, s. 251 (261); Schubert, företagsmedbestämmanderätt och internationell ekonomisk samverkan, 1984, s. 99 f.

104 Jfr. EG-domstolen av 8.5.1990 – rättsak. C-175/88, samling. 1990, I-1779 – Biehl – nr. 14; av 28.1.1992 – rättsak. C-204/90, samling 1992, I-249 – Bachmann – nr. 9; v. 23.5.1996 – rättsak C-237/94, samling 1996, I-2617 – O'Flynn – nr. 20 f.; Plötscher, diskrimineringsbegreppet i den europeiska gemenskapsrätten, 2003, s. 137 ff.; Riesenhuber, europeisk arbetsrätt, 2009, § 3 nr. 33.

105 Jfr. EG-domstolen av 14.2.1995 – rättsak. C-279/93, samling 1995, I-225 – Schumacker – nr. 30; av 22.3.2007 rättsak C-383/05, samling 2005, I-2555 – Talotta – nr. 18; v. 18.12.2007 – rättsak C-341/05, samling. 2007, I-11767 – Laval – nr. 115.

106 Mer i Fabis, konsekvenserna av rörelsefriheten enligt art. 48 i EG-fördraget för anställningsförhållanden som omfattas av nationell rätt, 1995, s. 52 f.; Görnitz, strukturen hos det juridiska begreppet indirekt diskriminering och dess betydelse inom ramen för systemet med grundläggande fri- och rättigheter, 2005, s. 238 ff.; Plötscher, begreppet diskriminering i den europeiska gemenskapsrätten, 2003, s. 41 ff., 136 ff.

107 Så även Birk, RIW 1989, 6 (12) om den tidigare bestämmelsen i artikel des Art. 8

108 Jfr. Brechmann i Calliess/Ruffert, EUF/FEUF, 4e uppl. 2011, art. 45 FEUF nr. 4; Franzen i Streinz, EUF/FEUF, 2a uppl. 2012, art. 45 FEUF nr. 11 ff.; om relationen mellan primär- och sekundärrättsligum Verhältnis von primärrecht-sekundärrättsligum garanti se även Coester/Denkhaus, EAS, 1999, B 2100 nr. 6.

109 Mer i Plötscher, diskrimineringsbegreppet i den europeiska gemenskapsrätten Der Begriff der Diskriminierung im Euro-gemeinschaftsrecht, 2003, s. 64 och andra ställen.

den nationella lagstiftningens legitima syfte,¹¹⁰ eller om tvingande allmänintressen måste föreligga och den nationella bestämmelsen måste vara lämplig och nödvändig för att uppnå det avsedda reglerings-syftet.¹¹¹

Det rör sig alltså till syvende och sist om frågan om det finns sakliga orsaker av sådan vikt att de legitimerar en differentierande behandling, även om utländska arbetstagare påverkas starkare än tyska arbetstagare.¹¹²

Mot den bakgrunden måste man söka svaret på frågan om den tyska företagsinterna medbestämmanderättens och även alla andra motsvarande nationella reglers diskriminerande karaktär i det sätt på vilket unionsrätten avgränsar den europeiska arbetsrättsliga lagstiftningen från medlemsstaternas arbetsrättsliga lagstiftning.¹¹³ Om den tyska lagstiftningen bara kopierar den linje som ligger till grund för samordningen mellan de bägge planerna, så kan inte meningen med diskrimineringsförbudet vara att torpedera detta koncept. Sådantillvida måste man till att börja med framhålla, att det ligger i medlemsstaternas behörighet att föreskriva för de företag som är verksamma på deras territorium, hur och i vilken form arbetsgivar- och arbetstagar sidan ("kapitalet" och "arbetet") ska utkämpa sina intressekonflikter. Däremot är det unionens uppgift att genom sekundära rättsakter sörja för en harmonisering av de nationella föreskrifterna och i synnerhet att skapa en lämplig juridisk ram för arbetstagarernas medverkanderätt i transnationellt verksamma företag, så som det framförallt har skett med SE-bolagen¹¹⁴ och de europeiska företagsråden.¹¹⁵¹¹⁶ Detta medvetna politiska handlande från unionslagstiftarens sida vill inte föregripa diskrimineringsförbudet¹¹⁷ och skapa specialsystem för företag som är verksamma på det europeiska planet och som bara kan basera sig på enskilda medlemsstaters social-

politiska föreställningar.¹¹⁸ Men just detta är konsekvensen den motsatta uppfattningen som vill transnationalisera företagsmedbestämmanderätten med hjälp av det europarättsliga diskrimineringsförbudet och därmed tränga sig in i de domäner som enbart tillkommer unionslagstiftaren.

7. Följdproblem

Dessutom vore det inkonsekvent att stanna vid företagsmedbestämmanderätten. När man försöker att med hjälp av diskrimineringsförbudet utvidga de nationalstatliga arbetsrättssystemen till att även omfatta företag som arbetar transnationellt borde man också ta med de övriga "voice"-optioner i beräkningen som arbetstagarerna har gentemot företagsledningen i beräkningen, eftersom det inom respektive nationella system till största delen är fråga om politiska maktkonstellationer och historiska tillfälligheter, om arbetstagarerna får sina intressen företrädda genom institutionaliserade medverkandeformer eller snarare genom kollektiva aktiviteter. Därför måste en utvidgning av den tyska medbestämmanderätten till transnationella företag med franska filialer eller dotterbolag, i varje fall när det rör sig om gränsöverskridande fördelningskonflikter, åberopa sig på fransk strejkrätt, för att förhindra att det uppstår en "gallisk strejkobalans" och därigenom tyska arbetstagare diskrimineras. Denna visserligen överdrivna argumentation visar att alla system för arbetsmarknadsrelationer i medlemsstaterna består av en mängd element som hänger ihop med varandra. Man feltolkar de unionsrättsliga diskrimineringsförbudens funktion, ifall man använder dem till att klippa ut enskilda komponenter i de nationella systemen för att skapa en enhetlig specialarbetsrätt för transnationellt arbetande bolag respektive koncerner som rättar sig efter det ursprungsrättsystem som företags- respektive koncernledningen arbetar efter.¹¹⁹ Visserligen kan det europarättsliga konceptet med förhandlingslösningar och backup-modeller som förekommer hos SE-bolagen och vid internationella fusioner också leda till att nationella medverkandestrukturer också påverkar andra nationella arbetsmarknadsrelationer. I det fallet legitimeras emellertid detta inflytande genom en sekundärrättsakt – som principiellt kräver enhällighet¹²⁰ – och inte påtvingas medlemsstaterna genom en excessiv tolkning av diskrimineringsförbudet.

Av den anledningen står också den förment unionsrättsliga principen att alla arbetstagare måste behandlas lika ifråga om medbestämmanderätten i

110 Så exempelvis EG-domstolen av 11.2.1974 – rättsak. 152/73, samling. 1974, 153 – Sotgiu – nr. 13; v. 23.5.1996 – rättsak C-237/94, samling 1996, I-2617 – O'Flynn – nr. 19; av 7.5.1998 – rättsak. C-350/96, samling 1998, I-2521 Clean Car Autoservice – nr. 31; av 15.3.2005 – rättsak C-209/03, samling 2005, I-2119 – Bidar – nr. 19.

111 Så exempelvis Franzen i Streinz, EUF/FEUF, 2a uppl. 2012, art. 45 FEUF nr. 84 åberopande EG-domstolens dom av 31.3.1993 – rättsak C-31/92, samling 1998, I-1663 – Kraus – nr. 32, där det emellertid handlade om art. 45 i FEUFs roll som begränsningsförbud.

112 Likaså Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (265).

113 Därom även Rödl i von Bogdandy/Bast, europeisk författningsrätt, 2a uppl. 2009, s. 855 (888 ff.).

114 Direktiv 2001/86/EG.

115 direktiv 2009/38/EG (tidigare direktiv 94/45/EG).

116 Likaså ansatsen i internationella fusionsdirektivet 2005/ 56/EG.

117 Se här även Kischel, EuGRZ 1997, 1 (7), som t.o.m. uttryckligen förnekade bei Handlungen förnekar en bindning till den europarättsliga jämlikhetsprincipen samband med. S. hierzu auch Kischel, EuGRZ 1997, 1 (7), der bei Handlungen vid icke utövade unionskompetenser.

118 Likaså Rödl i von Bogdandy/Bast, europeisk författningsrätt 2a uppl. 2009, s. 855 (899 f.), men utan uttrycklig tematisering Av diskrimineringsförbudet.

Principiellt för en decentral Reglering av medbestämmanderätten för arbetstagare Arbeitnehmer-Fleischer, ZGR 2012, 160 (176).

119 Antydningvis även kommissionen om moderniseringen av den tyska företagsmedbestämmanderätten (Biedenkopf II), 2006, s. 37.

120 Detta gäller även för utfärdandet av föreskrifter på basis av art. 153 1a stycket, f. 2 a stycket 3e mening 352 FEUF.

företagen¹²¹ på svaga fötter. Det är tvivelsutan önskvärt att den "nationella inåtvändhet"¹²² övervinns som kännetecknar arbetstagarnas företagsinterna medbestämmanderätt. Emellertid måste frågan, i vilken utsträckning de kollektiva arbetsmarknadsrelationernas struktur bör ändras i de olika medlemsstaterna avgöras av unionslagstiftaren på det politiska planet. Den samordning av medlemsstaternas intressen som behövs kan inte ersättas med en extensiv tillämpning av diskrimineringsförbudet för att etablera rättsliga specialsystem hos alla transnationellt verksamma företag, specialsystem som med tanke på övriga nationella arbetsmarknadsrelationer kan leda till stora friktioner i de länder där utlandsinvesteringar görs.

V. Brott mot etableringsfriheten

Det anses ibland vara en eventuell kränkning av etableringsfriheten (art. 49. 54 FEUF)¹²³ att utlandspersonal inte inkluderas i den tyska medbestämmanderätten. Tankegången är dock inte helt entydig, eftersom de grundläggande fri- och rättigheterna gäller hela samhället som sådant, men inte enskilda organ, och ännu mindre enskilda organmedlemmar. Om man i en styrelse där det råder medbestämmanderätt måste bedriva övertygelsearbete för att genomdriva en flyttning av huvudkontoret, eller om ett sådant beslut inte kan fattas är det fråga om en bolagsintern opinionsbildning men inte en beränsning av etableringsfriheten.

VI. Brott mot rörelsefriheten för kapital

Slutligen finns det enskilda röster som hävdar att utslutningen av den utländska delen av arbetstagarna från styrelsemedbestämmanderätten innebär en begränsning av rörelsefriheten för kapital (art. 63 FEUF).¹²⁴ Eftersom den aktiva och passiva rösträttens räckvidd inte ändrar på arbetstagarinflytandets totala räckvidd kan man alls inte inse, varför en utländsk investerare skulle låta bli att köpa aktier i ett tyskt bolag av den anledningen att bara tyska men inga utländska anställda är representerade i styrelsen.¹²⁵

VII. Om de rättsliga konsekvenserna

Eftersom begränsningen av den tyska medbestämmanderättens tillämpningsområde till tyska bolag inte, som vi har beskrivit här, kan anses vara unionsrättsligt otillåten diskriminering av utomlands samsatta arbetare hos tyska bolag respektive koncerner, ämnar vi i all korthet här gå in på de juridiska följderna som uppstår, ifall man intar en annan ståndpunkt i denna fråga.

Som vi redan påpekade i inledningen anser man i

en del av litteraturen att de tyska föreskrifterna på grund av europarättens otvivelaktiga tolkningsföretärde inte längre får tillämpas så länge man inte har lagstiftat om en nyreglering av framtida styrelseval. Därför måste styrelseposterna vid alla nyval enbart tillsättas med aktieägare. Dessutom kan man när som helst inleda ett rättsstatusförfarande enligt § 98 i aktielagen.¹²⁶

En sådan rättslig konsekvens skulle dock gå långt utöver det egentliga syftet. Om man anser att det strider mot unionsrätten att utesluta den utomlands arbetande delen av de anställda så kan utslutningen som sådan bara falla under det av europarätten resulterande underlåtelsekravet.¹²⁷ Så tillvida gäller samma argumentation som i målet *Küçükdeveci* om beräkningen av de förlängda uppsägningstiderna enligt § 622, andra stycket, andra meningen i BGB (tyska civillagen), som innebär att det enbart är det uteblivna hänsynstagandet till yngre arbetstgares anställningstid och inte uppsägningstidens förlängning i sig som är underkastad otillämplighetskravet.¹²⁸ Visserligen saknas här en uttrycklig rättsnorm som helt enkelt kan förklaras för icke tillämplig. Men detta hindrar inte att den förhärskande uppfattningen om den tyska medbestämmanderättens räckvidd eventuellt kan korrigeras.¹²⁹ I varje fall kan man inte härleda av "effet utile" (ändamålsenlig verkan) att en nationell bestämmelse alltid är totalt oanvändbar om bara en delaspekt skulle visa sig vara diskriminerande. Dessutom är det svårt att acceptera en argumentation som med hänvisning till att man vill tillvarata arbetstagarintressen helt enkelt suspenderar den anställda personalens medbestämmanderätt för att lämna fältet fritt för aktieägarna. Även en reduktion av de behörigheter som redan tillsatta arbetstagarrepresentanter i styrelserna har till enbart nationella frågor,¹³⁰ är inte heller någon praktikabel lösning med tanke på det är nästan omöjligt att på ett rättssäkert sätt skilja mellan frågor av gränsöverskridande respektive rent nationell betydelse.¹³¹

Såvida man av goda skäl anser att det vid en påstådd diskriminering inte räcker med enbart en ändring av den förhärskande uppfattningen om utslutning av den utomlands anställda personalen, utan att de tyska lagstiftningsorganen måste utfärda särskilda bestämmelser för att möjliggöra en inkludering av arbetstgare som är verksamma utomlands talar det mesta för en suspendering av uni-

126 Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (270 f.).

127 Dessutom skulle man i ett sådant fall knappast kunna undvika att inkludera arbetstgarna i utlandet i beräkningen av tröskelvärdena. Jfr.. Heuschmid, arbetstgarnas medbestämmande – en europeisk grundläggande rättighet?, 2009, s. 238.

128 EG-domstolen av 19.1.2010 – rättsak C-555/07, samling 2010, I-365 – *Küçükdeveci* – nr. 51; BAG av 9.9.2010 – 2 AZR 714/08, NZA 2011, 343.

129 Teichmann, ZIP 2010, 874 (875); samt. Latzel, jämlikhet i medbestämmanderätten, 2010, nr. 743 ff.

130 Övervägd av Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (166).

131 Likaså Latzel, jämlikhet i medbestämmanderätten, 2010, nr. 759.

121 Jfr. Latzel, jämlikhet i företagsmedbestämmanderätten, 2010, nr. 100 ff.; Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (158 ff.).

122 Så Heuschmid, arbetstgarnas medbestämmanderätt – en grundläggande europeisk rättighet?, 2009, s. 238.

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

124 Meilicke, GmbH 2003, 793 (805); likaså Hirte i Hirte/Bücker, gränsöverskridande bolag, 2a uppl. 2006, § 1 nr. 51.

125 Så även Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (270).

onsrättens förträgningsverkan analogt till art. 264, andra stycket i FEUF plus en frist för det nationella lagstiftningsorganet att anpassa sina lagar till de europarättsliga kraven.¹³² Om man i detta sammanhang hänvisar till de andra

medlemsstaternas förpliktelse att säkerställa att motsvarande val kan genomföras¹³³ på deras respektive territorium, så visar detta bara återigen att det överstiger de tyska lagstiftningsorganens möjligheter att skapa transnationellt enhetliga kollektiva arbetsvillkor för transnationella företag med säte i Tyskland. Det europarättsliga diskrimineringsförbudet får därför aldrig tolkas så att de enskilda medlemsstaterna, när det rör sig om gränsöverskridande verksamma företag, hindras från att själva bestämma, på vilket sätt arbetsmarknadsrelationerna på deras territorium ska regleras.

VIII Sammanfattning

Den på senare tid upprepade gånger hävdade tesen att det skulle strida mot unionsrätten att inte inkludera utländsk personal hos tyska bolag respektive koncerner i den tyska företagsbestämmanderätten övertygar inte. När det gäller frågan om en begränsning av rörelsefrihet av arbetstagare som är anställda i Tyskland saknas det ett specifikt samband mellan förlusten av mandat och en gränsöverskridande process. Påståendet om en diskriminering av arbetstagare som arbetar utomlands stämmer heller inte. Det är en alltför vid tolkning av det europarättsliga diskrimineringsförbudet om man vill dra den slutsatsen att det tillåter arbetsrättsliga specialsystem för transnationella företag. De utmaningar som medlemsstaternas kollektiva arbetsrätt ställs inför genom de gränsöverskridande företagsaktiviteterna måste lösas med unionsrättslig sekundärrättsakter, men inte genom att avända diskrimineringsförbudet som "bräckjärn".¹³⁴

132 Jfr. Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (167).

133 Latzel, jämlikhet i medbestämmanderätten, 2010, nr. 747.

134 Se även Schack, ZZP 1995, 47.

TINGSRÄTTEN I BERLIN

Beslut

Ärende nr: 102 O 65/14 AktG [tyska aktie(bolags)lagen] I målet enligt §§ 98, 99 tyska aktie(bolags)lagen
Parter

1. xxxx sökande

Ombud: Advokaterna xxxx

2. xxxx svarande

Ombud Advokaterna xxxx

3. xxxx

har avdelningen för handelsmål 102 vid tingsrätten i (Landgericht) Berlin sedan domstolens ordförande xxx, domaren för handelsrättsliga mål xxx och domaren för handelsrättsliga mål xxx

hört parterna den 12 maj den 1 juni 2015 avkunnat följande beslut:

Sökandes talan avvisas.

Svaranden skall bära rättegångskostnaderna till ett belopp av 50 000,00 euro, parternas kostnader ersätts ej.

Domsskäl:

Parterna tvistar över sammansättningen hos den styrelse som finns hos svaranden.

Svaranden är ett turistföretag med stadgeenligt säte i Berlin och xxx. Företaget är registrerat i handelsregistret vid Amtsgericht (tingsrätten i lägre instans) i Berlin-Charlottenburg med nummer HRB xx och vid Amtsgericht xxxx med nummer xx. Svarandens aktier är listade på tyska börsen i Prime Standard. Vidare tillhör svaranden MDAX.

Svaranden är övergripande koncernbolag för xx-gruppen, ett internationellt ledande turistföretag. Gruppens koncerncentral befinner sig i xxxxx.

Enligt verksamhetsberättelsen för 2013/2014 var i slutet av september ungefär 77 309 arbetstagare sysselsatta hos svaranden och svarandens koncernavhängiga företag. Därav är ca. 10 100 arbetstagare sysselsatta i Tyskland; i utlandet inom EU rör det sig om totalt knappt 40 000, varav den största delen arbetar i Storbritannien.

Svarandens styrelse har för närvarande 20 personer, såsom det framgår av § 11, första stycket, första meningen i svarandens bolagsordning i den version som gällde 9 december 2014. Enligt bestämmelserna i lagen om medbestämmanderätt är styrelsen sammansatt av tio ledamöter från ägarsidan och tio ledamöter från arbetstagsidansidan.

Sökanden är sedan mitten av 2014 aktieägare hos svaranden. Sökanden anser att svarandens styrelse är felaktigt sammansatt, eftersom de tyska bestämmelserna om medbestämmanderätt i företag, enligt vilka den aktiva och passiva rösträtten vid val av arbetstagarrepresentanter till styrelsen bara tillkommer arbetstagare som är sysselsatta i Tyskland, strider mot europeisk unionsrätt. Som konsekvens därav anser svaranden att medbestämmandelagen inte får tillämpas, så att utslutande aktieägarrepresentanter får tillsättas i svarandens styrelse.

Denna rättsliga uppfattning meddelade sökanden till svarandens företagsledning i ett brev daterat den 17 juli 2014. Svaranden svarade med en skrivelse, daterad den 29 juli 2014, där svaranden meddelade att den aktuella sammansättningen på svarandens styrelse motsvarar gällande lagbestämmelser i enlighet med § 97, 1a stycket i aktie(bolags)lagen, då det varken finns prejudiciell tysk eller europeisk rättspraxis, som skulle kunna leda till att medbestämmandelagens föreskrifter inte skulle vara tillämpliga.

Sökanden följer upp och vill ha sin rättsliga uppfattning bekräftad i detta förfarande. Eftersom hela medbestämmandelagen, men i varje fall bestämmelserna om arbetstagarstyrelseledamöter i § 9 ff medbestämmandelagen inte kan tillämpas, då den kränker unionsrätten som har högre rang, ska, när det gäller sammansättningen på svarandens styrelse, inte § 96, första stycket var. 1 i aktie(bolags)lagen utan § 96, första stycket var. 6 i aktie(bolags)lagen gälla. Svarandens styrelse måste därför utslutande bestå av representanter för aktieägarna, till dess medbestämmanderätten kan nyregleras på ett sätt som är i enlighet med unionsrätten.

Statusförfarandet är tillåtet, eftersom det rör sig om den enda typen av förfarande, där de uppkomna rättsliga frågorna kan lösas. Sådantillvida är det ovidkommande, hur sökanden motiverar sin juridiska uppfattning att medbestämmandelagen inte får tillämpas på svarandens styrelse.

Det faktum att arbetstagare hos tyska medbestämmanderättsskyldiga företag som arbetar utomlands i Europa, i motsats till sina arbetskamrater som arbetar i Tyskland inte har aktiv och passiv rösträtt, utgör en indirekt diskriminering på grund av nationalitet och strider därför mot art. 18 FEUF. En utslutning av utländsk personal från styrelseval drabbar typiskt just medborgare i andra medlemsstater och är därför indirekt en nationalitetsfråga. Diskrimineringen baserar exklusivt och direkt på tysk rätt, och därför uppstår en olikbehandling av tyska och utländska arbetstagare som är anställda hos ett och samma tyska moderbolag.

Dessutom medför den omständigheten att en arbetstagare som hittills har arbetat i Tyskland förlorar sin aktiva och framförallt passiva rösträtt för styrelseval när han/hon går över till en utländsk filial eller dotterbolag i samma tyska moderbolag, vilket gör en sådan övergång mindre attraktiv. Detta utgör inte bara en diskriminering av utländska arbetstagare utan begränsar också rörelsefriheten för tyska arbetstagare. Diskrimineringsförbudet i art. 45 FEUF är inte tillämpligt eftersom den företagsinterna medbestämmanderätten det inte är någon arbetsrättslig regleringsfråga. Det är enbart konsekvenserna av en arbetstagarbyte inom en och samma koncern som ska bedömas. Följderna av en förlust av rösträtten vid en övergång till ett utländskt företag eller filial är också konkreta och kan inte bara betraktas som osäkra eller vaga.

Det bör medges att unionsrätten inte kräver någon harmonisering av medbestämmandereglerna, men detta ändrar inte på det faktum att de nationella bestämmelserna inte får bryta mot primärrätten.

Kränkningen av diskrimineringsförbudet och arbetstagarnas rörelsefrihet kan inte motiveras med en hänvisning till den tyska medbestämmanderättens territorialitet. I den rättsvetenskapliga litteraturen har man upprepade gånger hänvisat till lagstiftningsmöjligheter de lege ferenda för hur man lämpligen skulle kunna inkludera utländsk personal i valen av arbetstagarrepresentanter till styrelsen.

En tolkning av den tyska medbestämmanderätten som är i överensstämmelse med unionsrätten kan inte leda till att man inkluderar utländska arbetstagare i styrelsevalen, eftersom detta skulle strida mot de historiska tyska lagstiftningsorganens syfte. Dessutom måste man först och främst reda ut vilka exakta krav unionsrätten ställer. Så länge man inte är säker på att ha ett resultat som är i överensstämmelse med unionsrätten får den nationella rättsreglerna inte tillämpas. Artiklarna 18 och 45 FEUF har inte som uppgift att skapa eller konservera en medverkan för arbetstagare i bolagsorganen.

Eftersom målets utgång framförallt beror på hur den europeiska unionsrätten tolkas krävs det, om domstolen inte ansluter sig till sökandens rättsuppfattning, en begäran om förhandsavgörande hos EU-domstolen. Det rör sig här om frågor av stor rättspolitisk betydelse. Ju snabbare dessa blir lösta, desto tidigare kan de tyska lagstiftningsorganen reagera och inleda nödvändiga reformsteg.

Sökanden yrkar:

att domstolen ska fastställa att svarandens styrelse inte är sammansatt enligt de lagbestämmelser som gäller för sådana fall och enligt § 96, första stycket var 6 i aktie(bolags)lagen bara får bestå av styrelseledamöter som representerar aktieägarna (delägarna),

alternativt

att förklara målet vilande och vända sig till EU-domstolen med en begäran om förhandsavgörande enligt art. 267 i FEUF och ställa följande rättsfrågor:

1) ska art. 18 FEUF tolkas så att den förbjuder en nationell rättsbestämmelse som den aktuella i Tyskland, enligt vilken vid val av arbetstagarrepresentanter till styrelsen i ett aktiebolag

den aktiva och passiva rösträtten bara får innehas av sådana arbetstagare hos bolaget som arbetar på inhemska företag, men inte arbetstagare som arbetar hos företag som ligger i andra medlemsstater i Europeiska unionen;

den aktiva och passiva rösträtten bara får innehas av en arbetstagare som är anställd hos ett dotterbolag, såvida det rör sig om ett inhemskt dotterbolag och arbetstagaren är sysselsatt hos ett inhemskt företag inom dotterbolaget, medan arbetstagare som arbetar hos ett dotterbolag med

säte i en annan medlemsstat i Europeiska unionen inte är röstberättigade?

2) Ska art 45 FEUF tolkas så att den förbjuder en nationell bestämmelse som den i Tyskland, enligt vilken en arbetstagare som hittills har arbetat på ett inhemskt företag i ett aktiebolag med medbestämmanderätt eller hos ett företag som tillhör ett inhemskt dotterbolag – om arbetstagarens arbete medför en förflyttning till ett företag i en annan medlemsstat ,eller anställningsförhållandet ändras så att arbetstagaren istället är anställd hos ett dotterbolag med säte i en annan medlemsstat – denne arbetstagare inte bara förlorar sin aktiva och passiva rösträtt vid val av arbetstagarrepresentanter till styrelsen utan dessutom som fungerande vald arbetstagarrepresentant i styrelsen på grund av förlusten av den passiva rösträtten måste lämna sitt mandat i styrelsen med omedelbar verkan.

3) Ska artiklarna 18 och 45 FEUF tolkas så att om fråga 1 och/eller fråga 2 besvaras med ja de berörda nationella rättsföreskrifterna i Tyskland inte får tillämpas med följderna att valen av arbetstagarrepresentanter till styrelsen inom ramen för företagsmedbestämmanderätten, där de arbetstagare som är anställda hos ett utländskt dotterbolag eller som arbetar hos ett utländskt företag inte deltar i valen, dessa val måste utbli i sin helhet till dess ett icke diskriminerande deltagande även för utländska arbetstagare kan garanteras?

Svaranden yrkar, att sökandens yrkanden ska avvisas.

Svaranden anser att det aktierättsliga statusförfarandet för sökandens yrkanden inte är tillåtligt. Det är obestridligt att medbestämmandelagen har tillämpats vid sammansättningen av svarandens styrelse och att denna är korrekt och styrelsens sammansättning därför står i överensstämmelse med reglerna i § 96, första stycket i aktie(bolags)lagen. I den mån det är omtvistat om medbestämmandelagen är i överensstämmelse med unionsrätten och sålunda får tillämpas är det inte tillåtet att använda statusförfarandet för att lösa denna fråga. Dess mening och syfte är inte att inleda en hänvändelse till EU-domstolen om förhandsavgörande för att utreda om de tyska lagstiftningsorganen måste vidta åtgärder för att reformera sin medbestämmanderättslagstiftning.

Dessutom anser svaranden att yrkandena är ogrundade i sak. Antalet styrelseledamöter hos svaranden uppgår redan till maximiantalet enligt § 7, första stycket, första meningen, moment 3 i medbestämmandelagen, så att även en inkludering av de utländska arbetstagarna inte skulle medföra någon ändring av styrelsens storlek.

I motsats till sökandens uppfattning är unionsrättens användningsområde inte aktuellt. När det gäller arbetsrätt existerar ingen förpliktelse för medlemsstaterna att generellt likabehandla alla EU-medborgare. Därför kan det heller inte strida mot

unionsrätten om det råder olika arbetsrättsliga standarder i de enskilda medlemsstaterna. I detta sammanhang måste man också beakta att företagsmedbestämmanderätten inte är principiellt reglerad unionsrättsligt och att sådana rättsliga föreskrifter bara förekommer på två mycket begränsade områden, varvid i det i det ena fallet för sig om SE-bolagen och i det andra om gränsöverskridande fusion av bolag.

För att det ska vara fråga om en förment olikbehandling av arbetstagare saknas det nämligen en olikbehandling av lika omständigheter. De enligt sökandens uppfattning diskriminerande utländska arbetstagarna har ju inte lämnat sin respektive medlemsstats territorium. Därmed saknas ett gränsöverskridande moment som är nödvändigt för att det ska röra sig om en unionsrättsligt relevant diskriminering.

Den omständigheten att enligt förhärskande uppfattning arbetstagare hos utländska koncernföretag inte deltar i valet av arbetstagarrepresentanter till styrelsen och inte heller är valbara utgör ingen diskriminering på grund av nationalitet. Detta visa redan det faktum att även arbetstagare som inte är tyska medborgare självklart kan delta i valet arbetstagarrepresentanter, såvida de arbetar hos ett tyskt företag i en koncern med säte i Tyskland. Det föreligger heller inte någon indirekt diskriminering, eftersom Tyskland som statligt organ inte kan reglera den aktiva och passiva rösträtten för arbetstagare hos utländska företag till styrelsen i ett bolag med säte i Tyskland. När det gäller den utländska personalen föreligger heller inte någon situation som kan jämföras med den inhemska personalens och som regleras på olika sätt.

Arbetstagarnas rörelsefrihet enligt art. 45 FEUF berörs inte heller. Den europeiska primärrätten ger inte arbetstagare någon garanti för att samma arbets- social- och skatterättsliga ramvillkor ska gälla, om deras arbete förläggs till en annan medlemsstat. Dessutom hör medbestämmandelagens regler om rösträtt och valbarhet till styrelsen inte till "arbetsvillkoren" enligt definitionen i art. 35 FEUF, eftersom det här inte finns någon relation till lönebegreppet eller sysselsättningen

Ett styrelsemandat är en ställning i ett organ, där anställningsförhållandet är en förutsättning, men utan inflytande på arbetstagarnas löner eller sysselsättning.

Den verksamhet som arbetstagarrepresentanter utövar i en bolagsstyrelse kan inte heller jämföras med vad företagsrådsledamöter gör. Arbetstagarrepresentanter är, precis som aktieägarsidans styrelseledamöter, i första hand skyldiga att tillvarata företagets intressen.

Förlusten av rösträtt och valbarhet till styrelsen i ett bolag som omfattas av medbestämmandelagen måste i varje fall betraktas som en unionsrättsligt icke relevant begränsning av arbetstagarnas rörelsefrihet. Det är ingalunda så att varje nackdel och

besvär som en arbetstagare får uppleva i samband med en förflyttning av arbetsplatsen till en annan medlemsstat automatiskt utgör ett brott mot begränsningsförbudet i artikel 45 FEUF. Samma sak gäller om det är helt och hållet osäkert om en arbetstagare av en bestämd orsak skulle låta sig avhållas från att få sin arbetsplats förlagd till en medlemsstat. I en situation som den aktuella kan man heller inte utgå från detta, och det skulle bara kunna bli relevant om arbetstagaren flyttar till ett annat företag i samma koncern utomlands. Om man betraktar saken realistiskt verkar det otroligt att en arbetstagare som arbetar i Tyskland skulle låta sin karriär påverkas av möjligheten att ha aktiv eller passiv rösträtt till styrelsen. Även för arbetstagare som har ett styrelsemandat upphör detta mandat i och med att man går över till vilken annan arbetsgivare som helst.

Även om man skulle utgå ifrån ett otillåtet ingrepp i de rättigheter som artiklarna 18 och 45 FEUF ger vore detta motiverat eftersom territorialitetsprincipen absolut förbjuder att den tyska medbestämmandelagen tillämpas på utländska företag.

Slutligen måste de av sökanden yrkade rättsliga konsekvenserna betraktas som absurda. Arbetstagarnas rörelsefrihet utgör en skydds rättighet för arbetstagare och kan inte användas som motivering för en effektiv begränsning av arbetstagar rättigheter.

Dessutom skulle man då få det inkonsekventa resultatet, att det i ett rent tyskt företag finns medbestämmanderätt för arbetstagarna i styrelsen men inte i ett företag med dotterbolag och/eller filialer utomlands i Europa. En brist i medbestämmandelagen i den meningen att den innebär ett brott mot bestämmelserna i FEUF måste då elimineras genom en unionsrättsligt korrekt tolkning. Lagens ordalydelse begränsar inte uttryckligen medbestämmandelagens användningsområde till företag och filialer i Tyskland.

Domstolen är inte förpliktad att förelägga de av sökanden framställda frågorna för EU-domstolen för ett förhandsavgörande. Det rör sig dels inte om en unionsrättslig fråga och dels är det tillräckligt klart hur domstolen ska döma.

Beträffande de övriga detaljerna i sakfrågan och tvistens omständigheter hänvisas till de inlagor med bilagor som parterna har lämnat in samt till protokollet från förhöret den 12 maj 2015.

II.

Sökandens fastställelseyrkanden kan inte bifallas, eftersom svarandens styrelse för närvarande är sammansatt i enlighet med gällande lagbestämmelser.

A. Statusförfarandet som sökanden har inlett kan tas upp till prövning.

1. Om det är omtvistat eller osäkert, enligt vilka lagbestämmelser styrelsen är sammansatt ska tingsrätten, i vars domsaga bolaget har sitt säte, i

enlighet med § 98, första stycket i aktie(bolags)lagen på begäran av en enligt denna bestämmelse behörig part avgöra saken.

2. Eftersom bolaget hade sitt stadgeenliga säte i denna domsata var tingsrätten i Berlin utan vidare behörig.

3. Sökanden är oomtvistat aktieägare hos svaranden och var därmed enligt § 98, andra stycket, första meningen nr. 3 i aktie(bolags)lagen berättigad att begära ett domstolsbeslut rörande sammansättningen hos svarandens styrelse.

4. Även det andra rekvisitet att det föreligger en tvist rörande sammansättningen förelåg.

a) I den mån svaranden anser, att den av sökanden beskrivna tvisten inte baserar på medbestämmandelagens bestämmelser, eftersom styrelsen med rätta under tillämpning av § 7, 1a och 2a stycket i medbestämmandelagen må detta i och för sig stämma i sak. Men sökanden gör ju just gällande att enligt sökandens uppfattning § 7 i medbestämmandelagen inte är relevant när det gäller svarandens styrelse, eftersom den strider mot den europeiska unionsrätten som har högre rang och därmed företäde. Om detta stämmer i sak var en fråga om motivering och inte om talans tillåtlighet.

b) Svaranden hävdar vidare med rätta att det i statusförfarandet varken handlar om ett

normkontrollförfarande eller en begäran om förhandsavgörande. Av den anledningen får, inom ramen för § 98 i aktie(bolags)lagen yrkanden inte tas upp till prövning, om det enbart rör sig om en abstrakt rättsfråga som antingen inte har något att göra med det berörda bolagets styrelse eller inte är relevant för dess sammansättning (jfr. OLG (hovrätten) i Zweibrücken, NZG 2014, 740)

Användningsområdet för ett statusförfarande inför domstol omfattar utredningen av vilken av de i § 96, 1a stycket i aktie(bolags)lagen nämnda fem modellerna som är relevanta för det konkreta bolaget. Därav följer att förfarandet enligt §§ 98, 99 i aktie(bolags)lagen (bara) får tas upp till prövning om arbetstagarnas styrelsemedverkan överhuvudtaget eller omfattningen av deras medverkan är omtvistade (jfr. Hopt/Roth/Peddinghaus i Hopt/Wiedemann, storkommentar över aktie(bolags)lagen, punkt 11 om § 98 i aktie(bolags)lagen).

Sökanden presenterar i det aktuella målet ett tillräckligt direkt sammanhang mellan sin egen rättsuppfattning – att § 7 i medbestämmandelagen inte kan tillämpas – och sammansättningen hos svarandens styrelse, genom att sökanden hävdar att styrelsen enligt § 96, 1a stycket var. 6 i aktie(bolags)lagen endast får bestå av styrelseledamöter som representerar aktieägarna. Enligt § 98 i aktie(bolags)lagen får denna förfarandepunkt tas upp till prövning.

c) De personer som enligt § 98, första stycket, första meningen punkt 1 till 5 har rätt

att väcka talan och framföra yrkanden behöver

inte uppfylla några andra krav (jfr. Hüffer/Koch, aktie(bolags)lagen, 11e upplagan, nr. 4 om § 98 i aktie(bolags)lagen).

Det är visserligen oklart om man separat måste fastställa om rekvisiten "osäkerhet" respektive "tvist" i § 98, första stycket, första meningen föreligger (jfr. Hopt/Roth/Peddinghaus, se ovan; Münch/Komm/Habersack, aktie(bolags)lagen, 3 uppl. Nr. 5 rörande § 98 i aktie(bolags)lagen) En tvist föreligger enligt lagen i fråga redan om företagsledningen och en annan part allvarligt diskuterar sammansättningen (jfr. Münch/Komm/Habersack, se ovan). Den korrespondens som sökanden och svarandens företagsledning förde sommaren 2014 kan just anses som en sådan differens, så att talan fick väckas även mot den bakgrunden. Att det var sökanden själv som utlöste "tvisten" är lika oviktigt som frågan vilka (ytterligare) avsikter som fick sökanden att inleda statusförfarandet. Som ovan sagt skulle rent rättspolitiska motiv bara vara negativa, om de inte hade lett till en talan som kunde tas upp till prövning.

B. Yrkandena kunde dock inte bifallas i sak. Den aktuella utformningen av den tyska medbestämmanderätten hos ett övergripade koncernbolag som har filialer och/eller dotterbolag även i andra EU-stater, strider enligt avdelningens uppfattning varken mot diskrimineringsförbudet i art. 18 FEUF eller mot den i art. 45 FEUF garanterade rörelsefriheten för arbetstagare. Därför kommer inte heller en av sökanden alternativt yrkad hänvändning till EU-domstolen enligt art. 267 i FEUF ifråga, eftersom det saknas den relevans som svaren på de av sökanden ställda frågorna skulle ha för domstolens beslut.

1. Enligt § 1 första stycket i medbestämmandelagen har arbetstagare i ett företag som har den juridiska formen aktiebolag enligt medbestämmandelagen en medbestämmanderätt, om företaget vanligtvis sysselsätter mer än 2 000 anställda. Styrelsens sammansättning riktar sig enligt § 6 andra stycket, första meningen i medbestämmandelagen efter §§ 7 till 24 i medbestämmandelagen. Enligt denna regel består styrelsen i ett företag som har mer än 10 000 men mindre än 20 000 anställda av vardera 6 styrelseledamöter från ägar- respektive arbetstagsidan, § 7 första stycket punkt 1 i medbestämmandelagen(i § 7 första stycket, punkt 1 anges "vardera sex ledamöter – övers. anm.)

Parterna var överens om att mer än 10 000 arbetstagare är sysselsatta i svarandens i Tyskland, så att man enbart av det skälet, enligt ovan nämnda bestämmelser, kunde utgå från att bilda en styrelse med tolv ledamöter. Dock föreskriver svarandens bolagsordning i sin § 11 att bolagets styrelse ska bestå av 20 ledamöter, så att bestämmelserna i § 7 första stycket nr. 3 i förening med andra stycket nr. 3 i medbestämmandelagen gäller och styrelsen sålunda består av 10 styrelseledamöter från aktie-

ägarsidan och 10 styrelseledamöter från arbets- tagarsidan, av vilka 3 ledamöter måste vara fackfö- reningsrepresentanter.

2. I motsats till vad sökanden hävdar är § 7 i med- bestämmandelagen inte otillämplig på grund av dis- kriminerings av de anställda hos svarandens utländska koncernföretag.

a) Enligt allmän uppfattning har arbetstagare som arbetar hos utländska företag varken aktiv eller passiv rösträtt vid styrelseval som äger rum i Tys- kland (jfr. t.ex. Habersack, bilaga till ZIP 48/2009, 1, 3). Detta gäller även om de arbetar hos osjälvständiga filialer eller dotterföretag till tyska bolag.

Valförfarandet är nämligen inte bundet till be- stämnda arbetsgivare, arbetstagare eller anställ- ningsförhållanden utan till företaget som faktisk or- ganisatorisk enhet, så att frågan om respektive rätt är tillämplig eller ej avgörs enligt de lokala rättsför- hållandena, dvs. den rätt som gäller på hemorten. Genom att medbestämmandelagen förankrar val- förfarandet till företagsplanet är arbetstagare hos andra företag än de som ligger i Tyskland de lege lata faktiskt uteslutna från företagsmedbestäm- manderätten (jfr. Fischer NZG 2014, 737, 738).

b) Om man ser till principen i § 1 första stycket i medbestämmandelagen, så

råder ingen medbestämmanderätt hos övergri- pande koncernbolag som själva endast har mindre än 2000 anställda. Det resulterar emellertid av be- stämmelserna i § 5 tredje stycket i medbestämman- delagen att arbetstagare som är anställda hos un- derlydande bolag, på de där nämnda villkoren, kan sammanräknas med det övergripande koncernbola- get, så att (även) hos detta senare bolag kan in- rättas en styrelse med medbestämmanderätt. Bero- ende på antalet anställda hos dotterbolagen kan det på grund av § 5 3e stycket i i medbestämmandela- gen uppstå en multipel medbestämmandesituation på företags- och koncernplanet och de anställda därmed också har aktiv och passiv rösträtt på flera nivåer.

c) Därmed måste valen till svarandens styrelse till att börja med betraktas som en rent nationell pro- cess som beror på att de tyska lagstiftningsorganen ansåg det nödvändigt att även införa medbestäm- manderätt på de högsta beslutsplanet i i det över- gripande koncernbolaget.

Själva valet i sig påverkar inte direkt den euro- peiska inre marknadens intressen. Anställningsför- hållanden för de arbetstagare som är anställda hos de enligt utländsk rätt organiserade dotterbolagen till svaranden, påverkas inte negativt i de rättigheter och förpliktelser som resulterar av deras anställ- ningsförhållande. Detta gäller även för dessa före- tags medbestämmanderätt, ifall en sådan existerar enligt den lag som gäller där företaget har sitt säte.

d) Medbestämmandelagens bestämmelser säger ingenting om de röstberättigade arbetstagarnas medborgarskap, så att en direkt diskriminering en- ligt art. 18 FEUF inte kommer på fråga och heller

inte görs gällande av sökanden.

I litteraturen görs dock gällande att det faktum att arbetstagare som är anställda hos företag i en koncern som tillhör ett övergripande tyskt koncern- bolag inte har någon medverkanderätt leder till en indirekt diskriminering, som strider mot unionsrät- tens bestämmelser i art. 18 FEUF. Att anknyta röst- berättigandet till arbetsorten leder till en faktisk dis- kriminering av en klart definierad persongrupp (i form av arbetstagare hos utländska företag och dot- terbolag), som av naturen till största delen består av utländska medborgare.

Den konkreta diskrimineringen anses huvudsakli- gen bestå i att den utländska personalen inte är re- presenterad i ledningen, om och i den mån etable- ringskonflikter uppstår (jfr. Teichmann, bilaga till ZIP 2009, 10, 11).

Detta resulterar därför i att, när beslut ska tas på företags- och koncernplanet som påverkar de anställda i olika medlemsländer i lika mån, så har de tyska arbetstagarna en fördel. Och denna privilegierade personal kan genomdriva sina intressen till nackdel för de som diskrimineras, alltså arbetstagarna på de utländska fabrikena (se Rieble/Ltzel EuZA 2001, 145, 149).

e) Denna argumentation som sökanden åberopar kan avdelningen av olika skäl inte dela.

aa) Som utgångspunkt kan vi fastställa att före- tagsintern medbestämmanderätt inte hör till de eu- roparättsligt harmoniserade rättsområdena. Även "Reflection Group on the Future of EU Company Law" har konstaterat att frågan om och i vilken in- tensitet de nationella bolagsformerna i medlems- staterna omfattas av medbestämmanderätten är ett rättspolitiskt beslut som åligger medlemsstaterna och där de europeiska lagstiftningsorganen inte bör ingripa (jfr. referens hos Hellwig/Behme AG 2001, 740,741). Därför måste man principiellt acceptera att de nationella lagarna i EU-staterna har en olika hög grad av företagsmedbestämmanderätt utan att det europarättsligt sett måste finnas en bindande minimistandard som måste omfatta alla arbetstaga- re i unionen (jfr. med samma uppfattning även LG Landau NZG 2014, 229).

bb) Mot denna bakgrund tvingar diskriminerings- förbudet i art. 18 FEUF inte medlemsstaterna att, ut- anför sin egen lagstiftningsbehörighet, sörja för en likabehandling av medborgarna i andra EU-stater.

cc) Ett brott mot art. 18 FEUF i form av indirekt diskriminering på grund av nationalitet förutsätter som svaranden med rätta påpekar, att de tyska lag- stiftningsorganen föreskriver olika rättsliga konsek- venser för likadana eller jämförbara sakliga omstän- digheter. Men detta saknas här, eftersom anknyt- ningen av medbestämmanderättsreglerna till en inhemsk arbetsplats är meningsfull och till syvende och sist inte heller kan kritiseras.

Det övergripande tyska koncernbolaget som högsta koncernenhet även för utländska företag ut- gör igen tillräcklig klammer för att ge de inhemska

valen till arbetstagarna i styrelsen en gränsöverskridande karaktär som skulle kunna leda till att den europeiska primärrätten blir direkt användbar. Sådillvida är påståendet att den tyska medbestämmanderätten genom anknytningen till moderbolaget får en "koncerndimensionell karaktär" (så t.ex. Wansleben NZG 2014, 213, 214) oförståeligt. Bara för att de behärskas av ett tyskt bolag kan utländska företag och deras anställda inte utan vidare omfattas av de tyska medbestämmandereglerna. Mot detta talar redan det faktum att det i alla andra rättsliga förhållanden är hemlandets lagstiftning som gäller för bolag som har grundats enligt utländsk lagstiftning och också har sitt säte i hemlandet. Det är ju slutligen också så att arbetstagarna i dessa bolag normalt sett också är anställda där, så att en grovtolkning att de skulle vara anställda i samma koncern som de i Tyskland sysselsatta arbetstagarna förbjuder sig själv (Wansleben, se ovan). Men om de har ett anställningsförhållande som riktar sig efter lagstiftningen i hemlandet och inte heller har för avsikt att lämna sitt hemland, så befinner de sig inte i en situation som regleras av gemenskapsrätten i den mening som avses i EG-domstolens rättspraxis, enligt vilken det europarättsliga diskrimineringsförbudet måste beaktas (jfr. EG-domstolen, dom av 2a oktober 1997, rättssak C 122/96. BeckRS 2004, 74248).

De av sökanden och motsvarande röster i litteraturen hävdade "medverkansdiskrimineringen" för den utländska personalen genom att de diskrimineras i samband med koncernövergripande företagsbeslut kan inte heller övertyga som motivering för en tillämpning av art. 18 FEUF. För det första betonas med rätta att arbetstagarrepresentanterna i styrelsen inte är förpliktade att tillvarata konkreta personalintressen utan - precis som representanterna för ägarsidan - företagets allmänna väl (jfr. Hellwig/Behme AG 2011, 740, 744). För det andra är det rent empiriskt inte bevisat att, i samband med strukturförändringar i övernationella tyska företag, de inhemska företagen skulle prioriteras, även om detta inte är meningsfullt, exempelvis av ekonomiska skäl. Sådillvida medger även Rieble/Latzel att det är svårt att bevisa "konkreta protektionistiska effekter av den tyska medbestämmanderätten (jfr. Rieble/Latzel, ovan, 154).

Mot den bakgrunden kan man inte se att de tyska lagstiftningsorganen genom att begränsa medbestämmanderätten till inhemska företag skulle bryta mot gemenskapsrätt av högre dignitet. Det rör sig ifråga om de kritiserade negativa effekterna av den tyska koncernmedbestämmanderätten inte om en indirekt diskriminering enligt art. 18 FEUF, utan endast om en reflexeffekt under unionsrättens interventionströskel.

dd) Enligt avdelningens uppfattning strider de tyska medbestämmanderättsbestämmelserna inte heller mot unionsrättens föreskrifter i art. 45 FEUFs som reglerar rörelsefriheten för arbetstagare.

Enligt EG-domstolens rättspraxis står fast att bestämmelser som hindrar eller avhåller medborgare i en medlemsstat från att lämna sitt hemland för att dra nytta av sin rätt till rörelsefrihet utgör begränsningar av denna frihet, även om de tillämpas oberoende av den berörde arbetstagarens nationalitet (jfr. EG-domstolen, dom av den 15 december 1995 i målet Bosman C 415/93, BeckRS 2004, 77129) Detta gäller inte bara för hinder mot tillgängligheten som innebär att man avgränsar en nationell arbetsmarknad utåt utan även för hinder mot utflyttning som gör det svårare att lämna den nationella arbetsmarknaden och därmed inverkar menligt på arbetstagarnas mobilitetsmöjligheter. Till skillnad mot diskrimineringsförbudet i art. 45 2a stycket i FEUF spelar det ingen roll för tolkningen av begränsningsförbudet om det i de nationella bestämmelserna rör sig om arbetsvillkor i ordets vidaste bemärkelse eller ej.

Den med en flyttning från ett tyskt koncernföretag till en utländsk filial eller ett utländskt dotterbolag tillhörande svaranden förknippade förlusten av rätten att rösta fram arbetstagarrepresentanter till styrelsen utgör enligt avdelningens uppfattning inget allvarligt hinder för inhemska arbetstagare att utnyttja sin rätt till rörelsefrihet. EG-domstolen har själv inskränkt det i målet xxx beskrivna begränsningsförbudet sådillvida att åtgärder som är alltför indirekta eller osäkra inte omfattas av förbudet i art. 45. FEUF. I det avseendet ansluter sig avdelningen till Krauses uppfattning att även sådana effekter av art. 45 måste undantas från FEUFs tillämpningsområde som inte utgör någon viktig aspekt för den stora majoriteten av arbetstagare när de ska bestämma sig för att arbeta i en annan EU-medlemsstat (jfr. Krause AG 2012, 485. 489).

Även om medbestämmanderätten är en del av bolagsrätten så ingår den i vidare bemärkelse ändå i de arbetsvillkor som i vilket fall som helst skiljer sig från varandra i unionens medlemsstater och som måste accepteras av migrerande arbetstagare som utnyttjar sin rätt till rörelsefrihet.

En negativ motivering kan man bara föreställa sig hos de arbetstagare som innehar ett styrelsemandat som ju är till förmån för andra. Här rör det sig dock om en försvinnande liten del av de arbetstagare som är sysselsatta i svarandens koncern. Dessutom inträder den konkreta situation som av en del av litteraturen betraktar som ett brott mot art. 45 FEUF endast om en av dessa sju arbetstagarrepresentanter i styrelsen flyttar till ett utländskt dotterbolag i svarandens koncern. I det avseendet är de rättsliga konsekvenserna av att förlora styrelsemandatet desamma som när man går över till vilken annan in- eller utländsk arbetsgivare som helst (jfr. Krause, se ovan 490).

3. Slutligen pekar även de rättsliga konsekvenserna på att det finns stora invändningar mot uppfattningen att den tyska medbestämmanderätten i tyska bolagskoncerner måste utvidgas till att omfatta EU-dotterbolag.

a) På grund av den folkrättsliga territorialitetsprincipen är det principiellt förbjudet för de tyska lagstiftningsorganen att ingripa i de andra EU-staternas lagstiftningsbefogenheter. Det förbjuder sig därför själv att sammankoppla styrelsevalen i ett tyskt bolag med en utländsk företagsorganisation där en främmande lagstiftningskompetens råder (jr. Fischer, se ovan 739). I det avseendet beror den f.n. rådande begränsningen av rösträtten till arbetstagarer som arbetar hos företag i Tyskland på att de tyska lagstiftningsorganen inte har någon juridisk kompetens att utforma valproceduren utomlands (jr. Oetker i Erfurter Kommentar till arbetsrätten, 15e uppl. inledn. nr. 6).

b) I den mån som territorialitetsprincipen inte accepteras som argument för att

bibehålla det nuvarande rättsläget (jfr. Hellwig/Behme AG 2009 261, 266), saknas också praktiska förslag till ett lagstiftningsalternativ som kan medföra att den utländska personalen får samma rösträtt som den tyska.

Visserligen kan de tyska koncernbolagen åläggas att sörja för att de anställda vid de utländska koncerndotterbolagen får medverka. Men det kan ändå inte förskaffa de utländska arbetstagarerna en säker rättslig ställning, eftersom den tyska staten inte kan genomdriva att den slags bestämmelse åtföljs på främmande territorium. Om det alltså är tal om att en viss rättsosäkerhet förmodligen är oundviklig (jfr. Fischer, se ovan 739) visar det sig att en sådan modell inte kan bidra till att övervinna en förment olikbehandling. Däremot skulle samma resultat kunna uppnås med en unionsenlig tolkning av § 7 i medbestämmandelagen (jfr. OLG Zweibrücken NZG 2014 740, 741; Frankfurt/Main ZIP 2015 634, 635), eftersom anställda från andra EU-stater enligt ordalydelsen i denna paragraf inte är uteslutna från att delta i styrelseval.

Andra förslag som anser det vara möjligt att utan vidare tillämpa medbestämmandemodellen från SE-medverkandedirektivet på nationella bolagsformer (jfr. Hellwig/Behme AG 2011 740, 743) glömmor bort att det rör sig om ett harmoniserat rättsområde som säkerställer medlemsstaternas medverkan.

c) Mot den bakgrunden kanske det verkar önskvärt att fundera över en reform av den tyska medbestämmanderätten och ta hänsyn till att det i realiteten handlar om gränsöverskridande bolag och koncerner. Men här rör det sig om en rättspolitisk fråga som inte kan besvaras av domstolarna. Fram till en sådan reform görs måste den existerande rätten tillämpas, eftersom det inte finns något tillämpningsföreträde för unionsrätten som tvingar till att suspendera den företagsinterna medbestämmanderätten.

4. Kostnadsbeslutet har mot bakgrund av bestämmelserna i § 99 6e stycket i aktie(bolags)lagen enbart en preciserande funktion. Avdelningen kunde inte finna att det föreligger något undantagsfaktum som skulle ha motiverat att ålägga sökandena

rättegångskostnaderna. Ett kostnadsbeslut till nackdel för sökanden är framförallt motiverat när talan är entydigt omotiverad och oberättigad (jfr. Hüffer/Koch, se ovan, nr. 12 angående § 99 i aktie(bolags)lagen). Med tanke på den ovan nämnda diskussionen om medbestämmandelagens förenlighet med bestämmelserna i EU-fördraget var detta beviskrav här inte uppfyllt. Inte heller fanns det några indicier för att det skulle ha varit nödvändigt att frånga det i § GNotKG (lag om rättegångskostnader – övers. anm.) angivna reguljära affärsvärdet på 50 000,00 euro.

Rättsmedelinformationer:

Mot detta beslut kan rättsmedel i form av besvär eller hoppande fullföljd för rättslig prövning från första till tredje instans inlämnas.

Besvär

Besvär måste inlämnas inom senast en månad genom att rikta en av en advokat undertecknad besvärsskrift hos Landgericht (tingsrätten i) Berlin, Littenstrasse 12-17, 10179 Berlin. Fristen börjar löpa från och med att beslutet meddelats skriftligt. Om delgivningen sker enligt bestämmelserna i den tyska civilrättegångslagen är datumet för delgivningen avgörande. Om det skriftliga meddelandet sker postledes och delgivningen ska göras i Tyskland så anses detta har skett tre dagar efter det att det lämnats in på posten, om inte parten trovärdigt kan hävda att skrivelsen inte kommit honom tillhanda förrän vid en senare tidpunkt. Kan den skriftliga delgivningen inte göras till en part så börjar fristen löpa fem månader efter beslutets utfärdande (§ 38 3e stycket i lagen om familjerättsliga mål och frivillig rättsvård). Om fristen löper ut på en söndag, allmän helgdag eller lördag, så slutar fristen vid nästkommande vardags slut.

Hoppande fullföljd för rättslig prövning från första till tredje instans

Mot denna beslut kan på begäran och under förbigående av besvärsinstansen överklagande ske direkt till tredje instans (hoppande fullföljd), om parterna samtycker till att besvärsinstansen kringgås och federala Högsta Domstolen medger hoppande fullföljd. Ansökan om tillstånd till hoppande fullföljd och förklaringen om samtycke betraktas som att man avstår från besvärsrättsmedlet.

Ansökan om medgivande av hoppande fullföljd skall ske genom att inlämna en motsvarande skrivelse till federala Högsta Domstolen (Herrenstrasse 45 a, 76133 Karlsruhe).

Fristen för inlämnande av ansökan om medgivande av hoppande fullföljd uppgår till en månad. Den börjar med delgivningen av det i fullständig form avfattade beslutet, dock senast fem månader efter det att beslutet meddelats. Om fristen löper ut på en söndag, allmän helgdag eller lördag, så slutar fristen vid nästkommande vardags slut.

Ansökan måste innehålla en motivering till varför målet har principiell betydelse eller det för den rättsliga vidareutvecklingen och säkerställandet av en enhetlig rättspraxis krävs ett beslut av den högre domstolen. Personen måste företräddas av en vid federala högsta domstolen registrerad advokat som också måste underteckna ansökningskrivelsen.

En skriftlig förklaring från motparten om att denne är införstådd med den hoppande fullföljden måste bifogas ansökningskrivelsen och inlämnas till federala högsta domstolen inom ovannämnda frist.

IMPRESSUM

Utgåva

Medbestämmanderapport 17/2015
EU-domstolen blir nagelprovet -
undergräva eller stärka medbestäm-
manderätten?
ISSN 2364-0413

Författare:

dr Lasse Pütz och
dr Sebastian Sick, LL.M.Eur.
Avdelningen för medbestämmanderät-
tens främjande
Hans-Böckler-Stiftelsen

Dokumentationen utarbetad med hjälp av

Jan Grüneberg, Daniel Hay,
Johannes Heuschmid, Norbert Kluge,
Doris Meissner, Rainald Thannisch,
Klaus Ulrich

Kontaktpersoner

dr Lasse Pütz och
dr Sebastian Sick, LL.M.Eur.
Hans-Böckler-Stiftelsen
Avdelningen för medbestämmanderät-
tens främjande
Sektion Ekonomisk rätt
E-post: Lasse-Puetz@boeckler.de/
Sebastian-Sick@boeckler.de

Produktion

teamADwork Werbe GbR
Düsseldorf, december 2015