ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of
ZBW
Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Pütz, Lasse; Sick, Sebastian

Research Report

Nagelprobe EuGH: Mitbestimmung untergraben oder festigen?

Mitbestimmungsförderung Report, No. 17

Provided in Cooperation with:
The Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Pütz, Lasse; Sick, Sebastian (2015) : Nagelprobe EuGH: Mitbestimmung untergraben oder festigen?, Mitbestimmungsförderung Report, No. 17, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/127484

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.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

Hans Böckler Stiftung
Mitbestimmung · Forschung · Stipendien

REPORT

Nr. 17 · Mitbestimmungs-Report

NAGELPROBE EuGH – MITBESTIMMUNG UNTERGRABEN ODER FESTIGEN?

EuGH prüft europarechtliche Konformität der deutschen Mitbestimmung

Vorlage an den Europäischen Gerichtshof: Angriff auf das europäische Sozialmodell?
Zum Vorlagebeschluss des Kammergerichts Berlin vom 16.10.2015 hinsichtlich der Frage, ob die Mitbestimmung der Arbeitnehmer europarechtswidrig ist.

AUF EINEN BLICK

- Der EuGH hat, auf der Grundlage einer Vorlagefrage eines deutschen Gerichts darüber zu entscheiden, ob die bestehenden Gesetze zur Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen bzw. ihre Anwendung mit dem Europarecht vereinbar sind.
- Je nach dem, wie die Entscheidung des EuGH ausfällt, drohen erhebliche Verwerfungen der nationalen Systeme der industriellen Beziehungen in allen Mitgliedstaaten. Das Verfahren hat folglich erhebliche Bedeutung über Deutschland hinaus.
- Die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten können sich an Verfahren vor dem EuGH mit eigenen Stellungnahmen beteiligen.
- Die nationalen Gewerkschaftsbünde sollten prüfen, ob es unter den genannten Gesichtspunkten sinnvoll ist, bei ihren nationalen Regierungen für die Abgabe einer eigenen Stellungnahme zu werben.

MF
MITBESTIMMUNGS-
FÖRDERUNG

INHALTSVERZEICHNIS

1 Auf einen Blick

2 Inhalt des Verfahrens
2 Motivation des Verfahrens
3 Die Vorlagefrage an den EuGH lautet
3 Argumente der Mitbestimmungsgegner
3 Warum die Mitbestimmung mit Europarecht vereinbar ist
4 Arbeitnehmerbeteiligung im Europäischen Recht
4 Mögliche Entscheidung des EuGH
4 Mögliche Folgen für Arbeitnehmer in Deutschland und Europa

5 Rolle der nationalen Regierungen und der Gewerkschaften

6 Anlage
- Artikel Prof. Dr. Rüdiger Krause, Zur Bedeutung des Unionsrechts für die unternehmerische Mitbestimmung
- Landgericht Berlin – Beschluss vom 01. Juni 2015
- Links

1 INHALT DES VERFAHRENS

Mit Beschluss vom 16.10.2015 hat das Kammergericht Berlin dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Rahmen eines sogenannten Vorabentscheidungsverfahrens die Frage vorgelegt, ob das Mitbestimmungsgesetz gegen Europarecht verstößt.[1] Konkret geht es darum, dass im EU-Ausland beschäftigte Arbeitnehmer weder das aktive noch das passive Wahlrecht bei Aufsichtsratswahlen haben. Sie können anders als die in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer weder wählen noch für den Aufsichtsrat kandidieren. Im dem Verfahren zugrunde liegenden Fall der TUI AG sind beispielsweise ca. 10.000 Arbeitnehmer im Inland und ca. 40.000 Arbeitnehmer im EU-Ausland beschäftigt. Das Kammergericht Berlin (entspricht Oberlandesgerichten in anderen Bundesländern) hält es „für möglich", dass hierin ein Verstoß gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 18 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) und gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) zu sehen ist. Auch in der juristischen Literatur ist diese Frage umstritten. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur[2] spricht sich jedoch gegen eine Europarechtswidrigkeit aus. Der Vorlagebeschluss ist in einem sog. Statusverfahren zur Überprüfung der Aufsichtsratszusammensetzung (§ 98 AktG) ergangen. In der Vorinstanz hatte das LG Berlin noch überzeugend eine Europarechtswidrigkeit abgelehnt (102 O 65/14 AktG).[3] Eine Entscheidung des EuGH ist Anfang 2017 zu erwarten. Bis dahin bestehen keine Auswirkungen auf die Mitbestimmung im Aufsichtsrat.

1 Anhängig beim EuGH unter dem Aktenzeichen C-566/15 (Erzberger).
2 Siehe hierzu insbesondere Krause, AG 2012, S. 485 (siehe Anlage).
3 LG Berlin vom 01.06.2015 – 102 O 65/14 AktG, siehe Anlage.

2 MOTIVATION DES VERFAHRENS

Das Verfahren steht in einer Reihe von parallel betriebenen Rechtsstreiten zu verschiedenen Unternehmen (Deutsche Börse, Hornbach, BayWa). Die zumeist identischen Antragsteller (Aktionäre, insbesondere ein arbeitgebernaher Arbeitsrechtsprofessor und ein Einzelaktionär) zielen dabei, unserer Einschätzung nach politisch motiviert, auf die Unanwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes aufgrund der angeblichen Europarechtswidrigkeit ab. Sie fordern, dass der Aufsichtsrat nur mit Anteilseignervertretern zu besetzen sei.

Auch bei dem vorliegenden Verfahren ist zu vermuten, dass das konkrete Unternehmen den Antragsteller nicht interessiert. Es geht ihm vielmehr um die Schwächung der Arbeitnehmerbeteiligung in Europa und Deutschland. Die demokratische Legitimation der nationalen Arbeitnehmervertretungen in Europa soll in Frage gestellt werden. Auf diese Weise steht das gesamte System der nationalstaatlichen industriellen Beziehungen vor dem EuGH auf dem Prüfstand. Bislang sind die deutschen Gerichte –LG Landau[4], OLG Zweibrücken[5], LG Frankfurt[6], LG Berlin[7] und LG München I[8]– den Anträgen der bezeichneten Einzelpersonen jedoch nicht gefolgt und haben die Mitbestimmungsgesetze als europarechtskonform betrachtet. Anders nun das KG Berlin, das die Frage dem EuGH vorlegte.

4 LG Landau (Pfalz) vom 18.09.2013 – HKO 27/13 = ZIP 2013, S. 2107.
5 OLG Zweibrücken vom 20.02.2014 – 3 W 150/13 = ZIP 2014, S. 1224.
6 LG Frankfurt vom 16.02.2015 – 3-16 O 1/14 = ZIP 2015, S. 634. LG Frankfurt (Fall: Deutsche Börse) sieht keine Europarechtswidrigkeit des Gesetzes, sondern legt dieses europarechtskonform aus. Hierzu: Krause, ZIP 2015, 634 ff.
7 LG Berlin vom 01.06.2015 – 102 O 65/14 AktG, siehe Anlage.
8 LG München I vom 27.08.2015 – 5 HKO 20285/14 = ZIP 2015, S. 1929.

3 DIE VORLAGEFRAGE AN DEN EuGH LAUTET

Ist es mit Art. 18 AEUV (Diskriminierungsverbot) und Art. 45 AEUV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) vereinbar, dass ein Mitgliedstaat das aktive und passive Wahlrecht für die Vertreter der Arbeitnehmer in das Aufsichtsorgan eines Unternehmens nur solchen Arbeitnehmern einräumt, die in Betrieben des Unternehmens oder in Konzernunternehmen im Inland beschäftigt sind?

Diese Frage betrifft mithin die Praxis der Unternehmensmitbestimmung unabhängig von der Beteiligungsquote. Von der Entscheidung dürften zugleich auch andere EU-Mitgliedstaaten und deren Gesetze zur Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen betroffen sein, so z.B. Frankreich, Österreich, Schweden und die Niederlande. Kein Mitgliedstaat sieht bisher die automatische Beteiligung von Belegschaften im Ausland an Wahlen zu nationalen Arbeitnehmervertretungen vor. Die Mitsprache von Arbeitnehmern in Aufsichts- oder Verwaltungsräten, ist hierbei keine deutsche Eigenheit, sondern so weit verbreitet, dass sie als zentrale Komponente des europäischen Sozialmodells gelten kann.[9]

4 ARGUMENTE DER MITBESTIMMUNGSGEGNER

- Die Arbeitnehmerfreizügigkeit sei betroffen, weil die Arbeitnehmer wegen drohendem Verlust des aktiven und passiven Wahlrechts zum Aufsichtsrat oder einer etwaigen Mitgliedschaft im Aufsichtsrat von einem Wechsel ins Ausland abgehalten würden.
- Im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer des Konzerns würden aus Gründen der Staatsangehörigkeit (mittelbar) diskriminiert, da diesen weder das aktive noch das passive Wahlrecht zum Aufsichtsrat zustehe und sie somit nicht ausreichend repräsentiert würden, obwohl der Aufsichtsrat für den Gesamtkonzern weltweit zuständig ist.

5 WARUM DIE MITBESTIMMUNG MIT EUROPARECHT VEREINBAR IST

Die herrschende Meinung[10] und Rechtsprechung argumentiert überzeugend gegen die Annahme einer Europarechtswidrigkeit der Mitbestimmungsgesetze. Dem liegen vor allem die nachfolgenden Erwägungen zugrunde (siehe LG Berlin und Krause, AG 2012 jeweils in der Anlage):

- Der Gesetzgeber hat keine Regelungskompetenz zur Einbeziehung im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer (Territorialitätsprinzip). Er kann nicht Vorschriften zum Wahlrecht in anderen EU-Staaten erlassen. Außerhalb seiner Kompetenz kann er insofern auch keinen Verstoß gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot begehen. Grenzüberschreitende Sachverhalte können nur EU-weit geregelt werden. Das europarechtliche Diskriminierungsverbot hat zudem nicht die Funktion, arbeitsrechtliche Strukturentscheidungen, die in den jeweiligen Mitgliedstaaten unterschiedlich ausfallen dürfen und unterschiedlich ausgefallen sind, im Sinne einer negativen Integration abzuändern.
- Der berufliche Wechsel ins europäische Ausland ist eine Entscheidung, die mit erheblichen Veränderungen in vielfacher Hinsicht verbunden ist. Die Annahme, dass der Verlust der Einbeziehung in die Aufsichtsratswahl einen Arbeitsplatzwechsel im Konzern verhindern könnte, ist erkennbar abwegig. Die mögliche Beschränkung ist viel zu abstrakt und indirekt. Zudem ist der Grund für den Verlust der Wählbarkeit nicht der Grenzübertritt, sondern das Ende der Zugehörigkeit zum Betrieb. Würde dieses Argument der Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durchschlagen, könnten auch die nationalen Kündigungsschutzvorschriften gegen Europarecht verstoßen. Auch sie verliert man bei einem grenzüberschreitenden Wechsel des Arbeitsplatzes. [11]
- Zudem sind mangels Harmonisierung des Mitbestimmungsrechts in der EU nur die Mitgliedstaaten national verantwortlich für die Konfliktregelung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Die Unternehmensmitbestimmung ist nicht isoliert zu betrachten, sondern im Zusammenhang mit betrieblicher Mitbestimmung, Tarifrecht und Streikrecht. Man überlegt auch nicht, ob sich Arbeitnehmer beispielsweise in einem Tochterunternehmen eines französischen Unternehmens in Deutschland womöglich auf das französische Streikrecht berufen könnten.
- Das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV besagt, dass kein EU-Bürger aufgrund seiner Staatsangehörigkeit einem Inländer gegenüber schlechter gestellt werden darf. Eine solche Benachteiligung liegt nicht vor, da jeder im Betrieb unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit ein aktives und passives Wahlrecht hat.

---

9 Siehe hierzu: Conchon, Die Mitsprache der Arbeitnehmer in der Corporate Governance - Eine europäische Perspektive, abrufbar in englischer, französischer und deutscher Sprache unter: http://www.etui.org/Publications2/Reports/Workers-voice-in-corporate-governance.-A-European-perspective.

10 Umfassend hierzu Krause, AG 2012, S. 485, abgedruckt in der Anlage; Wißmann in: WWKK, MitbestR-Kommentar, 4. Auflage 2011, Vorbemerkung Rn. 63b; Seyboth in: European Sustainable Company: A stakeholder approach, Vol. II, S. 151, 161 ff. Kort, NJW-Editorial, 47/2015.

11 Vgl. diesbezüglich auch: EuGH vom 27.01.2000 – C-190/98, NZA 2000, S. 413.

6 ARBEITNEHMERBETEILIGUNG IM EUROPÄISCHEN RECHT

Auch die Europäischen Verträge beinhalten für die Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen eine Kompetenzgrundlage im Primärrecht. Die Mitbestimmung ist somit europarechtlich als Schutzziel im Bereich der Sozialpolitik anerkannt (Art. 151, Art. 153 Abs. 1 f. AEUV). Die Idee der Europäischen Verträge ist es, die Mitgliedstaaten bei ihren Bemühungen um die in nationaler Kompetenz verbliebene Arbeitnehmerbeteiligung zu unterstützen und zu ergänzen. Die Forderung des Europäischen Gewerkschaftsbundes (EGB) nach Europäischen Mindeststandards der Arbeitnehmerbeteiligung bei europäischen Regelungen gepaart mit dem Schutz nationaler Beteiligungsrechte greift dieses Modell auf (siehe dazu: Ein neuer Rahmen für mehr Demokratie bei der Arbeit, Entschließung des EGB-Exekutivausschusses am 21-22. Oktober 2014[12]). Darüber hinaus ist die einzelstaatliche Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen generell und die Mitbestimmung im Besonderen durch die Richtlinien zur Europäischen Aktiengesellschaft (SE), Europäischen Genossenschaft (SCE) und grenzüberschreitenden Verschmelzung, die auf die nationalen Vorschriften verweisen, auch in das europäische Sekundärrecht integriert – offenbar ohne die Vereinbarkeit mit Europarecht in Frage zu stellen. Die Tatsache, dass der europäische Gesetzgeber für die SE eigene Regelungen erlässt, zeigt dass er nationale Regelungen als solche akzeptiert.

7 MÖGLICHE ENTSCHEIDUNG DES EuGH

Eine Entscheidung des EuGH ist Anfang 2017 zu erwarten. Es ist derzeit nicht abzusehen, wie der EuGH entscheiden wird, wenngleich gute Argumente gegen eine Europarechtswidrigkeit sprechen. Im schlimmsten Fall würde die Entscheidung des EuGH zur Unanwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze bei grenzüberschreitend tätigen Unternehmen führen, was bis zum Wegfall der Arbeitnehmerbeteiligung im Unternehmensorgan reichen könnte.

8 MÖGLICHE FOLGEN FÜR ARBEITNEHMER IN DEUTSCHLAND UND EUROPA

Ein negatives Urteil hätte gravierende Folgen für die Unternehmensmitbestimmung sowie für die Arbeitnehmerbeteiligung in Europa insgesamt und damit für das gesamte Gefüge der industriellen Beziehungen in Deutschland und Europa.

Ein negatives Urteil des EuGH wäre ein Rückschritt auf dem Weg zu einem sozialen und demokratischen Europa. Die Mitbestimmungsgesetze zielen auf den Schutz der Arbeitnehmer ab. Es würde diesem Schutz widersprechen, wenn als Konsequenz die Mitbestimmung komplett unangewendet bliebe, was durch Art. 151 AEUV untermauert wird. Es wäre auch nicht einleuchtend bei einer Berufung auf Diskriminierung von Arbeitnehmerinteressen zu dem Ergebnis zu gelangen, wonach die Mitbestimmung aller Arbeitnehmer fortan suspendiert wäre. Aber auch, wenn der EuGH zu der („europarechtskonformen") Auslegung der Gesetze kommen sollte, dass ausländische Belegschaften von den gesetzlichen Wahlverfahren erfasst sind, so wäre völlig unklar, wie diese in der Praxis einzubeziehen wären. Hier stellen sich nämlich kaum lösbare rechtliche und tatsächliche Hürden.[13]

Die beschriebenen Auswirkungen beziehen sich keinesfalls nur auf Deutschland. 18 der 28 EU-Mitgliedstaaten haben ebenfalls Formen der Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen.[14] Keine dieser Regelungen enthält eine verbindliche Einbeziehung von Belegschaften in anderen EU-Mitgliedstaaten (Territorialität). Die Arbeits- und Sozialbeziehungen dieser Länder stünden vor denselben Problemen wie Deutschland. In der Konsequenz würde auch dort die Legitimation der nationalen Arbeitnehmervertretungen in Frage gestellt. Es ist zu erwarten, dass auch in diesen Staaten alsbald die For-

12 Entschließung des EGB-Exekutivausschuss vom 21.-22.10.2014, abrufbar unter: https://www.etuc.org/documents/towards-new-framework-more-democracy-work-etuc-resolution#.VmAyw01dFjq.

13 Vgl. hierzu: Wißmann, Öffnung der deutschen Unternehmensmitbestimmung nach Europa?, in FS Wank, 2014, S. 695 ff.

14 Siehe hierzu: Conchon, Die Mitsprache der Arbeitnehmer in der Corporate Governance - Eine europäische Perspektive, S. 13 ff., abrufbar in englischer, französischer und deutscher Sprache unter: http://www.etui.org/Publications2/Reports/Workers-voice-in-corporate-governance.-A-European-perspective.

derungen nach einer Abschaffung der Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen oder nach einer Einführung eines Verhandlungsmodells auf nationaler Ebene nach dem Vorbild der Europäischen Aktiengesellschaft gestellt werden. Letztlich stehen erheblich Teile der europäischen Sozialordnung zur Entscheidung durch den EuGH an.

9 ROLLE DER NATIONALEN REGIERUNGEN UND DER GEWERKSCHAFTEN

Um eine wirksame und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen und divergierende Auslegungen zu verhindern, bindet die Entscheidung des Gerichtshofes in einem Vorabentscheidungsverfahren faktisch andere nationale Gerichte und Regierungen, die mit demselben Problem befasst werden. Die Entscheidung des EuGH wird daher über den im Vorlagebeschluss bezeichneten Einzelfall sowie den deutschen Rechtskreis hinaus Relevanz entfalten. Entsprechend sieht das Verfahren vor dem EuGH vor, dass sich neben den Parteien des Ausgangsrechtsstreites, also des innerstaatlichen Verfahrens, unter anderem auch die EU-Kommission und sämtliche EU-Mitgliedsstaaten in dem Verfahren äußern können (Art. 96 EuGH-Verfahrensordnung). Die Stellungnahme muss dabei innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung durch den EuGH erfolgen (Art. 23 der EuGH-Satzung). Die Stellungnahme der Verfahrensbeteiligten sind die Grundlage für die Erstellung der Schlussanträge und der Entscheidung.

Regelmäßig nimmt die Regierung des Staates, aus dem die Vorlage kommt, schriftlich Stellung. Im vorliegenden Fall, sollten jedoch auch weitere Mitgliedstaaten mit Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen Stellung nehmen. Denn durch die Entscheidung des EuGH können, wie geschildert, (neben den deutschen) auch die Interessen anderer Mitgliedsstaaten betroffen sein. Parallel zu Deutschland haben weitere 18 der 28 EU-Mitgliedstaaten Formen der Arbeitnehmerbeteiligung in Unternehmensorganen. Diese wären größtenteils von einem negativen Urteil des EuGH ebenfalls betroffen. Die nationalen Gewerkschaftsbünde sollten daher prüfen, Kontakt mit ihren Regierungen aufzunehmen und für eine eigene Stellungnahme des jeweiligen Landes einzutreten.

Eine negative Entscheidung des EuGH könnte erhebliche Auswirkungen auf das nationale und europäische Sozialmodell, die jeweiligen Volkswirtschaften sowie auf die Leitungsstrukturen (Corporate Governance) mitbestimmter Unternehmen haben.[15] Schließlich gibt es auch keinen Automatismus zu einer Verhandlungslösung wie in der SE, wie dies mitbestimmungskritische Kreise anstreben. Die Verhandlungslösung löst keineswegs die rechtlichen und praktischen Probleme. Es wäre daher an den Parlamenten als Gesetzgeber, auf die Entscheidung des EuGH zu reagieren. Die nationalen Parlamente, aber auch das EU-Parlament, sind gefragt, das Verfahren kritisch zu begleiten.

15 Vgl. Conchon, Die Mitsprache der Arbeitnehmer in der Corporate Governance - Eine europäische Perspektive, S. 7 und 13 ff., die darlegt, dass die europäischen Volkswirtschaften sich durch eine Mitsprache der Arbeitnehmer in der Corporate Governace auszeichnen, abrufbar in englischer, französischer und deutscher Sprache unter: http://www.etui.org/Publications2/Reports/Workers-voice-in-corporate-governance.-A-European-perspective

ANLAGEN

Krause, AG 2012
LG Berlin

LINKS

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

Mit freundlicher Genehmigung der Verlages
Dr. Otto Schmidt KG für die Zeitschrift Die Aktiengesellschaft

*Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen**

Zur Bedeutung des Unionsrechts für die unternehmerische Mitbestimmung

Seit einiger Zeit wird die Ansicht vertreten, dass die Nichteinbeziehung von Auslandsbelegschaften in die deutsche Unternehmensmitbestimmung das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot verletzt sowie die Arbeitnehmer unzulässig in ihrer Freizügigkeit beschränkt. Der Beitrag sieht darin eine Überdehnung des europäischen Rechts. Die Struktur der kollektiven Arbeitsbeziehungen in transnationalen Unternehmen ist auf der Unionsebene durch Sekundärrechtsakte zu regeln, nicht aber durch Übergriffe einzelner Mitgliedstaaten in die fortbestehende Befugnis der anderen Mitgliedstaaten, über die auf ihrem eigenen Territorium geltende Ordnung des kollektiven Arbeitsrechts zu bestimmen.

* Der Verfasser dankt Herrn Professor Dr. Hellmut Wißmann, Präsident des BAG a.D., für weiterführende Hinweise.

I. Konturen der neuen Mitbestimmungsdiskussion

Die deutsche Unternehmensmitbestimmung steht seit einigen Jahren wieder im Rampenlicht der Fachöffentlichkeit. Nachdem die Auseinandersetzungen um die Verfassungskonformität des MitbestG[1] mit der Entscheidung des BVerfG von 1979[2] beendet wurden[3] und zwischenzeitlich eine weitgehende Befriedung („Dornröschenschlaf")[4] dieses wirtschafts- und sozialpolitisch verminten Gebiets konstatiert werden konnte,[5] ist seit rund zehn Jahren eine neue Debatte um die grundsätzliche Berechtigung und Ausgestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer entbrannt.[6] Konnte man nach einem ersten Höhepunkt Mitte des vergangenen Jahrzehnts[7] noch annehmen, dass das Interesse an der Unternehmensmitbestimmung angesichts des klaren Willens der deutschen Politik, sich dieses Themas nur bei einem (offenbar nicht erreichbaren) Konsens der Sozialpartner anzunehmen,[8] allmählich abflauen würde, zeigen neuere Entwicklungen, dass die Diskussion erneut an Fahrt aufgenommen hat. So sind sowohl aus Kreisen der Wissenschaft[9] als auch aus dem politischen Raum[10] konkrete Vorschläge für eine Weiterentwicklung der unternehmerischen Mitbestimmung vorgelegt worden.

Die Kritiker des gegenwärtigen deutschen Systems der Unternehmensmitbestimmung stützen sich hauptsächlich auf zwei Aspekte:[11] Zum einen wird vorgebracht, dass die Aufsichtsratsmitbestimmung den drastisch gestiegenen Anforderungen an eine effiziente und professionelle Corporate Governance[12] nicht (mehr) gerecht wird.[13] Zum anderen wird die mangelnde Rücksichtnahme der deutschen Regelungen auf die Internationalisierung der Wirtschaft sowie insbesondere auf die Entwicklungen auf der europäischen Ebene gerügt.[14] Da außer Zweifel steht, dass ein noch so hoher Reformdruck für sich genommen nicht dazu führt, geltendes Mitbestimmungsrecht außer Kraft zu setzen, hat der ganz überwiegende Teil der neueren Stellungnahmen erklärtermaßen eine rechtspolitische Stoßrichtung und plädiert für eine Veränderung des legislativen Rahmens. Die Plausibilität der Kritik an der Mitbestimmung hängt damit in erheblichem Maße an außerjuristischen (wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen) Erkenntnissen und Einschätzungen. Allerdings liefern weder modelltheoretische Überlegungen[15] noch die zahlreichen empirischen Untersuchungen zum Einfluss der un-

1 S. nur *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz („Kölner Gutachten"), 1977; *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe („Frankfurter Gutachten"), 1978.

2 BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290.

3 S. nur *Ulmer* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, Einleitung Rz. 67; *Wißmann* in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, Vorbemerkung Rz. 46.

4 So bildhaft *Henssler*, RdA 2005, 330.

5 Vgl. Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven, 1998; *Ulmer* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, Einleitung Rz. 66; *Wißmann* in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, Vorbemerkung Rz. 58; Analysen der Rechtsprechungsentwicklung bis zum Jahr 2000 bei *Henssler* in Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. II, 2000, S. 387 ff. und *Oetker*, ZGR 2000, 19 ff.

6 Als Initialzündung erscheint im Nachhinein der Beitrag von *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 271 ff. Zu Vorläufern *Hopt* in FS Everling, Bd. I, 1995, S. 475 (476 ff.); *Kübler* in FG Döser, 1999, S. 237 (240 ff.); *Raiser* in FS Kübler, 1997, S. 477 (487 ff.).

7 BDA/BDI (Hrsg.), Mitbestimmung modernisieren, Bericht der Kommission Mitbestimmung (2004); *Rieble*, Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, mit Beiträgen von *Rieble, Rebhahn, Thüsing* und *Neubürger*; *Henssler*, RdA 2005, 330 ff.; *Oetker*, RdA 2005, 338 ff.; Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung („Biedenkopf II"), 2006; *Raiser*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtliche Entwicklungen, Gutachten B zum 66. DJT (2006); Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Mitbestimmung im Unternehmen, Bitburger Gespräche – Jahrbuch 2006/I, 2006 mit Beiträgen von *Dieterich, di Fabio, Franz, Gentz, Henssler, Hexel, Junker, Köstler, Löwisch, Rieble* und *Weiss.*

8 S. den Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 11.11.2005, S. 31 („werden die – einvernehmlich erzielten – Ergebnisse der Kommission aufgreifen"); online abrufbar unter http://www.cdu.de/doc/pdf/05_11_11_Koalitionsvertrag.pdf.

9 Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung" (bestehend aus *Bachmann, Baums, Habersack, Henssler, Lutter, Oetker, Ulmer*), Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZIP 2009, 885 ff., s. dazu auch die Stellungnahmen von *Hommelhoff, Teichmann, Kraushaar* und *Hellwig/Behme*, ZIP 2009, 1785 ff., sowie die Beilage zu ZIP 48/2009 mit Beiträgen von *Habersack, Hanau, Jacobs, Teichmann* und *Veil*. Für eine grundsätzliche Neuorientierung mittels Ersetzung der Aufsichtsratsmitbestimmung durch einen sog. Konsultationsrat das „Berliner Netzwerk Corporate Governance" (bestehend aus *Kirchner, Säcker, Schwalbach, Schwark, v. Werder, Windbichler*), AG 2004, 200 f.; näher dazu *Kirchner*, AG 2004, 197 ff.

10 S. den Antrag der Fraktion der SPD, BT-Drucks. 17/2122 v. 16.6.2010. Dagegen behandelt der Vorschlag der Fraktion DIE LINKE lediglich das Sonderproblem der Behandlung von Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, BT-Drucks. 17/1413 v. 21.4.2010. Im Wesentlichen zustimmend *Sick*, GmbHR 2011, 1196 ff. Überwiegend kritische Stellungnahmen von *Merkt*, ZIP 2011, 1237 ff., und *Schockenhoff*, AG 2012, 185 ff.

11 Daneben schiebt sich das Spannungsverhältnis von Unternehmensmitbestimmung und privater Altersvorsorge zunehmend in den Vordergrund; vgl. dazu *M. Roth*, ZGR 2011, 516 (552 f.); s. auch *M. Roth*, European Business Organization Law Review 11 (2010), 51 ff.

12 Auch wenn die Begriffsbildung nicht völlig einheitlich ist, geht es im Kern doch um die Funktionsweise der Leitungsorgane, ihr Zusammenspiel und die Kontrolle ihres Verhaltens sowohl durch institutionelle Vorkehrungen als auch durch Marktkräfte, in diesem Sinne *Baums*, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, S. 6. Diffuser nunmehr die Europäische Kommission, die Corporate Governance offenbar in einen Zusammenhang mit Corporate Social Responsibility bringen will, vgl. Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen v. 5.4.2011, KOM (2011) 164 endg., S. 2, online abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:DE:PDF. Zu den verschiedenen Facetten von Corporate Governance weiterführend *Behrens* in 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* in FS Schwark, 2009, S. 707 (709 ff.); *von Rosen* in FS Schwark, 2009, S. 789 (797 ff.); *Säcker* in FS Richardi, 2007, S. 711 (719 ff.); *Säcker*, AG 2008, 17 (20 ff.); *Ulmer* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, Einleitung Rz. 70 f.; *v. Werder*, AG 2004, 166 (170 ff.).

14 *Henssler*, RdA 2005, 330 ff.; *Schwark*, AG 2004, 173 ff.; *Ulmer* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, Einleitung Rz. 72 ff.

15 Insoweit stehen sich im Wesentlichen die Property-Rights-Theorie und die Partizipationstheorie gegenüber; s. etwa *Eger/Nutzinger/Weise* in Ott/Schäfer, Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts, 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.; dazu auch *G. Roth*, ZGR 2005, 348 (360 ff.).

ternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf die Produktivität, die Rentabilität und die Kapitalmarktbewertung der betroffenen Unternehmen[16] allseits konsentierte Ergebnisse als Grundlage für eine Veränderung des Mitbestimmungsrechts.

Unmittelbar rechtliches Terrain wird dagegen mit der seit einiger Zeit zunehmend erörterten Frage betreten, ob die gegenwärtige Ausgestaltung der deutschen Unternehmensmitbestimmung mit europäischem Recht kollidiert. So mehren sich die Stimmen, die von einer Unionsrechtswidrigkeit der Unternehmensmitbestimmung bei solchen Gesellschaften bzw. Konzernen ausgehen, die im europäischen Ausland Arbeitnehmer beschäftigen,[17] wie es schon lange nicht nur bei wenigen Großunternehmen, sondern auch im Mittelstand verbreitet der Fall ist. Dieser Ansatz ist in seinen Konsequenzen erheblich gravierender als eine bloße Aufforderung an den deutschen Gesetzgeber, auf die Corporate-Governance-Bewegung sowie die Internationalisierung der Wirtschaft de lege ferenda mit einer Anpassung der normativen Vorgaben zu reagieren. Aus dem seit Jahrzehnten anerkannten Anwendungsvorrang des europäischen Rechts[18] wird nämlich bereits de lege lata gefolgert, dass die Vorschriften über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten von deutschen Unternehmen mit Beschäftigten in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, mit Ausnahme der als SE verfassten oder aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangenen Gesellschaften, bei Neuwahlen bis zu einer gesetzlichen Neuregelung insgesamt nicht mehr anzuwenden seien. Dementsprechend seien die Aufsichtsräte künftig nur noch mit Vertretern der Anteilseigner zu besetzen[19] oder die Arbeitnehmervertreter doch zumindest bei grenzüberschreitenden Angelegenheiten von jeder Mitwirkung ausgeschlossen.[20]

Wie die Protagonisten dieser Auffassung unumwunden zugeben, sind die praktischen Auswirkungen ihres Vorstoßes verheerend,[21] so dass Grund genug besteht, die Tragfähigkeit dieses Ansatzes näher zu untersuchen. Dies gilt umso mehr, als es sich nicht länger mehr nur um eine innerdeutsche Kontroverse handelt. Das Thema ist nämlich mittlerweile auch auf der europäischen Ebene angelangt. So hat sich die sog. „Reflection Group on the Future of EU Company Law“, eine auf Initiative der Europäischen Kommission gebildete Gruppe international ausgewiesener Experten, in ihrem Abschlussbericht kritisch zur derzeitigen Ausformung der deutschen Unternehmensmitbestimmung bei grenzüberschreitend tätigen Gesellschaften bzw. Konzernen geäußert und sogar ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland angeregt.[22] Zwar haben die Überlegungen dieser Expertengruppe keinen Eingang in das zeitgleich veröffentlichte Grünbuch der Kommission zu einem Europäischen Corporate-Governance-Rahmen gefunden.[23] Zudem hat die Kommission die auf die Unternehmensmitbestimmung bezogenen Überlegungen der „Reflection Group“ auf einer Konferenz im Mai 2011 in Brüssel zwar diskutieren lassen,[24] die Thematik in ihrem im Februar 2012 begonnenen Konsultationsverfahren über die Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts[25] aber nicht aufgegriffen. Dennoch kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Frage der Unionsrechtswidrigkeit einen zentralen Aspekt der deutschen Unternehmensmitbestimmung betrifft.

16 Vgl. *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*, Der Aufsichtsrat 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, Sonderheft 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*, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 226 (2006), S. 588 ff.; *Renaud*, Labour 21 (2007), 689 ff.; *Schmid*/*Seger*, Zeitschrift für Betriebswirtschaft 68 (1998), 453 ff.; *Vitols*, Ökonomische Auswirkungen der paritätischen Mitbestimmung: Eine ökonometrische Analyse, 2006; Auswertung der verschiedenen Studien u.a. bei *Höpner*, Unternehmensmitbestimmung unter Beschuss: Die Mitbestimmungsdebatte im Licht der sozialwissenschaftlichen Forschung, MPlfG Discussion Paper 04/8 (2004); *Jirjahn*, Sozialer Fortschritt 55 (2006), 215 (221 ff.); *Jirjahn*, Ökonomische Wirkungen der Mitbestimmung in Deutschland: Ein Update, 2010, S. 39 ff.; *Sadowski*/*Junkes*/*Lindenthal*, ZGR 2001, 110 (122 ff.); zur Auswirkung auf die Innovationskraft *Kraft*/*Stank*, Schmollers Jahrbuch 124 (2004), S. 421 ff.; *Kraft*/*Stank*/*Dewenter*, Cambridge Journal of Economics 35 (2011), 145 ff.; zur Auswirkung auf die Beschäftigungsdynamik *Werner*/*Zimmermann*, Industrielle Beziehungen 12 (2005), 339 ff.; zu den Ergebnissen einer Unternehmensbefragung *Stettes*, AG 2007, 611 ff.; monographisch *Hörisch*, Unternehmensmitbestimmung im nationalen und internationalen Vergleich, 2009.

17 Ausführlich *Hellwig*/*Behme*, AG 2009, 261 (264 ff.); monographisch *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 60 ff., 330 ff.; 703 ff., 735 ff.; ferner *Habersack*, AG 2007, 641 (648 f.); *Habersack*, AG 2009, 1 (12); *Habersack*, Beilage zu ZIP 48/2009, 1 (3 f.); *Hellwig*/*Behme*, ZIP 2009, 1791 (1793); *Hellwig*/*Behme*, ZIP 2010, 871 ff.; *Rieble*/*Latzel*, EuZA 2011, 145 (149 ff.); in diese Richtung auch *Henssler*, RdA 2005, 330 (331); *Heuschmid*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, 2009, S. 241 f.; *Raiser*/*Veil*, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl. 2009, § 5 MitbestG Rz. 29.

18 S. nur EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 – Costa/ENEL; v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 – Mangold – Rz. 77; v. 19.1.2010 – Rs. C-555/07, Slg. 2010, I-365 – Kücükdeveci – Rz. 51; BVerfG v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (301 f.); ebenso die Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte von Lissabon, ABl. EU Nr. C 115 v. 9.5.2008, 344; ferner *Oppermann*/*Classen*/*Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 10 Rz. 32 ff.; *Ruffert* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 1 AEUV Rz. 16; *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rz. 222 ff.

19 *Hellwig*/*Behme*, AG 2009, 261 (264 ff., 271); *Hellwig*/*Behme*, ZIP 2010, 871 (873); *Hellwig*/*Behme*, AG 2011, 740 (743); insoweit anders aber *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 740 ff., der auch ohne vorherige Neuregelung für eine Anwendung der deutschen Unternehmensmitbestimmung auf Auslandssachverhalte plädiert.

20 Dies erwägend *Rieble*/*Latzel*, EuZA 2011, 145 (166).

21 So ausdrücklich *Hellwig*/*Behme*, ZIP 2009, 1791 (1794); ebenso *Hellwig*/*Behme*, AG 2011, 740 (743).

22 Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, S. 53 f., online abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf. Positive Stellungnahme von *Hellwig*/*Behme*, AG 2011, 740 (742 ff.).

23 KOM (2011) 164 endg. v. 5.4.2011, online abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:DE:PDF.

24 S. die Referate von *Henssler* und *Malmberg*, online abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#consultation2012.

25 Online abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law_en.htm.

II. Ausgangspunkt: Nichteinbeziehung der im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer in die Aufsichtsratswahlen

Ausgangspunkt der These von der Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmung[26] ist die Reichweite des Wahlrechts im Hinblick auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Insoweit gehen die Rechtsprechung[27] und das herrschende Schrifttum[28] ganz überwiegend davon aus, dass nur diejenigen Arbeitnehmer über das aktive und passive Wahlrecht verfügen, die in inländischen Betrieben beschäftigt sind. Gestützt wird diese Ansicht auf den Wortlaut des MitbestG, dessen Systematik sowie nicht zuletzt auf den Willen des historischen Gesetzgebers, der in den Materialien explizit ausführt, dass die Beteiligungsrechte nur den Arbeitnehmern der in der Deutschland belegenen Betriebe von solchen Unternehmen zustehen, die im Inland den erforderlichen Schwellenwert überschreiten.[29] Hierzu gehören zwar auch solche Beschäftigten, die trotz tatsächlicher Tätigkeit im Ausland qua „Ausstrahlung" noch einem inländischen Betrieb zuzuordnen sind.[30] Ausgeschlossen bleiben hingegen sämtliche Arbeitnehmer, die als Ortskräfte dauerhaft in unselbständigen Zweigniederlassungen oder rechtlich verselbständigten Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen im Ausland tätig sind. Diejenigen Stimmen in der Literatur, nach denen auch die Arbeitnehmer von Auslandstochtergesellschaften[31] oder doch zumindest von rechtlich unselbständigen Auslandsniederlassungen[32] aktiv und passiv wahlberechtigt sein sollen, haben sich jedenfalls bislang nicht durchsetzen können. Dies gilt nach herrschender Ansicht unabhängig davon, wie viele Arbeitnehmer deutsche Konzerne im (europäischen) Ausland haben, also auch dann, wenn im Einzelfall der überwiegende Teil der Belegschaft nicht (mehr) in Deutschland beschäftigt ist.

Die Ausklammerung des im Ausland angesiedelten Teils der Gesellschafts- bzw. Konzernbelegschaft von den Aufsichtsratswahlen wird schon seit längerem als unbefriedigend empfunden.[33] Dies gilt sowohl für die Arbeitgeberseite[34] als auch für die Gewerkschaften,[35] auch wenn über die Art und Weise der Abhilfe keine Einigkeit besteht. Zwar kann schon jetzt eine gewisse Milderung dadurch herbeigeführt werden, dass die deutschen Gewerkschaften einen ausländischen Arbeitnehmervertreter gem. § 16 Abs. 2 Satz 1 MitbestG zur Wahl vorschlagen,[36] wozu es seinerzeit bei DaimlerChrysler gekommen ist[37] und wie es gegenwärtig bei Daimler und bei Opel praktiziert wird. Allerdings kann ein solches gentlemen's agreement das Problem der Repräsentation ausländischer Teilbelegschaften letztlich nicht lösen.[38]

Die erwähnte Kritik am gegenwärtigen System der Arbeitnehmerrepräsentation im mitbestimmten Aufsichtsrat lässt es freilich nicht bei einem bloßen Hinweis auf die Mängel des bestehenden Rechtszustands bewenden, sondern geht einen entscheidenden Schritt weiter, indem sie darin eine Verletzung von Unionsrecht sieht. Die Unionsrechtswidrigkeit soll sich im Wesentlichen aus zwei Überlegungen ergeben: Erstens aus einem Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu Lasten inländischer Arbeitnehmer (dazu III.) und zweitens aus einer Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer (dazu IV.). Dass ein und dieselbe Regelung sowohl Inländer als auch Ausländer benachteiligen soll, lässt aufhorchen. Allerdings ist dies dann nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn man die europarechtliche Messlatte an unterschiedliche Elemente und Wirkungen einer nationalen Regelung anlegt. Darüber hinaus werden vereinzelt auch die Niederlassungsfreiheit (dazu V.) und die Kapitalverkehrsfreiheit (dazu VI.) ins Spiel gebracht.

III. Zur Beschränkung der Freizügigkeit inländischer Arbeitnehmer

Die erste Argumentationslinie knüpft an die durch Art. 45 AEUV gewährleistete Arbeitnehmerfreizügigkeit an, bei der es sich um unmittelbar anwendbares Unionsrecht han-

26 Im Zentrum der Diskussion steht das MitbestG. Für die Mitbestimmung nach dem DrittelbG gelten die folgenden Darlegungen entsprechend.

27 LG Düsseldorf v. 5.6.1979 – 25 AktE 1/78, AG 1980, 83; LG Frankfurt/M. v. 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* in Staudinger, Neubearbeitung 1998, Internationales Gesellschaftsrecht Rz. 525 ff.; *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 3 MitbestG Rz. 36; *Kindler* in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2010, IntGesR Rz. 600 f.; *Koberski* in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, § 3 MitbestG Rz. 27 ff.; *Oetker* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 1999, § 5 MitbestG Rz. 33.

29 BT-Drucks. 7/4845 v. 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, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 3 MitbestG Rz. 38; *Raiser/Veil*, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl. 2009, § 1 MitbestG Rz. 20.

31 *Birk*, RIW 1975, 589 (596); *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444 (451 ff.); *Grasmann*, ZGR 1973, 317 (328 f.); *Reich/Lewerenz*, AuR 1976, 261 (264).

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

33 S. nur die Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung („Biedenkopf II"), 2006, S. 33 f.

34 BDA/BDI (Hrsg.), Mitbestimmung modernisieren, Bericht der Kommission Mitbestimmung (2004), S. 50 f.; ferner die Stellungnahme der Vertreter der Unternehmen zum Bericht der wissenschaftlichen Vertreter der Mitbestimmungskommission („Biedenkopf II"), 2006, S. 63.

35 Stellungnahme des DGB-Bundesvorstandes, Abt. Mitbestimmung und Rechtspolitik zu dem Bericht der „Kommission Mitbestimmung" von BDA und BDI (2004), S. 14 f., online abrufbar unter http://www.dgb.de/themen/++co++article-mediapool-3a97d875bdce81357ee6a2488ae88d13; ebenso die Stellungnahme der Vertreter der Arbeitnehmer zum Bericht der wissenschaftlichen Vertreter der Mitbestimmungskommission („Biedenkopf II"), 2006, S. 74; dazu auch *Seyboth*, AuR 2007, 15 (18); ferner *Klebe/Köstler* in FS Wißmann, 2005, S. 443 (449).

36 Zur Zulässigkeit etwa *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 16 MitbestG Rz. 4; *Wißmann* in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, § 7 MitbestG Rz. 38.

37 Vgl. *Gentz*, NZA 2000, 3 (5); näher *Zinger*, Die Internationalisierung der Belegschaften multinationaler Unternehmen mit Sitz in Deutschland, 2002, S. 227 f.

38 *Windbichler* in Jürgens/Sadowski/Schuppert/Weiss, Perspektiven der Corporate Governance, 2007, S. 282 (286).

delt[39] und die insbesondere auch den Zivilrechtsgesetzgeber bindet.[40]

1. Arbeitnehmerfreizügigkeit als Beschränkungsverbot

Diese Grundfreiheit enthält nicht allein ein Diskriminierungsverbot, das jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern hinsichtlich ihrer Arbeitsbedingungen untersagt (Art. 45 Abs. 2 AEUV).[41] Vielmehr wird Art. 45 AEUV vom EuGH spätestens seit dem Bosman-Urteil auch als Beschränkungsverbot verstanden, das nationalen Regelungen entgegenstehen kann, die zwar einheitlich angewendet werden, aber geeignet sind, die Ausübung der Freizügigkeit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.[42] Dies gilt nicht nur für Zuzugshindernisse, durch die ein nationaler Arbeitsmarkt abgeschottet wird,[43] sondern auch für Wegzugshindernisse, die dem Verlassen eines nationalen Arbeitsmarkts entgegenstehen und hierdurch die Arbeitnehmermobilität beeinträchtigen.[44] Dabei spielt es – anders als beim Diskriminierungsverbot des Art. 45 Abs. 2 AEUV bzw. der Art. 7 und 8 VO (EU) Nr. 492/2011[45] – keine Rolle, ob es sich bei den nationalen Bestimmungen im weitesten Sinne um Arbeitsbedingungen[46] handelt.[47]

2. Mitbestimmung als angebliche Beeinträchtigung von Inlandsmitarbeitern

Aus diesen vom EuGH entwickelten Grundsätzen wird nun ein Verstoß des deutschen Mitbestimmungsrechts gegen Unionsrecht unter dem Blickwinkel einer Beeinträchtigung von Inlandsarbeitnehmern abgeleitet.[48] Da ein bislang im Inland beschäftigter Arbeitnehmer mit dem dauerhaften Übertritt in eine ausländische Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft das aktive Wahlrecht verliert und insbesondere ein unternehmensangehöriges Aufsichtsratsmitglied gem. § 24 Abs. 1 MitbestG sein Mandat einbüßt, sei ein solcher Wechsel für den Arbeitnehmer nämlich unattraktiv und beschränke ihn somit in seiner Freizügigkeit, wofür es an einer hinreichenden Rechtfertigung fehle.[49]

3. Stellungnahme

Eine genauere Analyse belegt indes, dass die These einer Beeinträchtigung der Freizügigkeit der im Inland beschäftigten Arbeitnehmer durch die Ausgestaltung der Wahlvorschriften der deutschen Unternehmensmitbestimmung nicht überzeugen kann.[50] Es besteht nämlich Einigkeit darüber, dass die in der Weiterentwicklung von Art. 45 AEUV von einem Diskriminierungsverbot zu einem bloßen Beschränkungsverbot angelegte Uferlosigkeit des Schutzbereichs der Arbeitnehmerfreizügigkeit dazu zwingt, bereits den Tatbestand dieser Grundfreiheit sachgerecht zu begrenzen. So will eine im Schrifttum verbreitete Ansicht in Anlehnung an die Keck-Rechtsprechung des EuGH zur Reichweite der Warenverkehrsfreiheit[51] zwischen rechtfertigungsbedürftigen Berufszugangsbeschränkungen auf der einen Seite und nicht rechtfertigungsbedürftigen Berufsausübungsregelungen auf der anderen Seite unterscheiden.[52] Zwar hat es der EuGH selbst im Zusammenhang mit Art. 45 AEUV vermieden, unmittelbar auf seine Keck-Judikatur Bezug zu nehmen. Gleichwohl versucht er, bereits auf der Tatbestandsebene dem Problem zu begegnen, dass mit der Konzeption der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch als Beschränkungsverbot nicht nur neutrale (d.h. nichtdiskriminierende) *formale* Zugangsvoraussetzungen, sondern scheinbar auch neutrale *materielle* Vorschriften des mitgliedstaatlichen Rechts europarechtswidrig sind, sofern sie nicht gerechtfertigt werden können. So hat der EuGH in der Rechtssache Graf, in der es um den nach österreichischem Recht vorgesehenen Ausschluss einer Abfindung als Folge einer Eigenkündigung ging, davon gesprochen, dass der Eintritt der Voraussetzungen für den Erwerb der Abfindung „zu ungewiss“ und „zu indirekt“ sei, um einen Arbeitnehmer daran zu hindern oder davon abzuhalten, von seinem

39 S. nur EuGH v. 4.12.1974 – Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 – Van Duyn – Rz. 5/7; v. 11.1.2007 – Rs. C-208/05, Slg. 2007, I-213 – ITC – Rz. 67.

40 *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2011, Art. 45 AEUV Rz. 138 ff.

41 Dazu sogleich unter IV.

42 EuGH v. 15.12.1995 – Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4165 – Bosman – Rz. 92 ff.; ebenso EuGH v. 26.1.1999 – Rs. C-18/95, Slg. 1999, I-374 – Terhoeve – Rz. 37 ff.; v. 1.4.2008 – Rs. C-212/06, Slg. 2008, I-1683 – Gouvernement de la communauté francaise und Gouvernement wallon – Rz. 43 ff.; näher *Birk*, ZAS 1999, 1 (3 ff.); *Brechmann* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 45 AEUV Rz. 49 ff.; *Franzen* in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 AEUV Rz. 86 ff.; *Hilf/Pache*, NJW 1996, 1169 (1172); *Nettesheim*, NVwZ 1996, 342 f.; gegen die Einordnung der Arbeitnehmerfreizügigkeit als Beschränkungsverbot aber *Mülbert*, ZHR 159 (1995), 2 (32); für ein Verständnis aller Grundfreiheiten als transnationale Integrationsnormen eingehend ferner *Kingreen* in von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 705 (710 ff., 726 ff.).

43 Unter dem Blickwinkel einer Beeinträchtigung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern, aus dem Ausland zur deutschen Gesellschaft überzuwechseln, bestehen gegen die Beschränkung des Wahlrechts auf inländische Arbeitnehmer allerdings offenkundig keine Bedenken; s. etwa *Köster*, Unternehmensmitbestimmung in EG-Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2007, S. 195; *Schubert*, Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung, 1984, S. 99.

44 EuGH v. 15.12.1995 – Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4165 – Bosman – Rz. 94 ff.; v. 27.1.2000 – Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 – Graf – Rz. 21 ff.; v. 17.3.2005 – Rs. C-109/04, Slg. 2005, I-2421 – Kranemann – Rz. 25 f.

45 Früher Art. 7 und 8 (EWG) Nr. 1612/68.

46 Einschließlich der sozialrechtlichen und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen.

47 Vgl. etwa EuGH v. 2.10.2003 – Rs. C-232/01, Slg. 2003, I-11525 – van Lent – Rz. 14 f.

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

49 *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (268 f.); zust. *Rieble/Latzel*, EuZA 2011, 145 (158); ebenso wohl *Müller-Graff*, EWS 2009, 489 (497).

50 Abl. auch *Wißmann* in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, Vorbemerkung Rz. 63b; grds. skeptisch ferner *Teichmann*, Beilage zu ZIP 48/2009, 10 (12), der aber beim passiven Wahlrecht unionsrechtlich veranlasste Korrekturen für möglich hält, daselbst (Fn. 25).

51 EuGH v. 24.11.1993 – verb. Rs. C-267/91, Rs. C-268/91 – Slg. 1993, I-6097 – Keck und Mithouard – Rz. 15 ff.

52 Vgl. *Birk*, ZAS 1999, 1 (9 f.); *Franzen* in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 AEUV Rz. 90; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 274 ff.; *Nettesheim*, NVwZ 1996, 342 (344); *Reichold*, ZEuP 1998, 434 (447 ff.); *Schroeder*, JZ 1996, 254 (255); ähnlich *Schulte Westenberg*, Zur Bedeutung der *Keck*-Rechtsprechung für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, 2009, S. 175 ff.

Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen.[53] Wie Generalanwalt *Fennelly* klargestellt hat, geht es in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer als Folge eines grenzüberschreitenden Arbeitsplatzwechsels die mit einem bestimmten nationalen Arbeitsrechtsregime verbundenen Vergünstigungen verliert, letztlich darum, ob dieser Nachteil einer Marktzugangsverweigerung gleichkommt.[54]

Vor diesem Hintergrund kann man zunächst ausschließen, dass sich ein Arbeitnehmer die Chance auf einen beruflichen Aufstieg, der mit dem freiwilligen Wechsel in eine ausländische Niederlassung oder Tochtergesellschaft regelmäßig verbunden ist, nur deshalb entgehen lässt, weil er hierdurch die Möglichkeit der aktiven Teilnahme an Aufsichtsratswahlen einbüßt.[55] Dies gilt erst recht für die Überlegung, dass sich ein zunächst im Inland beschäftigter Arbeitnehmer deswegen nicht auf eine Tätigkeit in einer ausländischen Niederlassung oder Tochtergesellschaft einlässt, weil er befürchtet, dass bei einer Unternehmenskrise die deutschen Standorte gegenüber den ausländischen Standorten bevorzugt werden. Hierfür trifft das soeben erwähnte Diktum des EuGH in der Rechtssache Graf zu, dass ein solches Ereignis zu ungewiss und zu indirekt[56] ist, um freizügigkeitsrelevant zu sein.[57] Mit anderen Worten setzt die Regelung insoweit schon abstrakt keine Verhaltensanreize, die der Verwirklichung eines gemeinsamen Arbeitsmarkts entgegenstehen.[58]

Eine tatsächliche Motivationswirkung ist daher von vornherein nur in den Fällen denkbar, in denen ein Auslandseinsatz zu einem Mandatsverlust führen würde. Auch in diesem Fall fehlt es indes an einem spezifischen Zusammenhang zwischen der Reichweite der deutschen Unternehmensmitbestimmung und der Verwirklichung des Binnenmarkts als Ziel der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Das Mandatsende kann nicht als Hindernis gerade für eine grenzüberschreitende Arbeitnehmermobilität[59] qualifiziert werden. Dies zeigt folgende Kontrollüberlegung: So erlischt das Mandat eines unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieds mit jeder Beendigung seines Arbeitsverhältnisses.[60] Hierfür spielt es keine Rolle, ob der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis beendet, um sich vorzeitig in den Ruhestand zu begeben, in die Dienste eines anderen inländischen oder ausländischen Unternehmen zu treten, zum Organmitglied aufzusteigen[61] oder dauerhaft[62] in eine ausländische Niederlassung oder Tochtergesellschaft desselben Unternehmens überzuwechseln. Der zuletzt genannte Fall, auf die sich die Kritik konzentriert, ist daher nur eine Konstellation unter vielen anderen, die zu einem Mandatsverlust führt. Der entscheidende Grund für ein Erlöschen des Mandats ist also nicht der Grenzübertritt, sondern das Ende der Zugehörigkeit (als Arbeitnehmer) zu einem im Inland gelegenen Betrieb. Zwar macht der Mandatsverlust bei einer rein begrifflichen Betrachtungsweise den Wechsel zu einem ausländischen Konkurrenten „weniger attraktiv". Dennoch versteht es sich von selbst, dass ein zuvor im Inland beschäftigter Arbeitnehmer sein Aufsichtsratsmandat in einem solchen Fall nicht deshalb behalten darf, um den grenzüberschreitenden Arbeitsplatzwechsel nicht zu behindern. Warum dies unter der im vorliegenden Zusammenhang allein maßgeblichen Binnenmarktperspektive bei einem dauerhaften Wechsel zu einer ausländischen Niederlassung oder Tochtergesellschaft anders sein soll, ist nicht ersichtlich. Insoweit gilt nichts anderes als beim Verlust des deutschen Kündigungsschutzes, zu dem es (vorbehaltlich einer Verweisung auf das deutsche Arbeitsrecht) bei einem dauerhaften Wechsel etwa nach Dänemark oder nach Großbritannien regelmäßig kommt[63] und der nicht als Beschränkung des Zugangs zum dänischen bzw. britischen Arbeitsmarkt begriffen werden kann.

Allgemeiner gesagt können die jeweiligen nationalen Arbeitsrechtsregime nicht als rechtfertigungsbedürftige „Wegzugssperre" aufgefasst werden, auch wenn es nicht ausgeschlossen ist, dass Arbeitnehmer den Verlust eines hohen mitgliedstaatlichen Schutzniveaus bei einem grenzüberschreitenden Arbeitsplatzwechsel ins Kalkül ziehen. Die jeweiligen Rechtsrahmen zählen zu den Standortbedingungen, die von Wanderarbeitnehmern als Destinatäre der Arbeitnehmerfreizügigkeit bei ihrer Standortwahl in Kauf genommen werden müssen und die nicht nachträglich unter Berufung auf eine angebliche Beschränkung ihrer Freizügigkeit in Frage gestellt werden können.[64] Solange sich ein materielles Schutzgefälle nicht als Zugangshindernis zu einem mitgliedstaatlichen Teilarbeitsmarkt darstellt, fällt es schon tatbestandsmäßig nicht unter das Beschränkungsverbot. Anders gewendet besteht die Funktion von Art. 45 AEUV nicht darin, die Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtsordnungen einzuebnen,[65] sondern Marktgleichheit und Marktfreiheit zu ge-

53 EuGH v. 27.1.2000 – Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 – Graf – Rz. 24 f.
54 Schlussanträge v. 16.9.1999 in der Rs. C-198/98, Slg. 2000, I-493 – Graf – Rz. 31 f. In diesem Sinne auch *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2011, Art. 45 AEUV Rz. 227 „spezifisch den Zugang behindernde Regelungen".
55 So aber *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 113 ff., 142; nicht eindeutig *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (268 f.).
56 Zur Interpretation dieser Kriterien *Deckert/Schroeder*, JZ 2001, 88 (90).
57 EuGH v. 27.1.2000 – Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 – Graf – Rz. 24 f.
58 Zu diesem Kriterium *Thomas*, NVwZ 2009, 1202 (1206).
59 Zu diesem Erfordernis *Roloff*, Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit) und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht, 2003, S. 151 f.
60 *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 24 MitbestG Rz. 7; *Wißmann* in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, § 24 MitbestG Rz. 10.
61 Zum Mandatsverlust in diesem Fall s. *Henssler* in Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 24 MitbestG Rz. 7.
62 Anderenfalls liegt nur eine „Ausstrahlung" vor, die das Mandat unberührt lässt.
63 S. Art. 3 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 2 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I-Verordnung).
64 GA Fennelly, Schlussanträge v. 16.9.1999 in der Rs. C-198/98, Slg. 2000, I-493 – Graf – Rz. 32; ebenso *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2011, Art. 45 AEUV Rz. 286.
65 EuGH v. 21.10.1975 – Rs. 24/75, Slg. 1978, 1489 – Kenny/Insurance Officer – Rz. 18/20; v. 27.9.1988 – Rs. 313/86, Slg. 1988, 5391 – Lenoir/Caisse d'allocations familiales des Alpes-Maritimes – Rz. 15; *Birk*, ZAS 1999, 1 (5).

währleisten.[66] Wenn also den Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse den in Deutschland belegenen Betrieben deutscher Unternehmen zugeordnet sind, Mitbestimmungsrechte zustehen, während dies bei den Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse ausländischen Niederlassungen bzw. Auslandsgesellschaften zugeordnet sind, nicht der Fall ist, kommt darin letztlich die unterschiedliche Ausgestaltung der jeweiligen nationalen Arbeitsrechtsregime zum Ausdruck, die für sich genommen die Freiheit von Wanderarbeitnehmern, sich unter ein anderes Regime zu begeben, nicht tangiert. Eine Sichtweise, die einen unterschiedlichen Standard des arbeitsrechtlichen Schutzniveaus als rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Freiheit der Arbeitnehmer begreift, aus einem Mitgliedstaat mit einem höheren Niveau in einen Mitgliedstaat mit einem niedrigeren Niveau überzuwechseln, würde im Übrigen mit den diversen arbeitsrechtlichen Richtlinien kollidieren, die von der grundsätzlichen Möglichkeit ausgehen, dass sich einzelne Mitgliedstaaten jenseits einer Mindestharmonisierung für einen höheren Schutzstandard entscheiden.[67]

An alledem ändert auch der Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des EuGH[68] nichts, nach der die Arbeitnehmerfreizügigkeit vor dem Verlust sozialer Vergünstigungen als Folge einer Tätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten schützt.[69] In jenen Fällen ging es stets darum, dass Wanderarbeitnehmer, die im Verlaufe ihres Berufslebens in mehr als einem Mitgliedstaat beschäftigt gewesen sind und somit von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, nicht schlechter gestellt werden sollen als solche Arbeitnehmer, die ihre gesamte berufliche Laufbahn in einem einzigen Mitgliedstaat zurückgelegt haben. Diese Judikatur hat mit dem Mandatsverlust eines unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieds, zu dem es bei jeder Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt, nichts zu tun. Dass der Verlust eines Aufsichtsratsmandats einen Arbeitnehmer härter treffen kann als der Verlust sonstiger Arbeitnehmerrechte, ist nicht zu bestreiten, spielt aber keine Rolle, weil das passive Wahlrecht der unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder keine Rechtsposition ist, die unter dem Blickwinkel einer Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit von der fortdauernden Legitimation durch diejenigen Arbeitnehmer abgekoppelt werden kann, denen das aktive Wahlrecht zusteht. Das Aufsichtsratsmandat ist ein fremdnütziges Amt und keine eigennützige Stellung, die demjenigen, der es einmal in diese Position geschafft hat, gleichsam als Hausgut zusteht und deshalb freizügigkeitsrechtlich umfassend abgesichert ist.

Im Übrigen könnte im umgekehrten Fall ein französischer Arbeitnehmer, der von einer französischen Muttergesellschaft zu einer deutschen Tochtergesellschaft wechselt, die Rechtswidrigkeit nicht gewerkschaftlich organisierter Streiks in Deutschland[70] ebenso nicht mit der Begründung in Frage stellen, dass sie ihn bei einem Arbeitskonflikt schlechter stellt, einen Wechsel deshalb „weniger attraktiv“ macht und sich somit zumindest für französische Arbeitnehmer als „Zuzugssperre“ darstellt. Wenn die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 (Rom II-Verordnung) für die Frage der Haftung für Schäden aus bevorstehenden oder durchgeführten Arbeitskampfmaßnahmen aus guten Gründen an das Recht anknüpft, in dem die Arbeitskampfmaßnahme erfolgen soll oder erfolgt ist, wäre es eine Verkennung der Funktion von Art. 45 AEUV, in diesem Grundsatz eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für diejenigen Beschäftigten zu sehen, die in ein rigideres Arbeitskampfregime wechseln.

IV. Zur Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer

Die zweite Argumentationslinie betrifft die Frage einer Diskriminierung ausländischer Arbeitnehmer. Allerdings besteht Uneinigkeit darüber, welche konkrete Regelung als Prüfungsmaßstab heranzuziehen ist. So nimmt ein Teil der Literatur die Ausgestaltung der Unternehmensmitbestimmung sowohl aus dem Anwendungsbereich von Art. 45 Abs. 2 AEUV als auch von Art. 8 VO (EU) Nr. 492/2011 heraus und will stattdessen auf das allgemeine Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit gem. Art. 18 AEUV zurückgreifen.[71] Andere Stimmen stufen die Aufsichtsratsmitbestimmung der Arbeitnehmer dagegen als „sonstige Arbeitsbedingung“ i.S.v. Art. 45 Abs. 2 AEUV ein und gelangen aufgrund des Vorrangs von Art. 45 AEUV gegenüber Art. 18 AEUV[72] somit grundsätzlich zum freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot,[73] was angesichts des weiten Verständnisses von Art. 8 (EWG) Nr. 1612/68 (nunmehr Art. 8 VO (EU) Nr. 492/2011) durch den EuGH[74] für sich genommen überzeugt.[75] Darüber hinaus wird die Existenz eines allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatzes der Betroffenen-

66 Zur Binnenmarktorientierung der Grundfreiheiten *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, 2000, S. 41 ff.

67 Z.B. Art. 5 Massenentlassungs-RL 98/59/EG, Art. 8 Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG, Art. 9 Leiharbeits-RL 2008/104/EG.

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

69 In diese Richtung aber *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 113.

70 S. nur *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 6 Rz. 22 ff.

71 So *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (264 f.); ansatzweise bereits *Steindorff*, ZHR 141 (1977), 457 (460 f.).

72 S. nur EuGH v. 23.2.1994 – Rs. C-419/92, Slg. 1994, I-505 – Scholz – Rz. 6; v. 25.6.1997 – Rs. C-131/96, Slg. 1997, I-3659 – Mora Romero – Rz. 10 ff.; v. 29.4.2004 – Rs. C-387/01, Slg. 2004, I-4981 – Weigel – Rz. 57 ff.; *Franzen* in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 AEUV Rz. 5.

73 So *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 138 ff.; *Rieble/Latzel*, EuZA 2011, 145 (155 f.), für einen Rekurs auf Art. 18 AEUV aber daselbst (151); nicht eindeutig ferner *Habersack*, AG 2007, 641 (648).

74 Vgl. EuGH v. 4.7.1991 – Rs. C-213/90, Slg. 1991, I-3507 – ASTI I – Rz. 20 f.; v. 18.5.1994 – Rs. C-213/90, Slg. 1994, I-1891 – ASTI II – Rz. 5 ff.; v. 16.9.2004 – Rs. C-465/01, Slg. 2004, I-8291 – Kommission/Österreich – Rz. 30 ff.

75 Ebenso *Birk*, RIW 1989, 6 (12); *Coester/Denkhaus*, EAS, 1999, B 2100 Rz. 6; *Franzen* in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45

beteiligung behauptet, an dem sich alle mitgliedstaatlichen Mitbestimmungsregelungen messen lassen müssten.[76]

1. Mitbestimmungsrecht als vermeintliche Diskriminierung von Auslandsmitarbeitern

Trotz dieser Abweichungen beim Zugang laufen alle Ansätze auf eine im Wesentlichen gleiche Gedankenführung hinaus: Das deutsche Mitbestimmungsrecht klammere zwar Ausländer als solche nicht aus. Durch die Anknüpfung des aktiven und passiven Wahlrechts an den Arbeitsort würden aber überproportional viele ausländische Arbeitnehmer nachteilig betroffen. Weiter umfasse das Diskriminierungsverbot auch mittelbare Diskriminierungen. Demnach liege in der Beschränkung des aktiven und passiven Wahlrechts auf in Deutschland tätige Arbeitnehmer bereits als solche eine unzulässige Diskriminierung der Auslandsbeschäftigten deutscher Gesellschaften bzw. Konzerne, weil hierfür keine Rechtfertigung gegeben werden könne. Diese formale Diskriminierung setze sich in einer materiellen Diskriminierung der ausländischen Belegschaften fort, weil die deutschen Arbeitnehmervertreter bei Verteilungskonflikten ihr Gewicht regelmäßig zugunsten der im Inland tätigen Arbeitnehmer in die Waagschale werfen und damit die ausländischen Arbeitnehmer benachteiligen würden („deutschtümelnde Mitbestimmungsunwucht“).[77]

2. Kein umfassendes Harmonisierungsgebot

Einhellig anerkannter Ausgangspunkt ist, dass das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot die Mitgliedstaaten nicht zu einer umfassenden Harmonisierung ihrer Rechtsordnungen zwingt.[78] Anderenfalls würde die den Mitgliedstaaten nach dem Unionsrecht verbleibende Gesetzgebungskompetenz ausgehöhlt werden. Zudem fehlt es an einem übergreifenden Maßstab für die Frage, welcher Mitgliedstaat den Standard vorgibt, an den sich die anderen Mitgliedstaaten zu halten haben. Der schlichte Umstand, dass die nationalen Rechtsordnungen ein unterschiedliches Niveau der unternehmerischen Mitbestimmung aufweisen, stellt daher keinen Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit dar. Mit dieser Überlegung allein kann man den Vorwurf einer Diskriminierung durch Ausklammerung der Auslandsbelegschaften freilich noch nicht ausräumen,[79] weil es nicht um den allgemeinen Mitbestimmungsstandard in anderen Mitgliedstaaten geht, den man dem deutschen Gesetzgeber unstreitig nicht anlasten kann, sondern nur um die Reichweite des Wahlrechts in deutschen Unternehmen bzw. Konzernen mit grenzüberschreitender Struktur. Damit ist das Problem freilich nur eingekreist, nicht aber gelöst.

3. Fehlende bzw. eingeschränkte Binnenmarktrelevanz

So ist durchaus fraglich, ob man es beim aktiven und passiven Wahlrecht im Hinblick auf die im Ausland tätigen Arbeitnehmer überhaupt mit einer Angelegenheit zu tun hat, die Binnenmarktrelevanz aufweist,[80] weil nur in diesem Fall das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot zum Tragen kommt.[81] So ist selbst bei einem Vertreter der These von der Unionswidrigkeit der deutschen Mitbestimmung davon die Rede, dass in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer im selben Mitgliedstaat sein Arbeitsverhältnis ausübt, in dem sein Arbeitgeber ansässig ist, ein reiner Inlandssachverhalt vorliegt.[82] Um eine solche Konstellation handelt es sich indes zumindest prima facie bei denjenigen Arbeitnehmern, die bei einer rechtlichen selbständigen Auslandsgesellschaft beschäftigt sind. Wenn eine solche etwa in Frankreich ansässige Gesellschaft nicht konzerniert ist und ein deutscher Kunde einen Großauftrag nur dann erteilen will, wenn die Arbeitskosten massiv gesenkt werden, kann dieser Umstand sicherlich nicht dazu führen, dass die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten nunmehr einen transnationalen Charakter erhalten. Es bedürfte daher der Begründung, warum allein der Erwerb der Kontrollmehrheit an der französischen Gesellschaft durch eine deutsche Gesellschaft die Tätigkeitsverhältnisse der Arbeitnehmer nunmehr zu einem Binnenmarktsachverhalt umformt, der einem Zugriff durch das europarechtliche Diskriminierungsverbot zugänglich ist. Dass auf diese Weise ein gesellschaftsrechtlicher Einfluss entsteht, der die mitgliedstaatlichen Grenzen überschreitet, ist evident. Aus dieser auf der Ebene des Gesellschaftsrechts angesiedelten Binnenmarktrelevanz ergibt sich indes zumindest nicht zwangsläufig, dass auch die Arbeitsverhältnisse der reinen Auslandsbeschäftigten, die weder selbst einen Grenzübertritt erwägen noch mit einem ausländischen Arbeitgeber rechtlich verbunden sind, die erforderliche Binnenmarktrelevanz aufweisen.[83] Sofern man trotz dieses Umstands von einem Binnenmarktsachverhalt ausgeht, sollte man sich zumindest darüber im Klaren sein, dass sich der grenzüberschreitende Charakter weder aus einem Handeln der im Ausland tätigen Arbeitnehmer noch aus einem Handeln des deutschen Gesetzgebers ergibt,[84] sondern allein aus einem Handeln

76 *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 100 ff.; *Rieble/Latzel*, EuZA 2011, 145 (158 ff.).

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

78 *Hellwig/Behme*, ZIP 2010, 871 (872); *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 239 ff.; ferner etwa EuGH v. 21.10.1975 – Rs. 24/75, Slg. 1978, 1489 – Kenny/Insurance Officer – Rz. 18/20; *von Bogdandy* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2011, Art. 18 AEUV Rz. 9 u. 53; *Epiney* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 18 AEUV Rz. 10; *Fastenrath*, JZ 1987, 170 (171).

79 So tendenziell aber *Teichmann*, Beilage zu ZIP 48/2009, 10 (11).

80 Zum Ausschluss reiner Inlandssachverhalte aus dem Anwendungsbereich der europarechtlichen Diskriminierungsverbote s. nur *Epiney* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 18 AEUV Rz. 31 f. m.w.N.

81 Insoweit skeptisch offenbar auch *Wißmann* in Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, Vorbemerkung Rz. 63b.

82 *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 87.

83 In diesem Sinne auch *Nienerza*, Unternehmerische Mitbestimmung in grenzüberschreitenden Konzernen, 2005, S. 63.

84 Anders *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 104 f., der den grenzüberschreitenden Charakter aus der Einbeziehung von *deutschen* Tochtergesellschaften durch das Mit-

der Unternehmen. Schon dies wirft die Frage auf, ob sich eine auf das europäische Recht gestützte Argumentation auf dem richtigen Weg befindet, die darauf hinausläuft, dass Unternehmen durch den Erwerb bzw. die Veräußerung von Kontrollmehrheiten an Auslandsgesellschaften das gerade auf die Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer bezogene Diskriminierungsverbot aktivieren und hierdurch die unternehmerische Mitbestimmung an- und ausknipsen können wie eine Taschenlampe.

4. Begrenzte Rechtsetzungskompetenz des deutschen Gesetzgebers

Ein weiterer Einwand gegen die Wertung der Ausklammerung ausländischer Belegschaften in die deutsche Mitbestimmungsgesetzgebung als unionsrechtswidrig resultiert aus der Sichtweise des EuGH, nach der die Grenzen der Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten zugleich die Grenzen des Diskriminierungsverbots markieren.[85] So hat der EuGH der Sache nach ausgeführt, dass mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften nicht deshalb als diskriminierend beanstandet werden können, weil sie keine Sachverhalte einbeziehen, die außerhalb der Hoheitsgewalt des jeweiligen Mitgliedstaats liegen.[86] Damit ist das Problem angesprochen, welche Möglichkeiten dem deutschen Gesetzgeber nach den Regeln des Völkerrechts überhaupt zur Verfügung stehen, die Unternehmensmitbestimmung auf Auslandsbelegschaften auszudehnen. In dieser – häufig unter dem Stichwort des „Territorialitätsprinzips" diskutierten – Frage ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:[87] Auf der einen Seite kann sich eine inländische Regelung durchaus auf Auslandssachverhalte erstrecken, sofern ein „genuine link", also eine hinreichende Beziehung, vorhanden ist. Auf der anderen Seite ist die „genuine-link-Doktrin" kein Freibrief, um den grundsätzlich einer ausländischen Staatsgewalt unterliegenden Rechtssubjekten aus dem Inland heraus rechtliche Pflichten aufzuerlegen und damit in die Souveränität des anderen Staats einzugreifen. So akzeptiert das Völkerrecht nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen den Durchgriff auf ausländische Konzerngesellschaften als Verpflichtungsadressaten, sofern man dies nicht sogar völlig verneint.[88]

Vor diesem Hintergrund sieht ein Teil des Schrifttums zwar keine Probleme in der Einbeziehung der Arbeitnehmer ausländischer Tochtergesellschaften in die deutsche Mitbestimmung.[89] Dahinter steht die Vorstellung, dass es lediglich darum geht, den im Ausland tätigen Arbeitnehmern mit dem aktiven und passiven Wahlrecht eine vorteilhafte Rechtsposition zuzuerkennen. Diese Sichtweise greift freilich zu kurz. Vielmehr werden – wie die komplexen Wahlordnungen zum MitbestG in aller Deutlichkeit zeigen – der für die Durchführung der Wahl verantwortlichen Arbeitgeberseite zwangsläufig erhebliche Lasten auferlegt. Es ist daher zumindest zweifelhaft, ob der deutsche Gesetzgeber ausländischen Gesellschaften diese Lasten als gerichtlich durchsetzbare Rechtspflichten nur deshalb aufbürden darf, weil sie von deutschen Muttergesellschaften beherrscht werden.[90] Dass der private unternehmerische Einfluss an Staatsgrenzen nicht Halt macht, bedeutet nicht, dass auch der staatliche Einfluss entsprechend weit reicht.[91] Diesem Problem kann man nicht dadurch entrinnen, dass man den deutschen Gesetzgeber dazu anhält, eine Verhandlungslösung zu schaffen, aufgrund derer die Vertreter der gesamten Arbeitnehmerschaft des Unternehmens bzw. Konzerns mit der Arbeitgeberseite eine Mitbestimmungsvereinbarung treffen.[92] Auch bei diesem Ansatz bedarf es nämlich einer staatlichen Rahmenregelung, die insbesondere festlegt, auf welche Weise die Auslandsbelegschaften vertreten werden sollen. Angesichts der großen Unterschiede in der Struktur der kollektiven Vertretung von Arbeitnehmerinteressen in den einzelnen Mitgliedstaaten könnten nicht etwa die deutschen Repräsentationsstrukturen unbesehen auf Auslandsgesellschaften übertragen werden. Der Rekurs auf die Mechanismen, die sich in der SE-Beteiligungsrichtlinie finden[93] und die auch für die internationale Verschmelzung gelten,[94] ist ebenfalls kein Ausweg.[95] Aus dem Umstand, dass sich die Mitgliedstaaten für bestimmte Fälle auf eine transnationale Regelung der Unternehmensmitbestimmung geeinigt haben, ergibt sich daraus für keinen Mitgliedstaat die Rechtsmacht, diese Regelungen über die Köpfe der anderen Mitgliedstaaten hinweg auf andere Konstellationen auszudehnen.[96] Wenn aber der deutsche Gesetzgeber schon grundsätzlich daran gehindert ist, in die Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union durch Wahlvorschriften detailliert hineinzuregieren,[97] kann eine dementsprechende Zurückhaltung nicht als unionsrechtlich unzulässige Diskriminierung gewertet werden.[98]

---

bestG herzuleiten versucht, obwohl der deutsche Gesetzgeber *ausländische* Tochtergesellschaften gerade ausgeklammert hat.

85 Dazu näher *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 111 f.

86 Vgl. EuGH v. 14.7.1994 – Rs. C-379/92, Slg. 1994, I-3453 – Peralta – Rz. 47.

87 Eingehend *Ziegenhain*, Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses, 1992, S. 1 ff., 21 ff.

88 Gänzlich abl. etwa *F.A. Mann*, SJZ 82 (1986), 21 (26); näher *Meng*, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1993, S. 509 ff.

89 So schon *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444 (453); *Duden*, ZHR 141 (1977), 145 (182); *Heuschmid*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, 2009, S. 239 ff.; *Lutter*, ZGR 1977, 195 (208); *Steindorff*, ZHR 141 (1977), 457 (459 f.); ferner *Großfeld* in Staudinger, Neubearbeitung 1998, Internationales Gesellschaftsrecht Rz. 525.

90 Abl. etwa Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung („Biedenkopf II"), 2006, S. 36; *Henssler* in GS Heinze, 2005, S. 333 (342); *Jacobs*, Beilage zu ZIP 48/2009, 18 (21); *Lubitz*, Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung, 2005, S. 142; ebenso *Habersack*, AG 2007, 641 (648); zweifelnd auch *Bellstedt*, BB 1977, 1326 (1328).

91 So aber offenbar *Rieble/Latzel*, EuZA 2011, 145 (161).

92 So indes *Habersack*, AG 2007, 641 (648 f.); in diese Richtung auch *Hommelhoff*, ZGR 2010, 48 (62).

93 Art. 3 RL 2001/86/EG.

94 Art. 16 Abs. 3 RL 2005/56/EG.

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

96 Nicht überzeugend daher *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 365 ff.

97 Gleichsinnig *Hommelhoff*, ZGR 2010, 48 (61).

98 Anders *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (265 ff.); *Rieble/Latzel*, Eu-

Eine Anknüpfung an die Konzernleitungsmacht der deutschen Muttergesellschaft[99] wäre dem Einwand mangelnder Regelungsbefugnis zwar nicht ausgesetzt, ist aber von vornherein nur in bestimmten Konstellationen möglich[100] und würde dadurch neue Ungleichheiten schaffen. Dasselbe gilt für eine Differenzierung in dem Sinne, dass lediglich die dauerhaft bei unselbständigen Auslandsniederlassungen tätigen Beschäftigten in die deutsche Unternehmensmitbestimmung einbezogen werden, zumal es sich angesichts der Üblichkeit der Gründung von Auslandsgesellschaften nur um eine Randkorrektur handeln würde. Weiter würde eine schlichte Öffnung der deutschen Mitbestimmungsgesetze, die es den Vertretern der im Inland tätigen Arbeitnehmer erlauben würde, durch eine Vereinbarung unter Einbeziehung der Auslandsarbeitgeber den im Ausland beschäftigten Arbeitnehmern das aktive und passive Wahlrecht einzuräumen, fremde Souveränitätsansprüche nicht tangieren.[101] Der bloße Umstand, dass der deutsche Gesetzgeber ein an sich zwingendes Gesetz nicht ausdrücklich um dispositive Elemente ergänzt, um der Arbeitgeberseite und der (deutschen) Arbeitnehmerseite eine in ihrem Belieben stehende Vereinbarung zugunsten der ausländischen Arbeitnehmer zu ermöglichen, lässt sich indes nicht als europarechtlich verbotene Diskriminierung dieser Beschäftigten werten.

5. Besonderheiten bei lediglich mittelbaren Diskriminierungen

Schließlich geht es bei der Ausklammerung von Auslandsbelegschaften unstreitig nicht um eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit, sondern allenfalls um eine mittelbare („verschleierte") Diskriminierung. Insoweit lässt sich in einem ersten Zugriff nicht bestreiten, dass die Anknüpfung des aktiven und passiven Wahlrechts an die Betriebszugehörigkeit, die für sich genommen kein europarechtlich unzulässiges Differenzierungskriterium darstellt, darauf hinausläuft, dass die Nichteinbeziehung von Auslandsbelegschaften im Ergebnis ganz überwiegend ausländische Arbeitnehmer trifft.[102] Allerdings greift es zu kurz, aus diesem Befund ohne weiteres auf eine unionsrechtlich unzulässige Diskriminierung zu schließen.[103]

So ist zunächst daran zu erinnern, dass die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit vom EuGH in erster Linie deshalb entwickelt worden ist, um solchen Vorschriften des nationalen Rechts zu Leibe zu rücken, die sich nach ihrem Inhalt besonders benachteiligend auf Wanderarbeitnehmer auswirken können.[104] Bei denjenigen Arbeitnehmern, die bei ausländischen Niederlassungen bzw. Tochtergesellschaften angestellt sind, handelt es sich dagegen praktisch ausschließlich um Ortskräfte.

Weiter beschränkt der EuGH in ständiger Judikatur eine europarechtlich relevante Diskriminierung auf die Fälle, in denen unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird.[105] Streng genommen fehlt es im Hinblick auf Auslandsbelegschaften indes an einer solchen Situation, weil der deutsche Gesetzgeber keine von ihm geschaffenen unterschiedlichen Vorschriften auf vergleichbare Situationen anwendet, sondern er sich einer Erstreckung der deutschen Mitbestimmungsgesetze auf die im Ausland tätigen Arbeitnehmer schlicht enthält, von einer normativen Regelung also gerade absieht.

Ferner setzt jede mittelbare Diskriminierung eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte voraus. Dabei erweist sich die zutreffende Vergleichsgruppenbildung bzw. die Bildung des tertium comparationis als zentraler Aspekt der Anwendung des Diskriminierungsverbots.[106] Die Vertreter der These von der Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmung gehen nun ohne weiteres davon aus, dass die Gesellschaft bzw. der Konzern die Klammer bildet, die gleichsam automatisch zu einer grundsätzlichen Gleichbehandlung im Hinblick auf das Wahlrecht zum Aufsichtsrat führen muss. Tatsächlich ist die Ausgangslage deutlich problematischer. Will man bei dieser Frage Vorfestlegungen vermeiden, die das Ergebnis präjudizieren, empfiehlt es sich, im Unionsrecht nach Wertungen Ausschau zu halten, die näheren Aufschluss darüber geben können, welchen Vergleichsmaßstab das europäische Recht selbst anlegt. Da es um die

ZA 2011, 145 (161 f.); ebenso *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 364: „Praktikabilitätserwägungen interessieren im Unionsrecht ... wenig".

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

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

101 Vgl. Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung („Biedenkopf II"), 2006, S. 35 ff.

102 Nur am Rande sei vermerkt, dass ohne eine Konzernzurechnung sowohl die Arbeitnehmer von ausländischen als auch von inländischen Tochtergesellschaften weder aktiv noch passiv wahlberechtigt wären. Wenn die deutsche Muttergesellschaft für sich genommen bereits den Schwellenwert erreicht, würde die Nichtzurechnung an der paritätischen Mitbestimmung nichts ändern, obwohl die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auch in diesem Fall an Entscheidungen mitwirken würden, die sich auf die gesamte Konzernbelegschaft auswirken. Aus dem europäischen Recht wird man indes schwerlich den Schluss ziehen können, dass ein mitgliedstaatlicher Gesetzgeber, der eine Unternehmensmitbestimmung einführt, zwingend eine Konzernzurechnung vorsehen muss, um zu gewährleisten, dass Auslandsbelegschaften, die typischerweise bei rechtlich selbständigen Tochtergesellschaften tätig sind, ebenfalls vertreten werden.

103 Generell abl. bereits *Birk*, RIW 1989, 6 (12); *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610 (613); *Lutter* in FS Zweigert, 1981, S. 251 (261); *Schubert*, Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung, 1984, S. 99 f.

104 Vgl. EuGH v. 8.5.1990 – Rs. C-175/88, Slg. 1990, I-1779 – Biehl – Rz. 14; v. 28.1.1992 – Rs. C-204/90, Slg. 1992, I-249 – Bachmann – Rz. 9; v. 23.5.1996 – Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617 – O'Flynn – Rz. 20 f.; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 137 ff.; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 3 Rz. 33.

105 Vgl. EuGH v. 14.2.1995 – Rs. C-279/93, Slg. 1995, I-225 – Schumacker – Rz. 30; v. 22.3.2007 – Rs. C-383/05, Slg. 2005, I-2555 – Talotta – Rz. 18; v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767 – Laval – Rz. 115.

106 Näher *Fabis*, Die Auswirkungen der Freizügigkeit gem. Art. 48 EG-Vertrag auf Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht, 1995, S. 52 f.; *Görlitz*, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten, 2005, S. 238 ff.; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 41 ff., 136 ff.

Wahl von Arbeitnehmervertretern geht, ist in erster Linie Art. 8 VO (EU) Nr. 492/2011 einschlägig.[107] Diese Regelung, die das Diskriminierungsverbot aus Art. 45 Abs. 2 AEUV konkretisiert,[108] schreibt im Hinblick auf die kollektive Vertretung von Arbeitnehmerinteressen bemerkenswerterweise einen Anspruch auf Gleichbehandlung nur insoweit vor, als es um einen Arbeitnehmer geht, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist. Eine Gleichbehandlung auch in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer (dauerhaft) außerhalb des Hoheitsgebiets beschäftigt ist, wird gerade nicht angeordnet. Diese Vorschrift lässt sich als Ausdruck des Grundgedankens verstehen, dass für die kollektive Vertretung von Arbeitnehmerinteressen das Arbeitsortprinzip gelten soll, jeder Arbeitnehmer also unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit an seinem Beschäftigungsort den Schutz durch diejenigen Vertretungsstrukturen erfahren soll, die sich im jeweiligen Mitgliedstaat sozialgeschichtlich herausgebildet haben. Dagegen will das Diskriminierungsverbot die Mitgliedstaaten nicht dazu zwingen, Teile ihres kollektiven Arbeitsrechts zu exportieren, um den in anderen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmern dasselbe Schutzniveau zu bieten. Dieser Grundsatz muss auch dann gelten, wenn es um die Arbeitsbedingungen in transnationalen Unternehmen geht. Wenn man die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer – zutreffend – als eine Arbeitsbedingung einstuft, um das arbeitnehmerfreizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot zu aktivieren, kann man bei der Frage des Vergleichsgruppenbildung nicht gleichsam die Ebene wechseln und nunmehr ausschließlich gesellschaftsrechtlich argumentieren, indem man auf die einheitliche Konzernleitungsmacht abstellt, die alle Angehörigen der Konzernbelegschaft gleichermaßen trifft.

6. Sachliche Gründe für eine mittelbare Ungleichbehandlung

Selbst wenn man sich über diesen Aspekt hinwegsetzt, ist im Ergebnis doch unstreitig, dass nicht jede mittelbare Ungleichbehandlung automatisch als unzulässige Diskriminierung zu behandeln ist. Zwar weist die Judikatur des EuGH im Hinblick auf die Konkretisierung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung einige Unschärfen auf. Diese betreffen zum einen das Verhältnis von Vergleichbarkeit und Rechtfertigung[109] sowie zum anderem die Frage, ob im Zusammenhang mit dem Kriterium der Staatsangehörigkeit eine mittelbare Diskriminierung schon dann ausscheidet, wenn eine äußerlich neutrale Anknüpfung auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Erwägungen beruht, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem vom nationalen Recht verfolgten legitimen Zweck stehen,[110] oder ob zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen müssen und die nationale Vorschrift geeignet und erforderlich sein muss, um den jeweiligen Regelungszweck zu erreichen.[111] Letztlich geht es darum, dass sachliche Gründe vorhanden sind, die ein solches Gewicht haben, dass sie eine differenzierende Behandlung legitimieren, auch wenn ausländische Arbeitnehmer in einem stärkeren Maße betroffen sind als deutsche Arbeitnehmer.[112]

Vor diesem Hintergrund ist die Antwort auf die Frage nach dem diskriminierenden Charakter der deutschen Unternehmensmitbestimmung sowie auch aller anderen entsprechenden mitgliedstaatlichen Regelungen darin zu suchen, wie das Unionsrecht die europäische Arbeitsverfassung und die mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen voneinander abgegrenzt.[113] Zeichnet das deutsche Recht nur diejenigen Linien nach, die der Koordination der beiden Ebenen zugrunde liegen, kann es nicht Sinn des Diskriminierungsverbots sein, diese Konzeption zu torpedieren. Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass es in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt, den auf ihrem Hoheitsgebiet tätigen Unternehmen vorzuschreiben, in welchen Formen die Arbeitgeberseite und die Arbeitnehmerseite („Kapital“ und „Arbeit“) ihre Interessenkonflikte austragen sollen. Dagegen ist es Aufgabe der Union, durch Sekundärrechtsakte für eine Harmonisierung der nationalen Regelungen zu sorgen und insbesondere für grenzüberschreitend tätige Unternehmen einen geeigneten Rechtsrahmen für die Arbeitnehmerbeteiligung zu schaffen, wie es vor allem mit der Societas Europaea[114] und dem Europäischen Betriebsrat[115] geschehen ist.[116] Diesem bewussten politischen Handeln des Unionsgesetzgebers will das Diskriminierungsverbot nicht vorgreifen[117] und für europaweit tätige Unternehmen Sonderordnungen etablieren, die sich lediglich auf die sozialpolitischen Vorstellungen einzelner Mitgliedstaaten stützen können.[118] Genau das liegt indes in der Konsequenz der

107 So auch *Birk*, RIW 1989, 6 (12) zur Vorgängerregelung des Art. 8 VO (EWG) Nr. 1612/68.

108 Vgl. *Brechmann* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 45 AEUV Rz. 4; *Franzen* in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 AEUV Rz. 11 ff.; zum Verhältnis von primärrechtlicher und sekundärrechtlicher Gewährleistung s. auch *Coester/Denkhaus*, EAS, 1999, B 2100 Rz. 6.

109 Dazu näher *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 64 m.w.N.

110 So etwa EuGH v. 11.2.1974 – Rs. 152/73, Slg. 1974, 153 – Sotgiu – Rz. 13; v. 23.5.1996 – Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617 – O'Flynn – Rz. 19; v. 7.5.1998 – Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521 – Clean Car Autoservice – Rz. 31; v. 15.3.2005 – Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 – Bidar – Rz. 19.

111 So etwa *Franzen* in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 AEUV Rz. 84 unter Berufung auf EuGH v. 31.3.1993 – Rs. C-31/92, Slg. 1998, I-1663 – Kraus – Rz. 32, wo es freilich um den Charakter von Art. 45 AEUV als Beschränkungsverbot ging.

112 Ebenso im Ansatz *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (265).

113 Dazu auch *Rödl* in von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 855 (888 ff.).

114 RL 2001/86/EG.

115 RL 2009/38/EG (zuvor RL 94/45/EG).

116 Ebenso der Ansatz der internationalen Verschmelzungs-RL 2005/56/EG.

117 S. hierzu auch *Kischel*, EuGRZ 1997, 1 (7), der bei Handlungen im Bereich nicht ausgeübter Kompetenzen der Union eine Bindung an den europarechtlichen Gleichheitssatz sogar ausdrücklich verneint.

118 Ebenso offenbar *Rödl* in von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 855 (899 f.), allerdings ohne ausdrückliche Thematisierung des Diskriminierungsverbots. Grds. für eine dezentrale Regelsetzung auf dem Gebiet der Arbeitnehmermitbestimmung *Fleischer*, ZGR 2012, 160 (176).

Gegenansicht, die darauf abzielt, die Unternehmensmitbestimmung über den Hebel des europarechtlichen Diskriminierungsverbots zu transnationalisieren und damit in die dem Unionsgesetzgeber vorbehaltene Domäne einzudringen.

7. Folgeprobleme

Zudem wäre es inkonsequent, bei der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer stehenzubleiben. Vielmehr müssten bei dem Versuch, qua Diskriminierungsverbot die nationalstaatlichen Arbeitsrechtssysteme auf transnational tätige Unternehmen auszudehnen, auch die sonstigen „voice"-Optionen der Arbeitnehmerschaft gegenüber Entscheidungen des Managements in Rechnung gestellt werden, weil es innerhalb der jeweiligen nationalen Gehäuse vorwiegend eine Frage politischer Machtkonstellationen und historischer Zufälligkeiten ist, ob die Arbeitnehmer ihre Interessen eher durch institutionalisierte Formen der Partizipation oder eher durch kollektive Aktionen zur Sprache bringen. So müsste eine Erstreckung der deutschen Mitbestimmung auf transnationale Unternehmen mit französischen Niederlassungen oder Tochtergesellschaften konsequenterweise dazu führen, dass sich die gesamte Konzernbelegschaft jedenfalls bei grenzüberschreitenden Verteilungskonflikten einheitlich auf das französische Streikrecht berufen kann, um zu verhindern, dass es zu einer „gallischen Streikunwucht" kommt und hierdurch nun deutsche Arbeitnehmer diskriminiert werden. Diese zugegebenermaßen überspitzte Argumentation zeigt, dass sich jedes mitgliedstaatliche System industrieller Beziehungen aus einer Vielzahl miteinander verschränkter Elemente zusammensetzt. Die Funktion der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote wird verkannt, wenn man sie dazu einsetzt, aus den jeweiligen nationalen Systemen einzelne Komponenten herauszuschneiden, um für transnational agierende Gesellschaften bzw. Konzerne ein einheitliches Sonderarbeitsrecht zu schaffen, das sich an derjenigen Herkunftsrechtsordnung orientiert, die für die Unternehmens- bzw. Konzernspitze maßgeblich ist.[119] Zwar kann die europarechtliche Konzeption von Verhandlungslösung und Auffangmodell, wie sie sich bei der SE und bei der internationalen Fusion findet, im Ergebnis ebenfalls dazu führen, dass mitgliedstaatliche Partizipationsstrukturen auf andere nationale Arbeitsbeziehungen überwirken. In diesem Fall wird die Überwirkung aber durch einen – grundsätzlich Einstimmigkeit erfordernden[120] – Sekundärrechtsakt legitimiert und den Mitgliedstaaten nicht durch eine Überdehnung des Diskriminierungsverbots oktroyiert.

Aus diesem Grund steht auch der angebliche unionsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung[121] auf tönernen Füßen. Die Beseitigung der „nationalen Introvertiertheit"[122] der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist ohne Zweifel wünschenswert. Allerdings muss über die Frage, wieweit die Struktur der kollektiven Arbeitsbeziehungen in den jeweiligen Mitgliedstaaten geändert werden soll, auf der Ebene des Unionsgesetzgebers politisch entschieden werden. Die hierfür erforderliche Abstimmung der Interessen der Mitgliedstaaten kann nicht durch eine extensive Heranziehung der Diskriminierungsverbote ersetzt werden, um bei allen transnational tätige Unternehmen rechtliche Sonderregime zu etablieren, die in den jeweiligen Zielländern von Auslandsinvestitionen zu erheblichen Friktionen im Hinblick auf die sonstigen nationalen Arbeitsbeziehungen führen können.

V. Zur Verletzung der Niederlassungsfreiheit

Die Nichteinbeziehung der Auslandsbelegschaften in die deutsche Mitbestimmung wird zuweilen auch als eine mögliche Verletzung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) qualifiziert.[123] Allerdings ist bereits der gedankliche Ansatz nicht ganz klar, weil Träger der Grundfreiheit die Gesellschaft als solche ist, nicht aber einzelne Organe der Gesellschaft oder gar nur einzelne Organmitglieder. Wenn in einem mitbestimmten Aufsichtsrat Überzeugungsarbeit geleistet werden muss, um eine Sitzverlegung durchzusetzen, oder aber ein entsprechender Beschluss nicht gefasst werden kann, handelt es sich um eine gesellschaftsinterne Meinungsbildung, nicht jedoch um eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit.

VI. Zur Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit

Schließlich finden sich vereinzelte Stimmen, nach denen die Ausklammerung des ausländischen Teils der Arbeitnehmerschaft aus der Aufsichtsratsmitbestimmung die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) beeinträchtigen soll.[124] Da die Reichweite des aktiven und passiven Wahlrechts am Gesamtgewicht des Arbeitnehmereinflusses nichts ändert, ist freilich nicht einmal im Ansatz erkennbar, warum ein ausländischer Investor gerade deshalb vom Erwerb von Anteilen an einer deutschen Gesellschaft absehen sollte, weil im Aufsichtsrat nur die inländische und nicht die ausländische Belegschaft repräsentiert ist.[125]

VII. Zu den Rechtsfolgen

Da die Beschränkung des Anwendungsbereichs der deutschen Mitbestimmung auf die Inlandsbelegschaften wie dargelegt nicht als unionsrechtlich unzulässige Diskriminierung der im Ausland tätigen Arbeitnehmer deutscher Gesellschaften bzw. Konzerne gewertet werden kann, soll im Folgenden nur in aller Kürze auf die rechtlichen Folgen eingegangen werden, die sich ergeben, wenn man in dieser Frage einen anderen Standpunkt vertreten würde.

119 Andeutungsweise auch Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung („Biedenkopf II"), 2006, S. 37.

120 Dies gilt jedenfalls für den Erlass von Vorschriften auf der Grundlage von Art. 153 Abs. 1 lit. f, Abs. 2 Satz 3, 352 AEUV.

121 Vgl. *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 100 ff.; *Rieble/Latzel*, EuZA 2011, 145 (158 ff.).

122 So *Heuschmid*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, 2009, S. 238.

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

124 *Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (805); ebenso *Hirte* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 1 Rz. 51.

125 So auch *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (270).

Wie eingangs bereits erwähnt, nimmt ein Teil der Literatur an, dass vorbehaltlich einer gesetzlichen Neuregelung bei künftigen Aufsichtsratswahlen die deutschen Vorschriften aufgrund des als solchen unstreitigen Anwendungsvorrangs des europäischen Rechts nicht mehr angewendet werden dürfen. Die Aufsichtsräte seien daher bei allen Neuwahlen allein mit Anteilseignervertretern zu besetzen. Zudem könnte jederzeit ein Statusverfahren i.S.v. § 98 AktG eingeleitet werden.[126]

Eine solche Rechtsfolge schösse über das Ziel jedoch weit hinaus. Wenn man der Auffassung ist, dass die Ausklammerung des im Ausland tätigen Teils der Arbeitnehmerschaft unionrechtswidrig ist, dann kann folgerichtig nur der Ausschluss als solcher dem aus dem europäischen Recht resultierenden Nichtanwendungsgebot anheimfallen.[127] Insoweit gilt nichts anderes als in der Rechtssache Kücükdeveci zur Berechnung der verlängerten Kündigungsfristen gem. § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, nach der nur die Nichtberücksichtigung der Beschäftigungszeiten jüngerer Arbeitnehmer und nicht etwa die Verlängerung der Kündigungsfristen als solche dem Unanwendbarkeitsverdikt unterliegt.[128] Zwar fehlt es vorliegend an einer expliziten Rechtsnorm, die schlicht für unanwendbar erklärt werden könnte. Dies hindert aber nicht daran, die herrschende Auffassung von der Reichweite der deutschen Mitbestimmung gegebenenfalls zu korrigieren.[129] Aus dem effet utile lässt sich jedenfalls nicht ableiten, dass eine mitgliedstaatliche Regulierung immer schon dann vollständig unanwendbar wird, wenn sich auch nur ein Teilaspekt als diskriminierend herausstellen sollte. Zudem leuchtet eine Argumentation nicht ein, die unter Berufung auf die Wahrnehmung von Arbeitnehmerinteressen die Mitbestimmung der abhängig Beschäftigten schlicht suspendiert, um den Anteilseignern das Feld allein zu überlassen. Auch eine Reduktion der Zuständigkeit bereits amtierender Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten auf rein nationale Angelegenheiten,[130] ist nicht zuletzt aufgrund der kaum rechtssicher durchführbaren Trennung zwischen Fragen von grenzüberschreitender und rein inländischer Bedeutung keine praktikable Lösung.[131]

126 *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261 (270 f.).
127 Außerdem käme man für diesen Fall an einer Einbeziehung der Auslandsbelegschaften in die Berechnung der Schwellenwerte kaum herum, vgl. *Heuschmid*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, 2009, S. 238.
128 EuGH v. 19.1.2010 – Rs. C-555/07, Slg. 2010, I-365 – Kücükdeveci – Rz. 51; BAG v. 9.9.2010 – 2 AZR 714/08, NZA 2011, 343.
129 *Teichmann*, ZIP 2010, 874 (875); zust. *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 743 ff.
130 Erwogen von *Rieble/Latzel*, EuZA 2011, 145 (166).
131 Ebenso *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 759.

Sofern man mit guten Gründen die Ansicht vertritt, dass es bei einer unterstellten Diskriminierung mit einer bloßen Änderung der herrschenden Meinung über die Ausklammerung der Auslandsbelegschaften nicht getan ist, sondern der deutsche Gesetzgeber spezielle Regelungen erlassen muss, um eine Einbeziehung der im Ausland tätigen Arbeitnehmer zu ermöglichen, würde ohnehin das meiste für eine Aussetzung der Verdrängungswirkung des Unionsrechts analog Art. 264 Abs. 2 AEUV mitsamt einer Frist für den nationalen Gesetzgeber sprechen, das eigene Recht den europarechtlichen Vorgaben anzupassen.[132] Wenn man in diesem Zusammenhang auf die Verpflichtung der anderen Mitgliedstaaten hinweist, die Durchführung entsprechender Wahlen in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet zu gewährleisten,[133] zeigt dies im Ergebnis freilich nur wieder, dass es die Möglichkeiten des deutschen Gesetzgebers übersteigt, für transnationale Unternehmen mit Sitz in Deutschland grenzüberschreitend einheitliche kollektive Arbeitsbedingungen zu schaffen. Das europarechtliche Diskriminierungsverbot sollte deshalb von vornherein nicht so interpretiert werden, dass es die einzelnen Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitend tätigen Unternehmen daran hindert, autonom darüber zu entscheiden, auf welche Weise die auf ihrem eigenen Territorium angesiedelten Arbeitsbeziehungen reguliert werden sollen.

VIII. Zusammenfassung

Die in neuerer Zeit wiederholt vertretene These von der Unionsrechtswidrigkeit der Nichteinbeziehung von ausländischen Belegschaften deutscher Gesellschaften bzw. Konzerne in die deutsche Unternehmensmitbestimmung kann nicht überzeugen. Im Hinblick auf die Frage einer Beschränkung der Freizügigkeit von im Inland tätigen Arbeitnehmern fehlt es an einem spezifischen Zusammenhang zwischen dem Mandatsverlust und einem grenzüberschreitenden Vorgang. Weiter geht auch die Annahme einer Diskriminierung der im Ausland tätigen Arbeitnehmer letztlich fehl. Das europarechtliche Diskriminierungsverbot wird überdehnt, wenn man daraus arbeitsrechtliche Sonderordnungen für transnationale Unternehmen folgern will. Die Herausforderungen, die durch grenzüberschreitende Unternehmensaktivitäten an das mitgliedstaatliche kollektive Arbeitsrecht gestellt werden, sind durch unionsrechtliche Sekundärrechtsakte und nicht durch den Einsatz des Diskriminierungsverbots als „Brechstange“[134] zu bewältigen.

132 Vgl. *Rieble/Latzel*, EuZA 2011, 145 (167).
133 *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rz. 747.
134 In Anlehnung an *Schack*, ZZP 1995, 47.

LANDGERICHT BERLIN – BESCHLUSS

Geschäftsnummer: 102 O 65/14 AktG
In dem Verfahren nach den §§ 98, 99 AktG
Beteiligte: XX, Antragsteller,
– Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte XX
2. XX, Antragsgegnerin,
– Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte XX
3. XX hat die Kammer für Handelssachen 102 des Landgerichts Berlin auf die Anhörung vom 12. Mai 2015 am 1. Juni 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht XX , den Handelsrichter XX und die Handelsrichterin XX beschlossen:
1. Die Anträge des Antragstellers werden zurückgewiesen.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens nach einem Wert von 50.000,00 EUR zu tragen. Kosten der Beteiligten werden nicht erstattet.

Gründe

Die Beteiligten streiten über die Zusammensetzung des bei der Antragsgegnerin bestehenden Aufsichtsrates.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um ein Touristikunternehmen mit satzungsmäßigem Sitz in Berlin und … . Sie ist eingetragen im Handelsregister beim Amtsgericht Berlin-Charlottenburg zur Nummer HRB ... und beim Amtsgericht … zur Nummer HRB… . Die Aktien der Antragsgegnerin sind im Prime Standard der Deutschen Börse gelistet, ferner gehört sie dem MDAX an.

Die Antragsgegnerin ist die Konzernobergesellschaft der …-Gruppe, einem weltweit führenden Touristikkonzern. Die Konzernzentrale der Gruppe befindet sich in …

Laut Geschäftsbericht 2013/2014 beschäftigten die Antragsgegnerin und ihre konzernabhängigen Unternehmen Ende September 2014 weltweit ungefähr 77.309 Arbeitnehmer. Hiervon sind ca. 10.100 Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigt, im EU-Ausland sind es insgesamt knapp 40.000 Arbeitnehmer, von denen der größte Teil in Großbritannien tätig ist.

Der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin ist derzeit insgesamt mit 20 Personen besetzt, wie sich aus § 11 Abs. 1 Satz 1 der Satzung der Antragsgegnerin in der Fassung vom 9. Dezember 2014 ergibt. Gemäß den Vorschriften des MitbestG ist das Gremium mit zehn Mitgliedern der Anteilseignerseite und zehn Mitgliedern der Arbeitnehmerseite zusammengesetzt.

Der Antragsteller ist seit Mitte 2014 Aktionär der Antragsgegnerin. Er vertritt die Auffassung, dass der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin unzutreffend zusammengesetzt ist, da die deutschen Best-immungen über die Unternehmensmitbestimmung, nach denen das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen der Arbeitnehmervertretung zum Aufsichtsrat nur den im Inland beschäftigten Arbeitnehmer zusteht, gegen europäisches Unionsrecht verstoßen. Als Folge daraus hält er das Mitbestimmungsgesetz für unanwendbar, so dass der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin ausschließlich mit Vertretern der Anteilseigner zu besetzen sei.

Diese Rechtsauffassung teilte er dem Vorstand der Antragsgegnerin mit einem Schreiben vom 17. Juli 2014 mit. Die Antragsgegnerin antwortete hierauf mit Schreiben vom 29. Juli 2014, in dem sie mitteilte, dass die gegenwärtige Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin den maßgebenden gesetzlichen Vorschriften im Sinne des § 97 Abs. 1 AktG entspräche, da weder höchstrichterliche deutsche noch europäische Rechtsprechung existiere, die zu einer Unanwendbarkeit der Vorschriften des MitbestG führen könne.

Der Antragsteller verfolgt die Bestätigung seiner Rechtsauffassung im hiesigen Verfahren weiter. Da das gesamte Mitbestimmungsgesetz, auf jeden Fall aber die Vorschriften über Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer gemäß §§ 9 ff. MitbestG, wegen des Verstoßes gegen höherrangiges Unionsrecht nicht anzuwenden sein, sei für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin nicht § 96 Abs. 1 Var. 1 AktG, sondern § 96 Abs. 1 Var. 6 AktG maßgeblich. Der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin müsse daher bis zu einer unionsrechtskonformen Neugestaltung des Mitbestimmungsrechts ausschließlich aus Anteilseignervertretern bestehen.

Das Statusverfahren sei statthaft, da es sich um die einzige Verfahrensart handele, in welcher die aufgeworfenen Rechtsfragen geklärt werden könnten. Es sei insoweit unerheblich, worauf er seine Rechtsauffassung stütze, dass das MitbestG auf den Aufsichtsrat der Antragsgegnerin nicht anwendbar sei.

Der Umstand, dass die im europäischen Ausland beschäftigten Arbeitnehmer deutscher mitbestimmungspflichtige Unternehmen im Gegensatz zu ihren in Deutschland tätigen Kollegen nicht aktiv und passiv wahlberechtigt seien, stelle eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar und verstoße daher gegen Art. 18 AEUV. Der Ausschluss ausländischer Belegschaften von den Aufsichtsratswahlen betreffe typischerweise Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten und knüpfe daher mittelbar an die Staatsangehörigkeit an. Die Diskriminierung gehe ausschließlich und unmittelbar vom deutschen Recht aus, welches zu einer Ungleichbehandlung deutscher und ausländischer Arbeitnehmer derselben deutschen Muttergesellschaft führe.

Darüber hinaus mache der Umstand, dass ein bislang in Deutschland tätiger Arbeitnehmer beim Wechsel in einen ausländischen Betrieb oder zu einer ausländischen Tochtergesellschaft derselben deutschen Muttergesellschaft sein aktives und vor allem sein passives Wahlrecht für den Aufsichtsrat verlöre, einen Wechsel weniger attraktiv. Dies stelle nicht nur eine Diskriminierung ausländischer Arbeit-

nehmer dar, sondern beschränke auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit deutscher Arbeitnehmer. Auf das dem Art. 45 AEUV zugleich inhärente Diskriminierungsverbot komme es insoweit nicht an, als es sich bei der Mitbestimmung auf der Unternehmensebene nicht um einen Regelungsgegenstand des Arbeitsrechts handele. Betrachtungsgegenstand seien allein die Konsequenzen des Wechsels eines Arbeitnehmers innerhalb desselben Konzerns. Die Folge des Verlustes des Wahlrechts bei einem Wechsel zu einem ausländischen Betrieb oder einer ausländischen Niederlassung sei auch konkret und nicht lediglich als ungewiss oder vage anzusehen.

Es sei zuzugeben, dass das Unionsrecht keine Harmonisierung der Mitbestimmungsregelungen vorsehe, allerdings ändere dies nichts an dem Umstand, dass die nationalen Regelungen nicht gegen das Primärrecht verstoßen dürften.

Die Verstöße gegen Diskriminierungsverbot und Arbeitnehmerfreizügigkeit könnten nicht durch einen Verweis auf die Territorialität der deutschen Mitbestimmung gerechtfertigt werden. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum seien wiederholt regulatorischer Wege de lege ferenda aufgezeigt worden wie eine angemessene Einbeziehung der ausländischen Belegschaften in das System der deutschen Mitbestimmung ermöglicht werden könne.

Eine unionsrechtlich konforme Auslegung des deutschen Mitbestimmungsrechts könne nicht zu einer Einbeziehung ausländischer Belegschaften in die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat führen, da dies klar im Widerspruch zur Intention des historischen deutschen Gesetzgebers stünde. Darüber hinaus müssten zunächst einmal die genauen Anforderungen des Unionsrechts geklärt werden. Soweit ein unionsrechtskonformes Ergebnis nicht sichergestellt sei, müsse den Normen des nationalen Rechts die Anwendung versagt bleiben. Es sei nicht Aufgabe der Art. 18 und 45 AEUV ein Partizipationsniveau von Arbeitnehmern in Gesellschaftsorganen zu erreichen oder zu konservieren.

Da der Ausgang des Verfahrens wesentlich von der Auslegung des europäischen Unionsrechts abhänge, mache für den Fall, dass sich das Gericht der Rechtsauffassung des Antragstellers nicht anschlösse, eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof erforderlich. Es handele sich um Fragen von erheblicher rechtspolitischer Bedeutung. Je schneller über diese Klarheit erzielt werden könne, desto eher könne der deutsche Gesetzgeber reagieren und die erforderlichen Reformschritte einleiten.

Der Antragsteller beantragt,

festzustellen, dass der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin nicht nach den für ihn maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt und gemäß § 96 Abs. 1 Var. 6 AktG nur aus Aufsichtsratsmitgliedern der Aktionäre (Anteilseignervertretern) zusammenzusetzen ist, hilfsweise das Verfahren auszusetzen und dem europäischen Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die folgenden Rechtsfragen zur Vorabentscheidung vorzulegen: 1) Ist Art. 18 AEUV dahingehend auszulegen, dass er einer Regelung des nationalen Rechts wie in Deutschland entgegensteht, wonach zur Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft a) das aktive und passive Wahlrecht nur solchen bei der Gesellschaft angestellten Arbeitnehmern zusteht, die in inländischen Betrieben tätig sind, nicht aber Arbeitnehmern, die in Betrieben in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union tätig sind; b) das aktive und passive Wahlrecht den bei einer Tochtergesellschaft angestellten Arbeitnehmer nur dann zusteht, wenn es sich um eine inländische Tochtergesellschaft handelt und der Arbeitnehmer in einem inländischen Betrieb der Tochtergesellschaft tätig ist, nicht aber den Arbeitnehmern, die bei einer Tochtergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union angestellt sind? 2) Ist Art. 45 AEUV dahingehend auszulegen, dass er einer Regelung des nationalen Rechts wie in Deutschland entgegensteht, wonach ein bislang in einem inländischen Betrieb einer mitbestimmten Kapitalgesellschaft oder in einem zu einer inländischen Tochtergesellschaft zugehörigen Betrieb tätiger Arbeitnehmer, wenn sich seine Tätigkeit in einen in einem anderen Mitgliedstaat belegenen Betrieb verlagert oder sein Beschäftigungsverhältnis sich dahingehend ändert, dass er nunmehr bei einer Tochtergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat angestellt ist, nicht nur sein aktives und sein passives Wahlrecht bei den Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat verliert, sondern darüber hinaus als amtierender gewählter Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gegen Verlust des passiven Wahlrechts mit sofortiger Wirkung aus dem Aufsichtsrat ausscheidet? 3) Sind die Art. 18 und 45 AEUV dahingehend auszulegen, dass sie bei Bejahung von Frage 1 und/oder Frage 2 den betreffenden Vorschriften des nationalen Rechts wie in Deutschland die Anwendung versagen mit der Folge, dass Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat im Rahmen der unternehmerischen Mitbestimmung, an denen die bei einer ausländischen Tochtergesellschaft angestellten oder in einem ausländischen Betrieb tätigen Arbeitnehmer nicht beteiligt sind, insgesamt zu unterbleiben haben, ist die Möglichkeit der diskriminierungsfreien Beteiligung auch der ausländischen Arbeitnehmer sichergestellt ist?

Die Antragsgegnerin beantragt, die Anträge zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hält das aktienrechtliche Statusverfahren für das Begehren des Antragstellers für

nicht statthaft. Es sei unstreitig, dass der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin bei Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes ordnungsgemäß zusammengesetzt sei und seine Zusammensetzung daher auch mit den Regeln des § 96 Abs. 1 Aktiengesetz in Einklang stehe. Soweit strittig sei, ob das Mitbestimmungsgesetz unionsrechtskonform und damit anwendbar sei, sei das Statusverfahren für die Klärung dieser Frage unstatthaft. Es sei nicht dessen Sinn und Zweck, ein Vorabentscheidungsverfahren durch den EuGH einzuleiten um klären zu lassen, ob der deutsche Gesetzgeber Schritte zu einer Reformierung der Mitbestimmungsregelungen einleiten müsse.

Die Antragsgegnerin hält die Anträge darüber hinaus für in der Sache unbegründet. Die Zahl an Aufsichtsratsmitglieder bei der Antragsgegnerin entspreche bereits der Höchstzahl gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Mitbestimmungsgesetz, sodass auch eine Berücksichtigung der ausländischen Arbeitnehmer an der Größe des Aufsichtsrats nichts ändern würde.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers sei der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet. Für den Bereich des Arbeitsrechts existiere keine Pflicht der Mitgliedstaaten zur allgemeinen Gleichbehandlung aller EU-Bürger. Daher könne es auch nicht unionsrechtswidrig sein, wenn in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedliche arbeitsrechtliche Standards gelten. In diesem Zusammenhang sei auch zu beachten, dass die Unternehmensmitbestimmung unionsrechtlich grundsätzlich nicht geregelt sei das entsprechende Rechtsvorschriften nur in zwei eng begrenzten Regelungsbereichen gebe, wobei zum einen die SE und zum anderen die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften betroffen seien.

Für eine angeblich unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern fehle es bereits an einer unterschiedlichen Behandlung gleicher Sachverhalte. Die nach Auffassung des Antragstellers benachteiligten ausländischen Arbeitnehmer verließen das Hoheitsgebiet ihres jeweiligen Mitgliedstaates gerade nicht. Damit fehle es bereits an einem für eine unionsrechtlich relevante Diskriminierung erforderlichen grenzüberschreitenden Bezug.

Der Umstand, dass nach herrschender Auffassung Arbeitnehmer ausländischer Konzernunternehmen nicht an der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat teilnehmen und auch nicht wählbar seien, stelle keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Dies zeige sich bereits daran, dass auch Arbeitnehmer, die nicht deutsche Staatsangehörige sind, selbstverständlich einer Wahl der Arbeitnehmervertreter teilnehmen könnten soweit diese Arbeitnehmer eines deutschen Betriebes in einem Konzernunternehmen mit Sitz in Deutschland seien. Auch eine mittelbare Benachteiligung liege nicht vor, da Deutschland als Hoheitsträger keine Regelungskompetenz für das aktive und passive Wahlrecht von Arbeitnehmern ausländischer Betriebe zum Aufsichtsrat einer Gesellschaft mit Sitz in Deutschland besitze. Im Hinblick auf die Auslandsbelegschaften liege auch gerade keine mit der Inlandsbelegschaft vergleichbare Situation vor, die unterschiedlich geregelt werde.

Ebenso wenig sei die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne des Art. 45 AEUV betroffen. Das europäische Primärrecht gewähre Arbeitnehmern keine Garantie, dass bei einer Verlagerung ihrer Tätigkeit einen anderen Mitgliedstaat die gleichen arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen gelten. Darüber hinaus gehörten das Wahlrecht und die Wählbarkeit zum Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz nicht zu den „Arbeitsbedingungen" im Sinne des Art. 45 AEUV, da dieses weder zum Begriff der Entlohnung noch zur Beschäftigung einen Bezug aufwiesen. Beim Aufsichtsratsmandat handele sich um eine Organschaften Stellung, für die ein Arbeitsverhältnis Voraussetzung sei, es habe aber keinerlei Auswirkungen auf die Entlohnung oder Beschäftigung von Arbeitnehmern.

Die Tätigkeit von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat einer Gesellschaft sei auch nicht derjenigen von Betriebsräten vergleichbar. Die Arbeitnehmervertreter seien, genau wie die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite, in erster Linie dem Unternehmensinteresse verpflichtet.

Der Verlust von Wahlrecht und Wählbarkeit zum Aufsichtsrat in einer dem Mitbestimmungsgesetz unterliegenden Gesellschaft sei jedenfalls als unionsrechtlich nicht relevante Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit anzusehen. Nicht jeder Nachteil und jede Unannehmlichkeit, die einem Arbeitnehmer anlässlich der Verlagerung seines Arbeitsplatzes in einen anderen Mitgliedstaat widerfahre, stelle automatisch einen Verstoß gegen das Beschränkungsverbot des Art. 45 AEUV dar. Ein solcher scheide auch aus, wenn völlig ungewiss sei, ob ein Arbeitnehmer sich von einem bestimmten Umstand von der Verlagerung seines Arbeitsplatzes in einen Mitgliedstaat abhalten lassen würde. Eben dies sei in einem Sachverhalt wie dem vorliegenden nicht anzunehmen, wobei er überhaupt nur dann relevant werden könnte, wenn der Arbeitnehmer zu einem anderen Unternehmen desselben Konzerns im Ausland wechsele. Bei lebensnaher Betrachtung erscheine es fernliegend, dass ein in Deutschland tätiger Arbeitnehmer sein berufliches Fortkommen von der Möglichkeit abhängig machen würde, für den Aufsichtsrat aktiv oder passiv wahlberechtigt zu sein. Auch für denjenigen Arbeitnehmer, der ein Aufsichtsratsmandat innehabe, ende dieses Mandat mit dem Wechsel zu einem beliebigen anderen Arbeitgeber.

Selbst wenn man einen unzulässigen Eingriff in die Rechte aus Art. 18 bzw. Art. 45 AEUV annehmen wollte, wäre ein solcher gerechtfertigt, da der Anwendung des deutschen Mitbestimmungsgesetzes auf ausländische Unternehmen zwingend das Territorialitätsprinzip entgegenstehe.

Schließlich müsse die vom Antragsteller begehrte Rechtsfolge als sinnwidrig angesehen werden. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit stelle ein Schutzrecht der Arbeitnehmer dar und können nicht als Begründung für eine effektive Beschränkung der Arbeitnehmerrechte herangezogen werden. Zudem ergebe sich das widersprüchliche Ergebnis, dass es in rein deutschen Unternehmen eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat gebe, in solchen Unternehmen mit Tochtergesellschaften und/oder Niederlassungen im europäischen Ausland hingegen nicht. Ein Mangel des MitbestG im Sinne eines Verstoßes gegen Regelungen des AEUV müsse aus diesem Grund durch eine unionsrechtskonforme Auslegung beseitigt werden. Der Gesetzeswortlaut beschränke die Anwendbarkeit des MitbestG nicht ausdrücklich auf Unternehmen oder Niederlassungen in Deutschland.

Das Gericht sei nicht verpflichtet, die vom Antragsteller aufgeworfenen Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Es handele sich zum einen nicht um Fragen des Unionsrechts, zum anderen sei hinreichend deutlich, wie insoweit zu entscheiden sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Beteiligten zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Niederschrift der Anhörung vom 12. Mai 2015 Bezug genommen.

II.

Das Feststellungsbegehren des Antragstellers konnte keinen Erfolg haben, da der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin zurzeit nach den maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist.

A. Das vom Antragsteller eingeleitete Statusverfahren war zulässig.

1. Ist streitig oder ungewiss, nach welchen gesetzlichen Vorschriften sich der Aufsichtsrat zusammensetzt, hat darüber nach Maßgabe des § 98 Abs. 1 AktG auf Antrag eines der nach dieser Vorschrift Antragsberechtigten das Landgericht zu entscheiden, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat.

2. Die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Berlin war angesichts des Bestehens eines satzungsmäßigen Sitzes der Antragsgegnerin im hiesigen Gerichtsbezirk ohne weiteres gegeben.

3. Der Antragsteller ist unstreitig Aktionär der Antragsgegnerin und war damit nach § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AktG berechtigt, eine gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin herbeizuführen.

4. Auch das weitere Tatbestandsmerkmal des Streites über die für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin maßgeblichen Vorschriften lag vor.

a) Soweit die Antragsgegnerin zum einen meint, der vom Antragsteller beschriebene Streit bestehe nicht auf der Basis der Vorschriften des MitbestG, da der Aufsichtsrat bei deren Anwendung zutreffend nach Maßgabe des § 7 Abs. 1, Abs. 2 MitbestG zusammengesetzt sei, mochte dies für sich gesehen in der Sache zutreffen. Der Antragsteller macht aber gerade geltend, dass seiner Auffassung nach § 7 MitbestG für den Aufsichtsrat der Antragsgegnerin nicht einschlägig sei, da dem der Anwendungsvorbehalt von höherrangigem Recht der Europäischen Union entgegenstehe. Ob dies in der Sache zutrifft, war eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Antrags.

b) Die Antragsgegnerin macht darüber hinaus zutreffend geltend, dass es sich bei dem Statusverfahren weder um ein Normenkontroll- noch um ein Vorabentscheidungsverfahren handelt. Aus diesem Umstand heraus sind auch Anträge im Rahmen des § 98 AktG unzulässig, wenn diese lediglich eine abstrakte Rechtsfrage zum Inhalt haben, welche sich entweder nicht auf den Aufsichtsrat der beteiligten Gesellschaft bezieht oder für dessen Zusammensetzung keine Relevanz besitzt (vgl. auch OLG Zweibrücken, NZG 2014, 740).

Der Anwendungsbereich des gerichtlichen Statusverfahrens umfasst die Klärung, welches der fünf in § 96 Abs. 1 AktG genannten Modelle für die konkrete Gesellschaft maßgeblich ist. Hieraus folgt, dass das Verfahren nach den §§ 98, 99 AktG (nur) dann zulässig ist, wenn die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat überhaupt oder das Ausmaß ihrer Beteiligung streitig sind (vgl. Hopt/Roth/Peddinghaus in Hopt/Wiedemann, Großkommentar AktG, Rz. 11 zu § 98 AktG).

Der Antragsteller stellt im vorliegenden Verfahren einen hinreichend unmittelbaren Bezug zwischen der von ihm vertretenen Rechtsauffassung – der Unanwendbarkeit des § 7 MitbestG – und der Zusammensetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin her, indem er die Feststellung begehrt, dass dieser nach § 96 Abs. 1 Var. 6 AktG nur noch aus Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner zusammenzusetzen ist. Dies stellt einen nach § 98 AktG zulässigen Verfahrensgegenstand dar.

c) An weitere Voraussetzungen ist das Antragsrecht der nach § 98 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 5 Antragsberechtigten nicht gebunden (vgl. Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., Rz. 4 zu § 98 AktG).

Zwar ist unklar, ob das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der „Ungewissheit" beziehungsweise des „Streit" in § 98 Abs. 1 Satz 1 AktG gesondert festgestellt werden muss (vgl. hierzu Hopt/Roth/Peddinghaus, a.a.O.; MünchKomm/Habersack, AktG, 3. Aufl., Rz. 5 zu § 98 AktG). Ein „Streit" im Sinne der Norm besteht aber schon dann, wenn sich der Vorstand und ein anderer Beteiligter über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats ernsthaft auseinandersetzen (vgl. Münch

Komm/Habersack, a.a.O.). Eine solche Auseinandersetzung war in der im Sommer 2014 geführten Korrespondenz zwischen Antragsteller und Vorstand der Antragsgegnerin zu sehen, so dass der Antrag auch unter diesem Gesichtspunkt zulässig war. Dass es der Antragsteller selbst war, der den „Streit" ausgelöst hat, war ebenso unerheblich wie die Frage, welche (weiteren) Absichten den Antragsteller zur Einleitung des Statusverfahrens bewegt haben. Wie oben bereits erwähnt, wären ausschließlich rechtspolitische Beweggründe nur dann schädlich, wenn diese sich nicht in einem zulässigen Verfahrensantrag niedergeschlagen hätten.

B. Die Verfahrensanträge konnten in der Sache jedoch keinen Erfolg haben. Die gegenwärtige Ausgestaltung der deutschen Mitbestimmung bei Konzernobergesellschaften, die Niederlassungen und/oder Tochtergesellschaften auch in anderen EU-Staaten haben, verstoßen nach Auffassung der Kammer weder gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV noch gegen die in Art. 45 AEUV garantierte Arbeitnehmerfreizügigkeit. Damit kam auch eine vom Antragsteller hilfsweise beantragte Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Maßgabe von Art. 267 AEUV nicht in Betracht, da es an der erforderlichen Relevanz der Beantwortung der vom Antragsteller formulierten Fragen für die Entscheidung des Gerichts fehlte.

1. Nach § 1 Abs. 1 MitbestG haben die Arbeitnehmer in einem Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft ein Mitbestimmungsrecht nach Maßgabe des MitbestG, wenn das Unternehmen in der Regel mehr als 2.000 Mitarbeiter beschäftigt. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats bestimmt sich gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG nach den §§ 7 bis 24 MitbestG. Danach besteht der Aufsichtsrat eines Unternehmens, welches mehr als 10.000 aber nicht mehr als 20.000 Arbeitnehmer beschäftigt aus je acht Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer, § 7 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG.

Zwischen den Beteiligten war vorliegend unstreitig, dass im Konzern der Antragsgegnerin im Inland etwas mehr als 10.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind, so dass allein auf dieser Grundlage nach den genannten Vorschriften von der Notwendigkeit der Bildung eines zwölfköpfigen Aufsichtsrats auszugehen war. Allerdings bestimmt die Satzung der Antragsgegnerin in deren § 11, dass der Aufsichtsrat der Gesellschaft aus 20 Mitgliedern besteht, so dass für die Zusammensetzung die Regelung des § 7 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 3 MitbestG gilt und das Gremium folglich aus 10 Aufsichtsratsmitgliedern der der Anteilseigner und 10 Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmerseite angehören, von denen drei Mitglieder Vertreter von Gewerkschaften sein müssen.

2. Entgegen der vom Antragsteller vertretenen Ansicht ist § 7 MitbestG nicht wegen einer unzulässigen Diskriminierung von Beschäftigten der im EU-Ausland befindlichen Konzernunternehmen

der Antragsgegnerin unanwendbar.

a) Nach herrschender Meinung haben Arbeitnehmer in ausländischen Betrieben bei in Deutschland stattfindenden Aufsichtsratswahlen weder aktives noch passives Wahlrecht (vgl. etwa Habersack, Beilage zu ZIP 48/2009, 1, 3). Dies gilt auch dann, wenn sie in unselbstständigen Auslandsniederlassungen oder Tochterunternehmen deutscher Gesellschaften beschäftigt sind.

Das Wahlverfahren ist nämlich nicht an bestimmte Arbeitgeber, Arbeitnehmer oder Arbeitsverhältnisse geknüpft, sondern an den Betrieb als tatsächlich organisatorische Einheit, sodass sich die Anwendbarkeit des jeweiligen Rechts insoweit nach dem Realstatut, dem Recht des belegen Heimatortes, bestimmt. Indem die Mitbestimmungsgesetze das Wahlverfahren auf betrieblicher Ebene verankern, sind Arbeitnehmer in anderen Betrieben als in Deutschland belegenen de lege lata von der unternehmerischen Mitbestimmung faktisch ausgeschlossen (vgl. Fischer, NZG 2014, 737, 738).

b) Vom Grundsatz des § 1 Abs. 1 MitbestG ausgehend, sind Konzernobergesellschaften, die selbst nur weniger als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen, mitbestimmungsfrei. Allerdings ergibt sich aufgrund der Regelung in § 5 Abs. 3 MitbestG unter den dort genannten Voraussetzungen eine Zurechnung der Arbeitnehmer in den innerhalb der Konzernstruktur nachgeordneten Gesellschaften auf die Konzernmutter, so dass (auch) bei dieser ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten ist. Je nach Anzahl der Arbeitnehmer in den Tochtergesellschaften kann es aufgrund des § 5 Abs. 3 MitbestG zu einer mehrfachen Mitbestimmung auf Betriebs und Konzernebene und damit auch zu einer Mehrung von aktivem und passivem Wahlrecht der Beschäftigten kommen.

c) Damit sind die Wahlen zum Aufsichtsrat der Antragsgegnerin zunächst einmal als ein rein innerstaatlicher Vorgang anzusehen, welcher darauf be-

ruht, dass der deutsche Gesetzgeber es für erforderlich gehalten hat, die Mitbestimmung in Konzernverbünden auch auf der obersten Entscheidungsebene anzusiedeln.

Der Wahlakt als solcher berührt unmittelbar keine Interessen des europäischen Binnenmarktes. Die Arbeitsverhältnisse derjenigen Arbeitnehmer, die bei nach ausländischem Recht organisierten Tochtergesellschaften der Antragsgegnerin beschäftigt sind, werden in den sich aus ihrem Beschäftigungsverhältnis ergebenden Rechten und Pflichten nicht beeinträchtigt. Dies gilt auch hinsichtlich der betrieblichen Mitbestimmung, soweit das Sitzrecht des Unternehmens ein solches Institut kennt.

d) Die Regelungen des MitbestG enthalten keine Bezugnahme auf die Staatsangehörigkeit der wahlberechtigten Arbeitnehmer, so dass eine unmittelbare Diskriminierung nach Art. 18 AEUV nicht in Betracht kommt und vom Antragsteller auch nicht geltend gemacht wird.

In der Literatur wird jedoch die Auffassung vertreten, dass die fehlende Beteiligung der Arbeitnehmer von im Ausland ansässigen Konzernunternehmen einer deutschen Obergesellschaft zu einer mittelbaren Diskriminierung führt, welche gegen das Unionsrecht in Form von Art. 18 AEUV verstoße. Die Anknüpfung der Wahlberechtigung an den Tätigkeitsort führe zur faktischen Benachteiligung einer klar definierten Personengruppe (in Form der Arbeitnehmer von ausländischen Betrieben und Tochtergesellschaften), bei deren Angehörigen es sich naturgemäß überwiegend um ausländische Staatsangehörige handele.

Die konkrete Benachteiligung wird dabei hauptsächlich in der fehlenden Repräsentation der ausländischen Belegschaften an der Konzernspitze gesehen, wenn und soweit es zu Standortkonflikten kommt (vgl. Teichmann, Beilage zu ZIP 48/2009, 10,11). Insoweit ergebe sich bei unternehmens oder konzernweite Entscheidungen, von denen die Belegschaften in verschiedenen Mitgliedsstaaten in gleicher Weise betroffen seien, eine Bevorzugung der deutschen Arbeitnehmer. Sie erlaubten der privilegierten Belegschaft eine Durchsetzung ihrer Interessen auf dem Rücken der Benachteiligten, also der Arbeitnehmer an den ausländischen Standorten (so Rieble/Latzel, EuZA 2001, 145, 149).

e) Dieser Argumentation, welche sich der Antragsteller zu Eigen macht, vermag sich die Kammer aus unterschiedlichen Gründen nicht anzuschließen. aa) Als Ausgangspunkt bleibt festzuhalten, dass der Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung nicht zu den europarechtlich harmonisierten Rechtsgebieten gehört. Auch die „Reflection Group on the Future of EU Company Law" hat festgehalten, dass die Frage, ob und in welcher Intensität die nationalen Gesellschaftsformen der Mitgliedstaaten der Mitbestimmung unterliegen, eine rechtspolitische Entscheidung der Mitgliedstaaten ist, in welche der europäische Gesetzgeber nicht eingreifen sollte (vgl. Referenz bei Hellwig/Behme, AG 2001, 740, 741). Damit ist grundsätzlich hinzunehmen, dass die nationalen Rechte der EU-Staaten ein unterschiedliches Niveau der unternehmerischen Mitbestimmung aufweisen, ohne dass es aus europarechtlicher Sicht einen verbindlichen Mindeststandard geben müsste, welcher sämtlichen Arbeitnehmern der Union zu gewähren wäre (vgl. zutreffend auch LG Landau, NZG 2014, 229).

bb) Vor diesem Hintergrund zwingt das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV die Mitgliedstaaten nicht, außerhalb ihrer eigenen Regelungskompetenz für eine Gleichbehandlung der Bürger

anderer EU-Staaten Sorge zu tragen. cc) Ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV in Form der mittelbaren Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit setzt, wie die Antragsgegnerin zutreffend ausführt, grundsätzlich voraus, dass der deutsche Gesetzgeber für gleiche oder vergleichbare Sachverhalten unterschiedliche Rechtsfolgen vorsieht. Bereits hieran fehlt es jedoch, da die Anknüpfung der Mitbestimmungsvorschriften an den inländischen Beschäftigungsort sinnvoll und im Ergebnis auch nicht zu beanstanden ist.

Die deutsche Konzernmuttergesellschaft als Obergesellschaft auch ausländischer Unternehmen bildet keinen hinreichende „Klammer", um den inländischen Wahlen zu den Arbeitnehmervertretern in deren Aufsichtsrat eine grenzüberschreitende Qualität zu verleihen, welche zur unmittelbaren Anwendbarkeit des europäischen Primärrechts führen könnte. Insoweit ist die Auffassung nicht verständlich, dass die deutsche Mitbestimmung durch die Anknüpfung an die Muttergesellschaft einen „konzerndimensionalen Charakter" erhalte (so etwa Wansleben, NZG 2014, 213, 214). Lediglich wegen der Beherrschung durch eine deutsche Gesellschaft können ausländische Unternehmen und deren Belegschaften nicht ohne weiteres dem deutschen Mitbestimmungsstatut unterfallen. Dagegen spricht bereits, dass für nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften, die in ihrem Heimatland auch ihren Sitz haben, in sämtlichen anderen Rechtsbeziehungen ihr Heimatrecht gilt. Schließlich sind auch die Arbeitnehmer dieser Gesellschaften regelmäßig bei diesen selbst angestellt, so dass sich eine Vergröberung dahin gehend verbietet, sei seien bei demselben Konzern beschäftigt wie die in Deutschland tätigen Arbeitnehmer (so aber Wansleben, a.a.O.). Befinden sie sich aber in einem Arbeitsverhältnis nach ihrem Heimatrecht und haben sie auch nicht die Absicht, ihr Herkunftsland zu verlassen, befinden sie sich nicht in einer durch das Gemein-

schaftsrecht geregelten Situation im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, in der das europarechtliche Diskriminierungsverbot beachtet werden müsste (vgl. EuGH, Entscheidung vom 2. Oktober 1997, Rechtsache C-122/96, BeckRS 2004, 74248).

Die vom Antragsteller und den entsprechenden Stimmen in der Literatur verortete „Teilhabediskriminierung" der ausländischen Belegschaften durch deren Benachteiligung bei konzernweiten Unternehmensentscheidungen kann als Begründung für eine Anwendung des Art. 18 AEUV gleichfalls nicht überzeugen. Zum einen wird zutreffend betont, dass die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht dem Schutz konkreter Belegschaftsinteressen verpflichtet sind, sondern – ebenso wie die Anteilseignervertreter – dem allgemeinen Unternehmenswohl (vgl. Hellwig/Behme, AG 2011, 740, 744). Zum anderen ist bereits rein empirisch nicht erwiesen, dass es bei Strukturveränderungen in supranationalen deutschen Unternehmen regelmäßig zu einer Bevorzugung der inländischen Standorte kommt, auch wenn dies etwa aus ökonomischen Gründen nicht sinnvoll ist. Insoweit räumen auch Rieble/Latzel ein, dass die „konkreten protektionistischen Wirkungen der deutschen Mitbestimmung nur schwer nachweisbar" sind (vgl. Rieble/Latzel, a.a.O., 154).

Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass der deutsche Gesetzgeber durch die Beschränkung der Mitbestimmung auf inländische Betriebe gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht verstößt. Es handelt sich bei den bemängelten negativen Auswirkungen der deutschen Konzernmitbestimmung nicht um eine mittelbare Diskriminierung im Sinne des Art. 18 AEUV, sondern lediglich um eine Reflexwirkung unterhalb der Eingriffsschwelle des Unionsrechts.

dd) Ein Verstoß der deutschen Mitbestimmungsregelungen gegen das Unionsrecht ist nach Überzeugung der Kammer ebenso wenig im Hinblick auf das in Art. 45 AEUV normierte Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit gegeben.

Insoweit besteht die Vorgabe durch die Rechtsprechung des EuGH, dass Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, Beeinträchtigungen dieser Freiheit darstellen, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995, Rechtssache Bosman, C-415/93, BeckRS 2004, 77129). Dies gilt nicht nur für Zugangshindernisse, durch die ein nationaler Arbeitsmarkt abgeschottet wird, sondern auch für Wegzugshindernisse, die dem Verlassen eines nationalen Arbeitsmarkts entgegenstehen und hierdurch die Arbeitnehmermobilität beeinträchtigen. Dabei spielt es für das so definierte Beschränkungsverbot, anders als beim Diskriminierungsverbot des Art. 45 Abs. 2 AEUV, keine Rolle, ob es sich bei den nationalen Bestimmungen im weitesten Sinne um Arbeitsbedingungen handelt.

Der mit einem Wechsel von einem deutschen Konzernunternehmen zu einer ausländischen Niederlassung oder Tochter der Antragsgegnerin verbundene Verlust des Wahlrechts für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat stellt nach Überzeugung der Kammer aber kein ernsthaftes Hindernis für inländische Arbeitnehmer dar, von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen. Der EuGH selbst hat das in der Rechtssache ... entwickelte Beschränkungsverbot dahin gehend eingeschränkt, dass Maßnahmen, die zu indirekt oder zu ungewiss sind, nicht unter das Verbot des Art. 45 AEUV fallen. Die Kammer schließt sich insoweit der Ansicht von Krause an, dass auch solche Wirkungen vom Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV ausgenommen sein müssen, welche für die ganz überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmer keinen beachtlichen Aspekt bei der Entscheidung für die Annahme einer Tätigkeit in einem anderen EU-Staat darstellen (vgl. Krause, AG 2012, 485, 489).

Auch wenn die Mitbestimmung im Gesellschaftsrecht angesiedelt ist, gehört sie für Arbeitnehmer im weitesten Sinne zu den Arbeitsbedingungen, die sich ohnehin in den Mitgliedstaaten der Union voneinander unterscheiden und von Wanderarbeitnehmern als Begünstigten der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Kauf genommen werden müssen. Anders als der vor Ort befindliche Betriebsrat wird die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat einer Konzernobergesellschaft auch für den umfassend informierten Arbeitnehmer bestenfalls von abstrakter Bedeutung sein.

Eine negative Motivationswirkung ist lediglich für diejenigen Arbeitnehmer denkbar, die ein – fremdnütziges – Aufsichtsratsmandat innehaben. Hierbei handelt es sich jedoch um einen verschwindend geringen Teil der im Konzern der Antragsgegnerin tätigen Beschäftigten. Zudem tritt die konkrete Situation, welche von Teilen der Literatur als Verstoß gegen Art. 45 AEUV gewertet wird, auch nur dann ein, wenn einer dieser sieben Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in eine ausländische Tochtergesellschaft gerade der Antragsgegnerin wechselt. Insoweit ist die Rechtsfolge des Verlusts des Aufsichtsratsmandats aber keine andere als sie auch bei einem Wechsel zu einem beliebigen anderen Arbeitgeber im In- oder Ausland eintreten würde (vgl. zutreffend Krause, a.a.O., 490).

3. Schließlich zeigt auch die Rechtsfolgenseite, dass die Auffassung, die deutsche Mitbestimmung

von deutschen Konzernobergesellschaften müsse auf EU-Tochterunternehmen ausgeweitet werden, durchgreifenden Bedenken begegnet.

a) Aufgrund des völkerrechtlichen Territorialprinzips ist es dem deutschen Gesetzgeber grundsätzlich verwehrt, in die Rechtssetzungsbefugnisse anderer EU-Staaten einzugreifen. Daher verbietet sich die Verknüpfung von Aufsichtsratswahlen zu einer deutschen Gesellschaft mit einer ausländischen Betriebsverfassung, bei der eine fremde Gesetzgebungskompetenz besteht (vgl. Fischer, a.a.O., 739). Insoweit beruht die gegenwärtig bestehende Beschränkung des Wahlrechts auf Arbeitnehmer, die in im Inland gelegenen Betrieben beschäftigt sind, auf der fehlenden Rechtsmacht des deutschen Gesetzgebers, verbindlich das Wahlverfahren im Ausland auszugestalten (vgl. Oetker in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl., Einl. Rz. 6).

b) Soweit das Territorialprinzip von den Verfechtern der Rechtsansicht, dass die deutsche Mitbestimmung unionsrechtswidrig ist, nicht als Rechtfertigung für die Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage akzeptiert wird (vgl. Hellwig/Behme, AG 2009, 261, 266), fehlt es an praktikablen Vorschlägen für eine gesetzgeberische Alternative, durch die ausländischen Belegschaften dieselben Wahlrechte eingeräumt werden wie den deutschen.

Zwar mag den deutschen Obergesellschaften auferlegt werden, für die Beteiligung der Beschäftigten ausländischer Konzerntöchter Sorge zu tragen. Eine sichere Rechtsposition würde dies den ausländischen Arbeitnehmern jedoch nicht verschaffen, da der deutsche Staat die Einhaltung einer derartigen Regelung auf fremdem Territorium nicht durchsetzen könnte. Wenn insoweit davon die Rede ist, dass gewissen Rechtsunsicherheiten wohl unvermeidbar wären (vgl. Fischer, a.a.O., 739), zeigt sich, dass ein solches Modell untauglich wäre, um die vermeintliche Ungleichbehandlung zu beseitigen. Vielmehr könnte dasselbe Ergebnis mit einer unionskonformen Auslegung des § 7 MitbestG erreicht werden (vgl. auch OLG Zweibrücken, NZG 2014, 740, 741; LG Frankfurt/Main, ZIP 2015, 634, 635), da Beschäftigte aus anderen EU-Staaten vom Wortlaut der Vorschrift her nicht von der Teilnahme an Aufsichtsratswahlen ausgeschlossen sind.

Andere Vorschläge, die etwa ohne weiteres die Übertragung des Mitbestimmungsmodells der SE-Beteiligungsrichtlinie auch auf nationale Gesellschaftsformen für möglich halten (vgl. Hellwig/Behme, AG 2011, 740, 743) übersehen, dass es sich um einen harmonisierten Rechtsbereich handelt, welcher die Mitwirkung der Mitgliedstaaten sicherstellt.

c) Nach alldem mag es zwar wünschenswert erscheinen, über eine Reform des deutschen Mitbestimmungsrechts unter Einbezug der Realität grenzübergreifender Gesellschaften und Konzerne nachzudenken. Hierbei handelt es sich aber um eine rechtspolitische Frage, die nicht von den Gerichten zu beantworten ist. Das bestehende Recht bleibt bis zu einer solchen Reform anwendbar, da kein Anwendungsvorrang des Unionsrechts besteht, der zur Aussetzung der Unternehmensmitbestimmung zwingt.

4. Die Kostenentscheidung besitzt angesichts der Regelung in § 99 Abs. 6 AktG letztlich klarstellende Funktion. Einen Ausnahmetatbestand, der es gerechtfertigt hätte, den Antragstellern die Verfahrenskosten aufzuerlegen, vermochte die Kammer nicht zu erkennen. Ein Kostenausspruch zu Lasten des Antragstellers ist vor allem bei offensichtlich unbegründeten oder unzulässigen Anträgen veranlasst (vgl. Hüffer/Koch, a.a.O., Rz. 12 zu § 99 AktG). Angesichts der oben angesprochenen Diskussion über die Vereinbarkeit des MitbestG mit Regelungen des EU-Vertrages war dieses Evidenzerfordernis vorliegend nicht erfüllt. Ebenso ergaben sich keine Anhaltspunkte, die ein Abweichen von dem in § 75 GNotKG bestimmten Regelgeschäftswert von 50.000,00 € notwendig gemacht hätten.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss finden die Rechtsmittel der Beschwerde oder der Sprungrechtsbeschwerde statt.

Rechtsmittel der Beschwerde

Die Beschwerde ist innerhalb einer Frist von einem Monat durch Einreichung einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Beschwerdeschrift beim Landgericht Berlin, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin einzulegen. Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses. Erfolgt diese durch Zustellung nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung, ist das Datum der Zustellung maßgebend. Erfolgt die schriftlichen Bekanntgabe durch Aufgabe zur Post, und soll die Zustellung im Inland bewirkt werden, gilt das Schriftstück drei Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, wenn nicht der Beteiligte glaubhaft macht, dass ihm das Schriftstück nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Kann die schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden, beginnt die Frist spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach Erlass (§ 38 Abs. 3 FamFG). Fällt das Fristende auf einen Sonntag, einen allgemeine Feiertag oder Sonnabend, so endet die Frist mit Ablauf des nächsten Werktages.

Rechtsmittel der Sprungrechtsbeschwerde
Gegen diesen Beschluss findet auf Antrag unter Übergehung der Beschwerdeinstanz unmittelbar die Rechtsbeschwerde (Sprungrechtsbeschwerde) statt, wenn die Beteiligten in die Umgehung der Beschwerdeinstanz einwilligen und der Bundesgerichtshof die Sprungrechtsbeschwerde zulässt. Der Antrag auf Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde und die Erklärung der Einwilligung gelten als Verzicht auf das Rechtsmittel der Beschwerde.

Die Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde ist durch Einreichung eines Schriftsatzes (Zulassungsschrift) beim Bundesgerichtshof (Herrenstraße 45 a, 76133 Karlsruhe) zu beantragen.

Die Frist für die Einlegung des Antrags auf Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach dem Erlass des Beschlusses. Fällt das Fristende auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder Sonnabend, so endet die Frist mit Ablauf des nächsten Werktages.

In dem Antrag muss dargelegt werden, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Für den Antrag auf Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde ist die Vertretung durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt erforderlich, der die Zulassungsschrift zu unterschreiben hat.

Die schriftliche Erklärung der Einwilligung des Beschwerdegegners ist dem Zulassungsantrag beizufügen oder innerhalb der oben genannten Frist zur Einlegung des Rechtsmittels beim Bundesgerichtshof einzureichen.

IMPRESSUM

Ausgabe
Mitbestimmungs-Report 17/2015
Nagelprobe EuGH – Mitbestimmung untergraben oder festigen?
ISSN 2364-0413

Autoren
Autoren: Dr. Lasse Pütz und
Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.
Abteilung Mitbestimmungsförderung
Hans-Böckler-Stiftung

Papier erstellt unter Mitarbeit von
Jan Grüneberg, Daniel Hay,
Johannes Heuschmid, Norbert Kluge,
Doris Meissner, Rainald Thannisch,
Klaus Ulrich

Ansprechpartner
Dr. Lasse Pütz und
Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.
Hans-Böckler-Stiftung
Abteilung Mitbestimmungsförderung,
Referate Wirtschaftsrecht,
E-Mail: Lasse-Puetz@boeckler.de /
Sebastian-Sick@boeckler.de

Produktion
teamADwork Werbe GbR
Düsseldorf, Dezember 2015