

Die Diskriminierung der europäischen Belegschaft  
im mitbestimmten Aufsichtsrat



**Konrad Erzberger**

**Die Diskriminierung der europäischen  
Belegschaft im mitbestimmten Aufsichtsrat**

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-96138-019-0

© 2017 Wissenschaftlicher Verlag Berlin

Olaf Gaudig & Peter Veit GbR

[www.wvberlin.de](http://www.wvberlin.de) / [www.wvberlin.com](http://www.wvberlin.com)

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung, auch einzelner Teile, ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für fotomechanische Vervielfältigung sowie Übernahme und Verarbeitung in EDV-Systemen.

Druck und Bindung: SDL – Digitaler Buchdruck, Berlin

Printed in Germany

€ 28,00

## **Vorwort**

Mit Urteil vom 18. Juli 2017 hat der EuGH im Verfahren betreffend die TUI AG auf eine Vorlage durch das Kammergericht Berlin einige der hier besprochenen Rechtsfragen zumindest für die Praxis beantwortet (Rs. C-566/15). Der EuGH sieht im Grundsatz keinen Verstoß gegen Unionsrecht. Zu den Themen der Berechnung mitbestimmungsrechtlicher Schwellenwerte und der Nichtberücksichtigung von Beschäftigten in unselbstständigen Niederlassungen in einem anderen Mitgliedstaat hat der EuGH jedenfalls nicht unmittelbar Stellung bezogen. Er hat die Vorlagefrage wie folgt beantwortet: „Art. 45 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegensteht, wonach die bei den inländischen Betrieben eines Konzerns beschäftigten Arbeitnehmer das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen der Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat der in diesem Mitgliedstaat ansässigen Muttergesellschaft des Konzerns sowie gegebenenfalls das Recht auf Ausübung oder weitere Ausübung eines Aufsichtsratsmandats verlieren, wenn sie ihre Stelle in einem solchen Betrieb aufgeben und eine Stelle bei einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft dieses Konzerns antreten.“

Der vorliegende Text wurde von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 13. Januar 2016 statt. Erstgutachter war Herr Prof. Dr. Klaus-Stefan Hohenstatt und Zweitgutachter Herr Prof. Dr. Matthias Jacobs. Beiden gilt mein herzlicher Dank.

## Gliederung

Verwendete Abkürzungen .....	XIV
Literaturverzeichnis .....	XX
A. Einführung .....	1
I. Kontext .....	1
1. Wirtschaft im Zeichen der Globalisierung .....	1
2. Unternehmensmitbestimmung im Zeichen der Globalisierung .....	2
3. Deutsche Unternehmensmitbestimmung – ein „bedrohtes“ Rechtsgebiet? .....	3
4. Die Flucht aus der Mitbestimmung .....	5
5. Neuer Zündstoff durch die Einführung der mitbestimmungsrechtlich flexibleren Societas Europaea (SE) .....	8
II. Das Problem des Repräsentationsdefizits .....	9
1. Status quo: Unternehmensmitbestimmung nur für die auf deutschem Boden tätige Arbeitnehmer .....	9
2. Die unzureichende Bearbeitung durch Schrifttum und Rechtsprechung .....	12
3. Das Repräsentationsdefizit in der Unternehmenspraxis .....	16
a) Vorüberlegungen .....	16
b) Freiwillige internationale Mitbestimmung .....	17
c) Das Ausmaß des Problems .....	18
4. Rechtsvergleichender Überblick .....	21
a) Länder mit internationaler Unternehmensmitbestimmung: Dänemark, Norwegen, Schweden und Frankreich .....	21

b) Länder ohne internationale Unternehmensmitbestimmung: Niederlande, Spanien, Luxemburg, Finnland, Österreich und Slowenien .....	21
B. Kollisionsrechtliche Vorüberlegungen .....	24
I. Trennung von Kollisionsrecht und Sachrecht .....	24
II. Das Fehlen einer speziellen Kollisionsnorm im Mitbestimmungsgesetz.....	24
III. Anknüpfung .....	25
1. Keine Sonderanknüpfung .....	25
2. Die Anknüpfung an das Arbeitsverhältnis.....	26
3. Die Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut .....	27
4. Stellungnahme .....	28
IV. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts.....	29
V. Zwischenergebnis .....	30
C. Einfachgesetzliche Auslegung .....	31
I. Der Einwand des Territorialitätsprinzips .....	31
1. Meinungsstand .....	31
2. Stellungnahme .....	32
3. Zwischenergebnis .....	35
II. Klassischer Auslegungskanon.....	35
1. Auslegung nach dem Wortlaut .....	35
a) Vorüberlegungen .....	35
b) Die Niederlassung im Ausland.....	36
c) Die Tochtergesellschaft im Ausland .....	38
d) Wahlvorschriften und Statusverfahren.....	39

e)	Schwellenwerte .....	42
f)	Zwischenergebnis .....	43
2.	Systematische Auslegung .....	43
a)	Verwendung deutscher Rechtsbegriffe .....	43
aa)	Der Einwand .....	43
bb)	Stellungnahme .....	44
b)	Reichweite des Gewerkschaftsbegriffs .....	45
aa)	Der Einwand .....	45
bb)	Stellungnahme .....	46
c)	Vergleich mit den Auslandstatbeständen für Schifffahrt und öffentliche Stellen .....	46
aa)	Internationale Schifffahrt unter deutscher Flagge .....	46
bb)	Dienststellen des Bundes im Ausland .....	47
cc)	Zwischenergebnis .....	49
d)	Systembrüche innerhalb der heute herrschenden Meinung .....	49
aa)	Inkonsistenzen bei der Zurechnung von Tochtergesellschaften .....	49
bb)	Inkonsistenzen bei den sog. „Ausstrahlungsfällen“ .....	50
cc)	Inkonsistenzen bei Betrachtung der Gesellschaftsstatuten .....	51
dd)	Zwischenergebnis .....	51
e)	Rechtsdurchsetzung im Ausland .....	51
f)	Zwischenergebnis .....	52
3.	Teleologische Auslegung .....	52
a)	Ausgangspunkt: Größtmögliche Zielerreichung .....	53
b)	Befriedung der Belegschaft .....	53



c)	Bedeutung der Schwellenwerte .....	55
d)	Praktikabilitätsabwägungen .....	55
aa)	Einwände gegen die Praktikabilität .....	56
(1)	Durchführung der Wahlen .....	56
(2)	Sprachbarriere und Bildungsniveau.....	57
(3)	Gewöhnung an andere Mitbestimmungsmodelle .....	58
(4)	Zwischenergebnis .....	61
bb)	Anzeichen für die Praktikabilität.....	62
(1)	Ausstrahlungsfälle .....	62
(2)	Dänemark, Norwegen, Schweden und Frankreich .....	62
(3)	Daimler, Opel und Aventis .....	62
(4)	Societas Europaea und grenzüberschreitende Verschmelzungen.....	63
(5)	Üblichkeit transnationaler Vorgänge im Unternehmen.....	63
(6)	Zwischenergebnis .....	63
cc)	Zwischenergebnis .....	64
e)	Corporate Governance und Vielfalt .....	64
f)	Zwischenergebnis .....	64
4.	Historische Auslegung.....	64
a)	Die Äußerung des Bundestagsausschusses zum MitbestG .....	65
b)	Auslegungsrelevanz von Äußerungen durch Fachausschüsse ..	65
aa)	Die Unterscheidung von Gesetzgebung und Ausschuss ....	66
bb)	Die fehlende argumentative Auseinandersetzung und Tiefe .....	67
cc)	Geänderte Rechtslage .....	67

dd) Zwischenergebnis .....	68
c) Sonstige Anhaltspunkte .....	68
d) Zwischenergebnis .....	68
5. Zwischenergebnis .....	69
D. Vereinbarkeit mit Europarecht .....	70
I. Europäisches Sekundärrecht .....	70
1. Europäische Verordnungen .....	70
2. Richtlinien.....	72
3. Zwischenergebnis .....	73
II. Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV .....	73
1. Vorüberlegungen zum Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit .....	73
2. Die Bedeutung von Art. 45 Abs. 2 AEUV .....	74
3. Meinungsstand .....	74
4. Betroffenheit des Schutzbereichs .....	75
a) Persönlicher Schutzbereich .....	75
b) Sachlicher Schutzbereich .....	76
aa) Binnenmarktrelevanz .....	76
(1) Der Einwand .....	77
(2) Stellungnahme .....	77
bb) Erheblichkeit .....	79
(1) Der Einwand .....	79
(2) Stellungnahme .....	80
cc) Schwellenwerte .....	83
dd) Niederlassungen und Tochtergesellschaften .....	84

(1) Der Einwand .....	85
(2) Stellungnahme .....	86
ee) Einschränkungen aus Art. 345 AEUV? .....	88
ff) Zwischenergebnis .....	88
c) Zwischenergebnis .....	88
5. Rechtfertigung .....	89
a) Beurteilungsmaßstab für die Rechtfertigung .....	89
b) Sachliche Gründe für das Repräsentationsdefizit in der Unternehmensmitbestimmung .....	89
aa) Schonung der Souveränität anderer Mitgliedstaaten .....	90
bb) Protektionismus zugunsten der deutschen Belegschaft .....	90
cc) Fehlen betriebsverfassungsrechtlicher Strukturen und Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung im Ausland sowie Effizienz der Mitbestimmungsausübung .....	91
dd) Zwischenergebnis .....	92
c) Geeignetheit .....	92
d) Erforderlichkeit .....	92
aa) Identifikation von Regelungsalternativen .....	93
(1) Verpflichtung des Konzernvorstandes zur Wahldurchsetzung im Ausland .....	93
(2) Nominierung extraterritorialer Arbeitnehmervertreter durch Gremien .....	93
(3) Verhandlungslösung .....	94
(4) Kombinations- und Stufenmodelle .....	94
(5) Zwischenergebnis .....	94

bb) Größere Schonung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch andere Mittel .....	95
cc) Eignungsäquivalenz der Regelungsalternativen gegenüber dem Repräsentationsdefizit in seiner heutigen Form .....	95
dd) Zwischenergebnis .....	96
e) Zwischenergebnis .....	96
6. Zwischenergebnis .....	96
III. Europäisches Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV .....	97
1. Meinungsstand .....	97
2. Betroffenheit des Schutzbereichs .....	98
a) Persönlicher Schutzbereich .....	98
b) Sachlicher Schutzbereich .....	98
c) Zwischenergebnis .....	100
3. Benachteiligungsform .....	100
a) Unmittelbare Diskriminierung .....	100
b) Mittelbare Diskriminierung .....	100
c) Zwischenergebnis .....	101
4. Rechtfertigung .....	101
a) Rechtfertigbarkeit .....	101
b) Maßstab .....	101
c) Subsumtion .....	102
d) Zwischenergebnis .....	102
5. Zwischenergebnis .....	102
IV. Sonstige Grundfreiheiten .....	102
1. Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 Abs. 1 AEUV .....	102

2.	Niederlassungsfreiheit, Artt. 49 ff. AEUV .....	103
3.	Dienstleistungsfreiheit, Artt. 56 ff. AEUV .....	104
4.	Zwischenergebnis .....	104
V.	Zwischenergebnis .....	104
E.	Rechtsfolgen .....	105
I.	Europarechtskonforme Auslegung der Mitbestimmungsgesetze? .....	105
1.	Beispielfälle .....	105
2.	Meinungsstand zur Möglichkeit europarechtskonformer Auslegung .....	106
3.	Maßstab europarechtskonformer Auslegung .....	107
4.	Stellungnahme .....	108
a)	Keine entsprechende Anwendung von Art. 264 Abs. 2 AEUV .....	108
b)	Ausklammerung von Schwellenwerten in der Unternehmensmitbestimmung .....	109
c)	Normativer Anknüpfungspunkt: Aktives und passives Wahlrecht .....	109
5.	Zwischenergebnis .....	110
II.	Anwendungsvorrang des Europarechts .....	110
F.	Ergebnis und Zusammenfassung der Untersuchung .....	114
G.	Ausblick .....	115