



Inlandsmitbestimmung als Ausländerdiskriminierung bei Standortkonflikten

Prof. Dr. *Volker Rieble* und Dr. *Clemens Latzel*, München*

Inhalt

	Seite
I. Deutsche Mitbestimmungsterritorialität mit diskriminierender Wirkung	146
1. Mitbestimmungsterritorialität	146
a) Territoriale Betriebsverfassung	146
b) Territoriale Unternehmensmitbestimmung	148
2. Diskriminierende Wirkung deutscher Territorialität	149
a) Gleichberechtigte Teilhabe im Verteilungskonflikt	149
b) Teilhabediskriminierung durch Territorialität	151
c) Diskriminierung in den Marktchancen (Zutritt und Verbleib)	153
d) Sonder- und Extremfall Volkswagen	154
II. Unvereinbarkeit mit Unionsrecht	155
1. Mitbestimmung als diskriminierungsgeschützte Arbeitsbedingung	155
2. Freizügigkeitsrelevanz der Territorialität	156
3. Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf	158
4. Zusätzlicher Beschränkungsschutz	160
III. Keine Rechtfertigung	161
1. Unionsrechtlicher Blickwinkel	161
2. ... und irrelevante Schutzbehauptungen	161
3. Sekundärrechtliche Wegbereitung	162
IV. Konsequenzen	163
1. Zuständigkeitsabgrenzung in der betrieblichen Mitbestimmung	163
a) Zuständigkeitsbescheidung deutscher Betriebsverfassungsorgane	163
b) Alleinzuständigkeit des Europäischen oder SE-Betriebsrats	164
2. Anwendungsvorrang und Unternehmensmitbestimmung	165
a) Meinungsstand	165
b) Stellungnahme	166
3. Prozessual: Vorlagepflicht an den EuGH	167
a) Vorlagepflicht in Statusverfahren nach § 98 AktG	167
b) Vorlagepflicht bei Streitigkeiten aus einem oder um einen Interessenausgleich	168
c) Garantie des gesetzlichen Richters	169
V. Fazit	170

* Prof. Dr. *Volker Rieble* ist Universitätsprofessor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht sowie Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU). Dr. *Clemens Latzel* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZAAR.

Die deutsche Mitbestimmung räumt deutschen Belegschaften weitreichende Mitwirkungsrechte ein. Eine spezifische Inkongruenz von ausschließlich territorialer Repräsentation der deutschen Belegschaften und ihrem Zugriff auch auf transnational wirkende Entscheidungen führt insbesondere in grenzüberschreitenden Standortkonflikten zu einer Vormachtstellung der inländischen Belegschaften gegenüber den konkurrierenden Belegschaften an anderen Standorten in der Europäischen Union (EU). Mit dem Unionsrecht ist das nicht vereinbar. Entweder müssen alle betroffenen Arbeitnehmer mitbestimmen können – also die personale Basis der Mitbestimmung auf die Unionsbelegschaft eines Unternehmens oder Konzerns ausgedehnt werden –, oder es müssen die Beteiligungsrechte der deutschen Mitbestimmung auf rein nationale Sachverhalte beschränkt werden. So wie es ist, darf es jedenfalls nicht bleiben! Die Folgen für die Unternehmens- und die betriebliche Mitbestimmung sind dabei verschieden. Die auch von *Hellwig* und *Behme* einerseits¹ sowie *Teichmann* andererseits² anhand der Unternehmensmitbestimmung geführte Kontroverse endet – wie zu zeigen sein wird – zwangsläufig beim Europäischen Gerichtshof (EuGH).

Die Untersuchung greift einen Teilaspekt der auf Gleichheitsfragen in der Unternehmensmitbestimmung ausgerichteten Dissertation von *Clemens Latzel*³ auf und verbindet diese mit betriebsverfassungsrechtlichen Systemerwägungen zu einer mitbestimmungsrechtlichen Gesamtschau.

I. Deutsche Mitbestimmungsterritorialität mit diskriminierender Wirkung

1. Mitbestimmungsterritorialität

Mitbestimmung für deutsche Unternehmen und Betriebe findet nur in Deutschland statt – ohne dass dies ausdrücklich geregelt wäre.

a) Territoriale Betriebsverfassung

Nach schon immer herrschender Meinung ist die Mitbestimmung einem strengen (quasi öffentlich-rechtlichen) Territorialitätsprinzip verpflichtet, weswegen ausländische Betriebe inländischer Unternehmen keine Betriebsräte nach deutschem Recht haben und auch ihre jeweiligen nationalen Arbeitnehmervertretungen keine Vertreter in den deutschen Gesamtbetriebsrat auf Unternehmensebene oder in den deutschen Konzernbetriebsrat entsenden können. Aus der strengen räumlichen Fixierung auf Betriebe im Inland⁴ folgt dann auch, dass nur Arbeitnehmer in-

¹ *Hellwig/Behme*, Die Aktiengesellschaft (AG) 2009, 261 ff.; *dieselben*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2010, 871 ff.

² *Teichmann*, ZIP Beilage 48/2009, 10 ff.; *derselbe*, ZIP 2010, 874 f.

³ *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010; zur dysfunktionalen Territorialität auch schon *Rieble*, in: *Rieble* (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, 2004, § 1 Rn. 7.

⁴ Bundesarbeitsgericht (BAG) 1.10. 1974 – 1 ABR 77/73, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1975, 1091, 1092; BAG 9.11. 1977 – 5 AZR 132/76, NJW 1978, 1124; BAG 22.3. 2000 – 7 ABR 34/98, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2000, 1119, 1121; *Richardi*, in: *Richardi* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung (BetrVG), 12. Aufl. 2010, Einleitung Rn. 66 mit weiteren Nachweisen; *Däubler*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), BetrVG, 12. Aufl. 2010, Einleitung Rn. 204: „national-introvertiert“; speziell zum Belegenheitsort *Franzen*, in: *Gemein-*

ländischer Betriebe aktiv und passiv wahlberechtigt sind – woran eine nur vorübergehende Entsendung ins Ausland nichts ändert (Ausstrahlung). Das ist im Kern unstrittig⁵. Weil das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) nicht rechtsformbezogen ist, sondern nur auf die Lage des Betriebs als Arbeitsorganisation abstellt, werden inländische Betriebe ausländischer Unternehmen vom BetrVG durchaus erfasst⁶. In all diesen Fällen kommt also der Inlandsbelegschaft mit Blick auf die deutsche Betriebsverfassung ein Repräsentationsmonopol zu.

Ausländische Betriebe können sich mit ihren Arbeitnehmervertretungen nicht am Gesamtbetriebsrat auf Unternehmensebene beteiligen; dieser ist nur für Inlandsbetriebe zu bilden⁷ und nur von Inlandsbetriebsräten zu „beschicken“⁸. Ebenso sind Repräsentanten von Auslandsbetrieben von der Mitwirkung im Konzernbetriebsrat ausgeschlossen⁹. Sitzt das herrschende Unternehmen im Ausland, kann bei diesem kein deutscher Konzernbetriebsrat errichtet werden, dafür aber bei einer inländischen Teilkonzernspitze, das heißt bei einem im Inland ansässigen abhängigen Unternehmen, dem noch wesentliche Leitungsaufgaben in personellen, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten zur eigenständigen Ausübung gegenüber den ihm nachgeordneten Unternehmen verbleiben („Konzern im Konzern“)¹⁰.

Territorial beschränkt ist auch der Wirtschaftsausschuss des § 106 BetrVG. Er soll zwar auch „bei“ ausländischen Unternehmen mit Betrieben im Inland angesiedelt werden, wenn deutsche Betriebe die Voraussetzungen des § 106 Abs. 1 BetrVG im

schaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), 9. Aufl. 2010, § 1 Rn. 4 mit weiteren Nachweisen.

⁵ Nur *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, 1999, S. 28 ff., 61, hält auch bei Auslandsbetrieben mit enger Inlandsbindung und entsprechender (tarif-) vertraglicher Vereinbarung das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) für anwendbar. Zum Sonderproblem grenzüberschreitender Betriebe mit deutschem Haupt- und ausländischem Nebenteil BAG 10.9. 1985 – 1 ABR 28/83, Arbeitsrechtliche Praxis (AP) Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972 (B IV 1 a); differenzierend *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 4), § 1 Rn. 11.

⁶ *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 4), § 1 Rn. 5; *Richardi*, in: Richardi (Fn. 4), Einleitung Rn. 68; für Betriebe mit ausschließlich ausländischer Belegschaft und einheitlich ausländischem Arbeitsstatut noch offengelassen von BAG 9.11. 1977 – 5 AZR 132/76 (Fn. 4).

⁷ Herrschende Meinung; *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl. 2011, § 47 BetrVG Rn. 5; *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 4), § 47 Rn. 9; *Trittin*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 4), § 47 Rn. 20; einschränkend *Annuß*, in: Richardi (Fn. 4), § 47 Rn. 21: überbetriebliche Organisation im Inland erforderlich.

⁸ Herrschende Meinung; *Annuß*, in: Richardi (Fn. 4), § 47 Rn. 19; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 25. Aufl. 2010, § 47 Rn. 22; anderer Ansicht *Trittin*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 4), § 47 Rn. 22: Beteiligung ausländischer betrieblicher Arbeitnehmervertretungen, die dem deutschen Betriebsrat „in etwa adäquat“ sind.

⁹ Herrschende Meinung; *Annuß*, in: Richardi (Fn. 4), § 54 Rn. 34; *Fitting* (Fn. 8), § 54 Rn. 37; *Kreutz/Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 4), § 54 Rn. 42; anderer Ansicht *Trittin*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 4), § 54 Rn. 33: Arbeitnehmervertreter ausländischer Tochterunternehmen sind zu beteiligen, wenn sie demokratisch gewählt wurden.

¹⁰ BAG 14.2. 2007 – 7 ABR 26/06, NZA 2007, 999, 1003 ff., mit zustimmender Anmerkung *Junker*, Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (SAE) 2008, 41; *Henssler*, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 2005, 289, 309 ff.; *Kreutz/Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 4), § 54 Rn. 44; anderer Ansicht *Däubler*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 4), Einleitung Rn. 203: Steuerung der inländischen Unternehmen vom Ausland an „langer Leine“ genügt; *Trittin*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 4), § 54 Rn. 29a: inländische Leitungsmacht entbehrlich; ähnlich *Fitting* (Fn. 8), § 54 Rn. 34.

Inland (!) erfüllen¹¹, und irgendein inländischer Unternehmensanknüpfungspunkt besteht¹². Stets bleibt aber seine Funktion auf das inländische Teilunternehmen beschränkt.

b) Territoriale Unternehmensmitbestimmung

Die Unternehmensmitbestimmung kennt dieselbe Territorialität. Sie beteiligt Arbeitnehmer an Entscheidungen des Aufsichtsrats in juristischen Personen bestimmter Rechtsformen und ab einer bestimmten Größe mit einem Drittel der Aufsichtsratssitze (§ 4 Abs. 1 Drittelbeteiligungsgesetz [DrittelbG]) oder mit der Hälfte (§ 7 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz [MitbestG]) – nach teilweise unterschiedlichen und damit systemwidrigen Regeln¹³. Im aktiven und passiven Wahlrecht folgt die Unternehmensmitbestimmung der Betriebsverfassung. Auch hier sind also wieder nur die Arbeitnehmer inländischer Betriebe (nebst Ausstrahlungsfällen¹⁴) aktiv und passiv wahlberechtigt¹⁵.

Die Territorialität setzt sich konsequent bei der Konzernzurechnung nach § 2 DrittelbG und § 5 MitbestG fort: Nur inländische Belegschaften inländischer Tochterunternehmen können der Konzernbelegschaft der Mutter zugerechnet werden, während Gesellschaften ausländischen Rechts außen vor bleiben¹⁶. Allerdings können richtigerweise deutsche Einzelgesellschaften und ihre Belegschaften trotz zwischen geschalteter Auslandsgesellschaft der deutschen Mutter zugerechnet werden¹⁷. Immerhin kann § 5 Abs. 3 MitbestG zu einer fingierten inländischen Teilkonzernspitze verhelfen, wenn die Obergesellschaft im Ausland liegt.

Früher folgte die Territorialität zusätzlich aus der strengen Rechtsformanknüpfung an bestimmte deutsche juristische Personen. Seitdem Unternehmen indes ihren Verwaltungssitz unter Mitnahme der Rechtsform verlegen können, nimmt die deutsche Mitbestimmung auch Inlandsbelegschaften aus, wenn sie einem Unternehmen in mitbestimmungsfreier ausländischer Rechtsform zugeordnet sind. Umgekehrt kann aber theoretisch eine deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) mit Verwaltungssitz im Ausland mitbestimmt werden¹⁸.

Nur mittelbar eine Territorialitätsfrage ist die Zählweise für die maßgebende Unternehmensgröße: Für die einschlägigen Schwellenwerte (mehr als 500 be-

¹¹ BAG 1.10. 1974 – 1 ABR 77/73 (Fn. 4), 1091; *Fitting* (Fn. 8), § 106 Rn. 20; *Henssler*, ZfA 2005, 289, 311 f.; *Junker*, SAE 2008, 41, 43.

¹² Dazu kritisch *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 4), § 1 Rn. 7 ff.

¹³ Eingehend *Latzel* (Fn. 3), Rn. 380 ff.

¹⁴ *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Hrsg.), Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 3 MitbestG Rn. 38 mit weiteren Nachweisen.

¹⁵ Herrschende Meinung; *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 14), § 3 MitbestG Rn. 8, § 7 MitbestG Rn. 35 jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁶ Herrschende Meinung; Landgericht (LG) Düsseldorf 5.6. 1979 – 25 AktE 1/78, Der Betrieb (DB) 1979, 1451, 1452; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 14), § 5 MitbestG Rn. 55; *Koberski*, in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge (Hrsg.), Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2008, § 3 MitbestG Rn. 28.

¹⁷ Herrschende Meinung; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 14), § 5 MitbestG Rn. 55 mit weiteren Nachweisen; *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 14), § 3 MitbestG Rn. 36 mit weiteren Nachweisen; zu Umgehungsmöglichkeiten *derselbe*, Recht der Arbeit (RdA) 2005, 330, 332 f.

¹⁸ Allerdings praktisch problematisch, *Däubler/Heuschmid*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2009, 493, 496; *Waldenmaier/Ley*, BetriebsBerater (BB) 2009, 1694, 1697 f.

ziehungsweise 2.000 Arbeitnehmer) werden nur Inlandsbelegschaften mitgezählt¹⁹. Das schafft eine zusätzliche Mitbestimmungsungleichheit, denn ein Unternehmen, das 1.100 Beschäftigte in Deutschland und weitere 1.000 in Europa hat, fällt nicht unter das MitbestG, sein Konkurrent mit 2.100 Inlandsbeschäftigten hingegen schon.

2. Diskriminierende Wirkung deutscher Territorialität

a) Gleichberechtigte Teilhabe im Verteilungskonflikt

Die Territorialität des deutschen Mitbestimmungsrechts schließt innerhalb ein- und desselben Unternehmens oder Konzerns ausländische Belegschaften von jenen Teilhaberechten aus, die der deutschen Belegschaft zukommen. Damit trennt das Territorialitätsprinzip also die europäischen Belegschaften in Arbeitnehmer erster und zweiter Klasse. Das ist wegen der Nationalität der mitgliedstaatlichen Arbeitsrechtsordnungen völlig unproblematisch, soweit es um solche Angelegenheiten geht, die in einem Betrieb oder Unternehmen nur eine örtliche und nicht grenzüberschreitende Regelungsfrage betreffen. Mitbestimmung ist Teilhabe und versucht die von einer Arbeitgeberentscheidung betroffenen Arbeitnehmer über ihre Repräsentanten an den auch sie betreffenden Entscheidungen zu beteiligen. Getrennte Betroffenheit erlaubt also ohne weiteres getrennte Mitbestimmung und dabei auch unterschiedliche Mitbestimmungsordnungen. Dass etwa die deutsche betriebliche Mitbestimmung von der französischen abweicht und deswegen unterschiedliche Mitspracherechte bei den örtlichen Arbeitszeitregelungen bestehen, ist als Folge unterschiedlicher nationaler Arbeitsrechtsordnungen ohne weiteres hinzunehmen.

Problematisch werden solch unterschiedliche Teilhaberechte, wenn sie sich auf unternehmens- oder konzernweite Entscheidungen beziehen, von denen die Belegschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten in gleicher Weise betroffen werden. Ungleichheit in der Arbeitnehmerbeteiligung verfehlt nicht nur die Mitbestimmungsidee durch Ausgrenzung, sondern erlaubt der privilegierten Belegschaft geradezu eine Durchsetzung ihrer Interessen auf dem Rücken der Benachteiligten. Mitbestimmung der Arbeitnehmer missrät zur Fremdbestimmung durch bestimmte Arbeitnehmer.

Das mitbestimmungsrechtliche Teilhabeprinzip²⁰ will diejenigen Arbeitnehmer beteiligen, die von der unternehmerischen Entscheidung betroffen sind, das heißt Mitbestimmung durch und für die, die es angeht²¹. Bei einer einheitlichen Entscheidung mit einer Vielzahl von Betroffenen geht es typischerweise um einen Verteilungskonflikt (zum Beispiel Standortfragen). Die deutsche *Unternehmensmitbestimmung* sorgt für innerdeutsche Mitbestimmungsgleichheit, indem sie die Beteiligung von vornherein „oben“, also an der Unternehmens- und Konzernspitze vorsieht und indem im Rahmen der Konzernzurechnung eine „virtuelle“ Konzernbelegschaft geschaffen wird, die im Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft die auch nur potenziell betroffenen Arbeitnehmerinteressen zur Geltung bringen kann. Anders als die betriebliche Mitbestimmung schießt die Unternehmensmitbestimmung damit auch ein wenig

¹⁹ Herrschende Meinung; *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 14), § 3 MitbestG Rn. 8, § 7 MitbestG Rn. 35; weitere Nachweise auch zu differenzierenden Ansichten bei *Latzel* (Fn. 3), Rn. 331 mit Fn. 552.

²⁰ Für die Unternehmensmitbestimmung *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance, 2006, S. 133 ff.; für die Betriebsverfassung *Wiese*, ZfA 2000, 117, 121 ff.

²¹ Dieser Grundsatz ist im deutschen wie europäischen Mitbestimmungsrecht verwirklicht, *Latzel* (Fn. 3), Rn. 36 ff. beziehungsweise Rn. 228 ff.

über das Ziel hinaus, denn die bloß abstrakt-potenzielle Betroffenheit von Arbeitnehmern in Tochter- und Enkelgesellschaften verschafft diesen auch dann einen Mitwirkungseinfluss, wenn sie konkret nicht betroffen sind und damit eine Fremdmittlungsoption. Freilich ist das infolge der typisierenden Einrichtung der Unternehmensmitbestimmung gar nicht anders möglich.

Eine Differenzierung der Beteiligung je nach Betroffenheit erlaubt die *betriebliche Mitbestimmung* mit ihrer komplexen, an „Angelegenheiten“ ausgerichteten Zuständigkeitsordnung. Die Ausgangszuständigkeit für den *örtlichen* Betriebsrat verhindert, dass Arbeitnehmerrepräsentanten anderer Standorte sich in *örtliche* Angelegenheiten einmischen. Dagegen sorgt die Zuständigkeitsverlagerung auf den Gesamtbetriebsrat (§ 50 Abs. 1 BetrVG)²² oder den Konzernbetriebsrat (§ 58 Abs. 1 BetrVG) gerade dann für eine Beteiligung weiterer Repräsentanten, wenn es um Verteilungskonflikte im Unternehmen oder Konzern geht. Das ist der Kern des Tatbestandsmerkmals des „Nichtregelkönnens“²³. Wenn und weil ein Verteilungskonflikt zwischen zwei Betrieben desselben Unternehmens droht, sollen nicht die Betriebsräte getrennt um den Vorteil für ihren Betrieb kämpfen, sondern es soll auf der Unternehmensebene im Gesamtbetriebsrat eine Lösung unter Berücksichtigung aller konfligierenden Interessen auf Belegschaftsseite gefunden werden. Dasselbe gilt für die Zuständigkeitsverschiebung auf die Konzernebene, sofern überhaupt ein Konzernbetriebsrat gebildet ist²⁴.

Anders ist es nur für den Wirtschaftsausschuss auf Unternehmensebene: Weder gibt es einen Konzernwirtschaftsausschuss, noch setzt die Zuständigkeit des Wirtschaftsausschusses voraus, dass die Beratungsthemen in ihrer Wirkung auf das jeweilige Unternehmen beschränkt sind²⁵. Allerdings wird dem Arbeitgeber insofern nur zugemutet, unternehmensübergreifende Fragen mit mehreren Wirtschaftsausschüssen zu beraten.

Man sieht also, dass jedenfalls das BetrVG bei innerdeutschen Belegschaftskonflikten sorgsam bemüht ist, durch Zuständigkeitsverlagerungen eine gleichberechtigte Mitbestimmung aller betroffenen Belegschaften zu garantieren. Nur die Ausländer bleiben draußen. Sie müssen es hinnehmen, dass Repräsentanten deutscher Standorte mit der Unternehmens- oder Konzernleitung oder im Aufsichtsrat solche Entscheidungen beraten oder mitbestimmen, die gerade auch den Auslandsstandort und seine Arbeitnehmer betreffen.

Auf die Betroffenheit der Belegschaften an ausländischen Standorten nimmt das deutsche Recht keinerlei Rücksicht. Aus der Unternehmensmitbestimmung bleiben jene ganz ausgeblendet. Soweit die Europäisierung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung immerhin ein einheitliches und grenzüberschreitendes Beratungsgremium schafft – den Europäischen Betriebsrat (EBR) nach dem Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG)²⁶ oder den Societas Cooperativa Europaea- (SCE)

²² Eingehend *Thüsing*, ZfA 2010, 195 ff.

²³ *Rieble*, Festschrift Bauer, 2010, S. 867, 868, 872; eingehend *Schul*, Verlagerung der Betriebsratszuständigkeit, 2009, S. 66 ff.

²⁴ Gemäß § 54 Abs. 1 BetrVG ist die Errichtung von einem entsprechenden Beschluss der Gesamtbetriebsräte abhängig.

²⁵ *Oetker*, in: GK-BetrVG (Fn. 4), § 106 Rn. 23 ff.

²⁶ Dazu auch die neugefasste Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.5. 2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden

Betriebsrat nach dem Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft (SCEBG) – steht dieses völlig unabhestimmt neben den deutschen Betriebsverfassungsorganen. Und weil solche europäischen Betriebsräte nur Anhörungs- und Konsultationsrechte genießen, bleibt es dem deutschen Standortbetriebsrat unbenommen, eine Beschlussfassung des europäischen Gremiums zulasten eines deutschen Standorts zu ignorieren und mit den starken Mitbestimmungsrechten des BetrVG für den deutschen Standort zu kämpfen. Dazu zählen vor allem das Spiel auf Zeit beim Interessenausgleich und die gezielt kostentreibende Ausgestaltung des Sozialplans, wodurch dem Unternehmen der Verzicht auf seine inländische Maßnahme abgerungen werden kann, denn nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) gilt die „Vertretbarkeit auch einschneidender Belastungen des Unternehmens durch den Sozialplan bis an den Rand der Bestandsgefährdung“²⁷. Was national gesehen „nur“ eine deutliche Machtverschiebung zugunsten der Betriebsräte ist, ist transnational eine Benachteiligung fremder Belegschaften im Standortwettbewerb. Der deutsche Betriebsrat kann mit seinen Machtmitteln das Florian-Prinzip nicht bloß anregen, sondern durchsetzen: *Heiliger Sankt Florian, zünd’ doch den and’ren Standort an!* Dass inländische Arbeitnehmervertreter ihre Amtsführung an den Interessen ihrer Betriebe und ihres „Wahlvolks“ ausrichten, ist nicht zu beanstanden. Der Fehler liegt im System.

b) Teilhabediskriminierung durch Territorialität

Solange Unionsbürger überwiegend in dem Mitgliedstaat *wohnen*, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, laufen Wohnsitzanknupfungen typischerweise auf eine mittelbare Staatsangehorigkeitsdiskriminierung hinaus²⁸. Solange Arbeitnehmer aber auch überwiegend in dem Mitgliedstaat *arbeiten*, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, liegt in jeder Beschaftigungsortanknupfung ebenso typischerweise eine mittelbare Staatsangehorigkeitsdiskriminierung. Da davon ausgegangen werden kann, dass Arbeitnehmer in ausländischen Betrieben und ausländischen Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen überwiegend im jeweiligen Beschaftigungsland ihren Wohnsitz haben, birgt das deutsche Mitbestimmungsrecht sowohl eine versteckte Wohnsitzanknupfung als auch eine versteckte Betriebsortanknupfung, die beide eine mittelbare Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit darstellen²⁹ und deshalb Art. 18 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zuwiderlaufen. Bis auf „Grenzgänger“ haben typischerweise nur Arbeit-

Unternehmen und Unternehmensgruppen (Amtsblatt EU 2009 L 122/28); eingehend *Franzen*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA)* 3 (2010), 180 ff.

²⁷ BAG 6.5. 2003 – 1 ABR 11/02, NZA 2004, 108, 112. Zur Parallelfrage, ob ein Streik um einen „Tarifsozialplan“ (also einen Abfindungstarif) darauf zielen darf, die unternehmerische Maßnahme zu vereiteln, einerseits BAG 6.12. 2006 – 4 AZR 798/05, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Sozialplan; BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan; andererseits sehr luzide *Otto*, *Festschrift Konzen*, 2006, S. 663 ff.; *Höfling*, *ZfA* 2008, 1, 27 f.; *Kerwer*, *EuZA* 1 (2008), 335, 345 ff.

²⁸ Europäischer Gerichtshof (EuGH) 14.2. 1995 – C-279/93, Amtliche Sammlung (Slg.) 1995, I-225 Rn. 28 (Schumacker); EuGH 7.5. 1998 – C-350/96, Slg. 1998, I-2521 Rn. 30 (Clean Car Autoservice); EuGH 29.4. 1999 – C-224/97, Slg. 1999, I-2517 Rn. 14 (Ciola); Generalanwalt *Mazak*, *Schlussanträge* 23.2. 2010 EuGH – C-64/08, juris Rn. 51 f. (Engelmann).

²⁹ Mit den Worten des EuGH 7.5. 1998 – C-350/96 (Fn. 28), Rn. 29 (Clean Car Autoservice), sind „Gebietsfremde meist Ausländer“; vgl. auch EuGH 6.6. 2000 – C-281/98, Slg. 2000, I-4139 Rn. 40 f. (Angonese).

nehmer mit Wohn- und Betriebsort in Deutschland an der Unternehmensmitbestimmung teil³⁰.

Für die Wahl von Arbeitnehmervertretern in den Betriebs- und Aufsichtsrat bedeutet dies, dass „dank“ der Territorialität ganz überwiegend nur deutsche Staatsangehörige wählen und gewählt werden können, denn 2009 waren in Deutschland im Durchschnitt nur 1,88 Millionen (Mio.) Ausländer, aber rund 25,5 Mio. Deutsche sozialversicherungspflichtig beschäftigt³¹. Mit den Auslandsbelegschaften werden vor allem Nichtdeutsche vom *aktiven* Wahlrecht ausgeschlossen, also mittelbar wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert³². Der Ausschluss von Auslandsbelegschaften beim *passiven* Wahlrecht findet zwangsläufig seinen Niederschlag bei der Besetzung der Gremien: Wer nicht gewählt werden kann, kann auch nicht im Aufsichtsrat oder Betriebsrat sitzen. Anders als in der Betriebsverfassung erlaubt § 4 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG ab dem dritten Arbeitnehmerplatz im Aufsichtsrat die Zuwahl unternehmensfremder Personen. Effektive Repräsentation ist das nicht, sondern bestenfalls ein Gnadenrecht der vorschlagsberechtigten Betriebsräte des Unternehmens³³. Schärfer noch wirkt dieses „Gnadenrepräsentationsrecht“ im MitbestG: Auslandsvertreter können hier nur auf einen der nach § 7 Abs. 2 MitbestG für Gewerkschaftsvertreter reservierten Sitze einrücken, wobei selbstredend nur Inlandsgewerkschaften zählen³⁴. Dementsprechend wurde die Deutschtümelei bei der Besetzung der Gewerkschaftssitze bislang nur einmal überwunden, als die Industriegewerkschaft (IG) Metall einen Vertreter der *United Auto Workers* in den Aufsichtsrat von Daimler-Chrysler wählen ließ³⁵.

Also sind Betriebsräte, Gesamt- oder Konzernbetriebsräte kraft Gesetzes „inlandsrein“; Arbeitnehmerbanken in den Aufsichtsräten sind es praktisch. Damit kann die gleich mehrfach repräsentierte Inlandsbelegschaft³⁶ dank ihres überproportional starken Einflusses auf die Unternehmenspolitik die Interessen inländischer Standorte zulasten der Standorte ohne wahlberechtigte Belegschaften verfolgen, insbesondere wirtschaftlichen Anpassungsdruck auf diese umleiten.

Das Ausmaß der deuschtümelnden Mitbestimmungsunwucht wird nicht allein durch die gesetzlichen Mitwirkungsrechte bestimmt. Sowohl die betriebliche Mitbestimmung als auch die Unternehmensmitbestimmung sind durch vielfache Koppelungsgeschäfte mit der Unternehmensleitung beziehungsweise den Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat verbunden. Dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Einigungsstelle des § 76 BetrVG überwinden kann und dass die Arbeitnehmerbank auch unter der quasi-paritätischen Mitbestimmung nach §§ 27 Abs. 2, 29 Abs. 2 Satz 1, 31 Abs. 4 Satz 1 MitbestG überstimmt werden kann, sorgt nicht dafür, dass sich das (transnationale) Unternehmensinteresse effektiv durchsetzt. Vielmehr sorgt die Hegemonie deutscher Arbeitnehmervertreter dafür, dass sich ein spezielles korporatistisches Entscheidungsmodell wechselseitiger Einflussnahme mit Konsens-

³⁰ Latzel (Fn. 3), Rn. 341.

³¹ Arbeitsmarkt 2009, in: Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit, Sondernummer 2/2010, S. 55.

³² Hellwig/Behme, AG 2009, 261, 265; Latzel (Fn. 3), Rn. 341.

³³ Oetker, in: ErfK (Fn. 7), § 4 DrittelbG Rn. 10, § 6 DrittelbG Rn. 2.

³⁴ Wißmann, in: Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge (Fn. 16), § 7 MitbestG Rn. 45.

³⁵ Dazu Zinger, Die Internationalisierung der Belegschaften multinationaler Unternehmen mit Sitz in Deutschland, 2002, S. 227 f.

³⁶ Zur „Übermitbestimmung“ Klosterkemper, Festschrift Wissmann, 2005, S. 456 ff.; Rieble, in: Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 43.

sucht bildet, weil das Streitige Austragen von Meinungsverschiedenheiten später Kollateralschäden nach sich zieht. Insbesondere das informelle Angewiesensein der Vorstände auf die Arbeitnehmervereinerstimmen bei der Erst- und Wiederbestellung sorgt für einen speziellen Mitbestimmungsfilz und macht die „Betriebsratsfürsten“ zu mächtvollen Co-Managern, die konsequenterweise nur im Interesse ihres „Wahlvolks“ handeln³⁷. Dazu zwei Beispiele:

Damit Audi sein Werk im ungarischen Győr für 900 Mio. Euro ausbauen durfte, musste im Gegenzug für die deutschen Fabriken in Ingolstadt und Neckarsulm eine Beschäftigungsgarantie bis zum Jahr 2014 ausgesprochen werden. Der Audi-Gesamtbetriebsratsvorsitzende *Peter Mosch* wies stolz darauf hin, dass man sich ohne die Beschäftigungssicherung „sehr schwer damit getan“ hätte, die Entscheidung für den ungarischen Standort mitzutragen³⁸.

Als Ergebnis der Opel-Krise wurde nur die belgische Automobilfabrik in Antwerpen mit 2.500 Arbeitnehmern geschlossen³⁹, während die deutschen Standorte Rüsselsheim, Bochum, Eisenach und Kaiserslautern mit einem Sparprogramm und Stellenkürzungen davonkamen, ja sogar Investitionszusagen erhielten⁴⁰. Der Opel-Gesamtbetriebsratsvorsitzende (und stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende) *Klaus Franz* war zufrieden und konnte sogar über die vereinbarte Umwandlung der Adam Opel GmbH in eine Aktiengesellschaft (AG)⁴¹ seine Mitbestimmungsmacht stärken (weil in der GmbH die Gesellschafterversammlung den Aufsichtsrat leicht überstimmen kann). Die Wiederwahl von *Franz* im Juni 2010 als Gesamt- und Konzernbetriebsratsvorsitzender⁴² konnten die Antwerpener jedenfalls nicht verhindern, denn sie waren ja nicht wahlberechtigt.

Strukturell führt damit die Territorialität der deutschen Mitbestimmung in transnationalen Verteilungs- und Verdrängungskonflikten zur mittelbaren Ausländerdiskriminierung.

c) Diskriminierung in den Marktchancen (Zutritt und Verbleib)

Die Diskriminierung findet unmittelbar nur auf der Teilhabeebene statt, denn *formal* werden die fremden Belegschaften dort von jeder Repräsentation abgeschnitten, indem sie weder aktiv wählen, noch sich selbst zur Wahl stellen können. Diese mitbestimmungsbezogene Teilhabediskriminierung setzt sich aber *materiell* in den Arbeitsbedingungen und Arbeitsmarktchancen fort. Berücksichtigt man die Folgewirkungen der Teilhabediskriminierung in der Mitbestimmung, so kann die deutschtümelnde Mitbestimmungsunwucht im Rahmen solcher Verteilungskonflikte zu einer erheblichen Benachteiligung gerade mit Blick auf den Standorterhalt und damit die Arbeitsmarktchancen der betroffenen Arbeitnehmer in den Mitgliedstaaten führen. Werden Investitionen von den deutschen „Stimmrechtsführern“ ins Inland und Entlassungen ins Ausland verschoben sowie inländische Standorte des Konzerns bevorzugt mit Konzernaufträgen „bedacht“, um die Beschäftigung zu stabilisieren, so verfälscht das den durchaus gewollten Standortwettbewerb in Europa, weil nur manchen betroffenen Belegschaften ein exklusives Sondermitspracherecht eingeräumt wird. Den Preis zahlen die nicht-deutschen Belegschaften, die bei Standort-

³⁷ Eingehend *Brocker* (Fn. 20), S. 169 ff., 201 ff.

³⁸ „Audi baut seine Fabrik in Ungarn aus“, *Süddeutsche Zeitung* (SZ) 24.9. 2010, S. 20.

³⁹ „Opel schließt die Autofabrik in Antwerpen“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ) 5.10. 2010, S. 15.

⁴⁰ „Opel einigt sich mit Betriebsrat auf Milliarden-Sparpaket“, *FAZ* 22.5. 2010, S. 15.

⁴¹ „Opel wird in eine AG umgewandelt“, *FAZ* 9.11. 2010, S. 15.

⁴² „Franz führt den Opel-Betriebsrat“, *FAZ* 23.6. 2010, S. 14.

konflikten womöglich auch dann verlieren, wenn ihr Standort betriebswirtschaftlich der bessere ist. Freilich sind die konkreten protektionistischen Wirkungen der deutschen Mitbestimmung nur schwer nachweisbar. Immerhin hätte die Beihilfenaufsicht Anlass zu fragen, ob die Mitbestimmung nicht als staatliche Beihilfe „gleich welcher Art“ angesehen werden kann und damit gemäß Art. 107 AEUV „mit dem Binnenmarkt unvereinbar“ ist⁴³.

d) Sonder- und Extremfall Volkswagen

Auf die Spitze getrieben wird der deutsche Mitbestimmungsprotektionismus bei Volkswagen (VW)⁴⁴. Der VW-Konzern beschäftigt in Produktionsgesellschaften in Deutschland rund 151.000 Arbeitnehmer, im EU-Ausland rund 71.000 und außerhalb der EU noch mal rund 79.000 Arbeitnehmer⁴⁵. Würden die zehn Aufsichtsratssitze der Arbeitnehmer nach Mitgliedstaaten anteilsgerecht aufgeteilt, kämen drei Arbeitnehmervertreter anderen EU-Belegschaften zu; bei Berücksichtigung aller ausländischen Beschäftigten verbliebe der deutschen Belegschaft nur die Hälfte der Arbeitnehmerbank.

§ 4 Abs. 2 VW-Gesetz⁴⁶ und § 15 Abs. 4 VW-Satzung⁴⁷ geben dem VW-Aufsichtsrat bei Entscheidungen über die Errichtung und die Verlegung von Produktionsstätten ein Vetorecht, das mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit abgesichert ist. Diese verschafft der Arbeitnehmerbank ein schlechthin systemwidriges Vetorecht, ja eine „überparitätische“ Mitbestimmung, die noch schärfer als die Montanmitbestimmung ist. Sieben (deutsche) Arbeitnehmervertreter können jede Standortentscheidung blockieren und können dies geschickt für deutsche Standorte und zulasten der ausländischen nutzen. Damit können insbesondere mit Blick auf die Lenkung der Investitionsmittel künstliche Vorteile im konzerninternen Standortwettbewerb erzeugt werden⁴⁸.

Hinzukommt, dass das Land Niedersachsen zwei Anteilseigner-Mitglieder in den Aufsichtsrat entsendet. Bis zum 10.12. 2008 gingen die beiden Sitze auf ein gesetzliches Sonderentsendungsrecht aus § 4 Abs. 1 VW-Gesetz alte Fassung (a.F.) zurück, das in Umsetzung eines EuGH-Urteils⁴⁹ aufgehoben wurde⁵⁰. Heute gehen sie zum

⁴³ Die in Art. 107 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthaltene Einschränkung auf die „Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“ schließt allgemeine Fördermaßnahmen der Wirtschaftspolitik zugunsten der Gesamtheit der Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des Verbotstatbestands aus, *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV Rn. 17. Auch ist mehr als fraglich, ob die Territorialität der Mitbestimmung ausgerechnet *Unternehmen* begünstigt.

⁴⁴ Eingehend *Latzel* (Fn. 3), Rn. 583 ff.

⁴⁵ Stand: 31.12. 2009 ohne Scania; insgesamt sind bei Volkswagen (VW) und seinen Tochtergesellschaften 178.500 Arbeitnehmer in Deutschland und weitere 211.200 weltweit beschäftigt, Stand: 30.9.2010 (Daten abrufbar unter: www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/content/de/human_resources/developments_in_workforce.html).

⁴⁶ Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk GmbH in private Hand vom 21.7. 1960, Bundesgesetzblatt (BGBl.) I, S. 585, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.12. 2008, BGBl. I, S. 2369.

⁴⁷ Stand: Dezember 2010 (abrufbar unter http://www.volkswagenag.com/vwag/vwcorp/content/de/investor_relations/corporate_governance/satzung.html).

⁴⁸ *Latzel* (Fn. 3), Rn. 686 f.

⁴⁹ EuGH 23.10. 2007 – C-112/05, Slg. 2007, I-8995 (VW-Gesetz).

⁵⁰ Gesetz vom 8.12. 2008 (Fn. 46).

einen auf den Kapitalanteil des Landes Niedersachsen zurück, der derzeit bei 20,01 % liegt⁵¹. Zum anderen sichert nunmehr auch § 11 Abs. 2 Satz 2 VW-Satzung dieses Recht ab: „Das Land Niedersachsen ist berechtigt, zwei Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, solange dem Land Niedersachsen unmittelbar oder mittelbar mindestens 15 Prozent der Stammaktien der Gesellschaft gehören.“ Damit kann Niedersachsen auch bei allen Aufsichtsratsentscheidungen, die keine Standortfragen im Sinne des § 4 Abs. 2 VW-Gesetz sind, wie zum Beispiel Entscheidungen über Großinvestitionen in bestehende Standorte, gemeinsam mit der Arbeitnehmerbank dafür sorgen, dass deutsche, insbesondere niedersächsische Standorte nicht durch übermäßige Auslandsinvestitionen gefährdet werden⁵².

Ferner senken § 4 Abs. 3 VW-Gesetz und § 25 Abs. 2 VW-Satzung die Sperrminorität für Beschlüsse der *Hauptversammlung* von 25 auf 20 % ab. Damit können Gewinnabführungs- oder Beherrschungsverträge (§ 293 Abs. 1 Aktiengesetz [AktG]) nicht gegen den Willen des Landes Niedersachsen abgeschlossen werden. Gleiches gilt für Satzungsänderungen (§ 179 Abs. 2 Satz 1 AktG)⁵³. Schließlich darf auch niemand auf der *Hauptversammlung* das Stimmrecht für mehr als den fünften Teil des Grundkapitals ausüben (§ 3 Abs. 5 VW-Gesetz). Selbst ein „Beharrungsbeschluss“ der Hauptversammlung, auf Antrag des Vorstands nach § 114 Abs. 4 AktG eine verweigerte Aufsichtsratszustimmung zu ersetzen, ist bei VW für Großaktionäre deshalb verstellt. Ein *overruling* der Mitbestimmung scheidet aus.

In der Gesamtschau wird die allgemeine diskriminierende Wirkung deutscher Mitbestimmung bei VW durch den gesetzlichen Sonderprotektionismus noch verstärkt. Vetorecht im Aufsichtsrat und die schützende Hand des Landes Niedersachsen ermöglichen eine weitreichende Standortimmunität zulasten der ausländischen Standorte im Konzern. Dass die „intensive“ Zusammenarbeit von Unternehmen und Arbeitnehmervertretern bei VW zu einem anrühigen Filz geführt haben, veranschaulicht das *Volkert*-Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH)⁵⁴.

II. Unvereinbarkeit mit Unionsrecht

1. Mitbestimmung als diskriminierungsgeschützte Arbeitsbedingung

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV erfasst ihrem sachlichen Geltungsbereich nach nicht nur individualrechtliche, sondern auch kollektivrechtliche Arbeitsbedingungen, die über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausreichen, ja sogar allgemeine Rechtsbedingungen, die das frühere, gegenwärtige oder künftige Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Anknüpfungspunkt für weitere Rechtsfolgen nehmen, die mit dem Arbeitsverhältnis nicht mehr im Zusammenhang stehen⁵⁵. Das belegt

⁵¹ Am 31.12. 2009 hielt das Land Niedersachsen von insgesamt 295.005.397 Stammaktien 59.022.310 (440 direkt, 59.021.870 über die landeseigene Hannoversche Beteiligungsgesellschaft mbH), vgl. Jahresabschluss der Volkswagen AG und Anteilsbesitz zum 31.12. 2009.

⁵² Dazu der Vorstandsvorsitzende von VW *Winterkorn*: Bei VW „gehören globaler Erfolg und sichere Arbeitsplätze zu Hause zusammen“, Neue Osnabrücker Zeitung (www.noz.de/artikel/48767873/vw-chef-lobt-autoland-niedersachsen).

⁵³ *Teichmann/Heise*, BB 2007, 2577.

⁵⁴ Bundesgerichtshof (BGH) 17.9. 2009 – 5 StR 521/08, NJW 2010, 92.

⁵⁵ *Latzel* (Fn. 3), Rn. 116 ff.

Art. 7 Abs. 2 Verordnung 1612/68/EWG⁵⁶, wonach der Arbeitnehmer im fremden Mitgliedstaat „die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer“ genießt. Nicht jedes mitgliedstaatliche Recht ist Arbeitsbedingung, sondern nur dann, wenn es den Arbeitnehmer als solchen anspricht. In welcher Form das geschieht, ist unerheblich⁵⁷, solange nur ein Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis besteht.

Die *Unternehmensmitbestimmung* ist zwar als Organbeteiligung im Grunde Gesellschaftsrecht⁵⁸, knüpft indes auch an das Arbeitsverhältnis an, indem sie nicht nur (formell) die Anzahl der in einem Unternehmen regelmäßig bestehenden Arbeitsverhältnisse zum Kriterium der Mitbestimmungsintensität macht, sondern (materiell) Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat bittet, die von Arbeitnehmern gewählt werden. Damit trifft die Unternehmensmitbestimmung Regelungen, die am Arbeitnehmerstatus anknüpfen (beim Zählen und Wählen), und gestaltet Arbeitsbedingungen. Teilhaberechte für Arbeitnehmer in der Unternehmensmitbestimmung sind also „sonstige Arbeitsbedingung“ im Sinne von Art. 45 Abs. 2 AEUV⁵⁹.

Die *betriebsverfassungsrechtliche Teilhabe* ist schon wegen Art. 8 Abs. 1 Satz 3 Freizügigkeitsverordnung 1612/68/EWG, der Arbeitnehmern unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit das Recht auf Wählbarkeit zu den „Organen der Arbeitnehmervertretungen in den Betrieben“ garantiert⁶⁰, eine solche Arbeitsbedingung mit Diskriminierungsschutz⁶¹.

Teilhabe- und Mitwirkungsrechte aus (deutschen) Mitbestimmungsregeln sind folglich materielle Arbeitsbedingungen im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Sie verschaffen den Arbeitnehmern die Möglichkeit, über ihre Repräsentanten auf die eigenen Arbeitsbedingungen einzuwirken.

2. Freizügigkeitsrelevanz der Territorialität

Zum einen ist Unionsrecht immer dann anwendbar, wenn ein Mitgliedstaat legislativ oder administrativ europarechtliche Vorgaben umsetzt⁶². Dazu zählt nicht nur der konkrete nationale Umsetzungsakt, sondern es wird der gesamte, vom durchzuführenden Recht „geregelter Bereich“ für die Unionsgrundrechte eröffnet⁶³. Das betrifft etwa die transnationale Mitbestimmung auf der Grundlage der Richtlinie

⁵⁶ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10. 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (Amtsblatt EG 1968, L 257/2), zuletzt geändert durch Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (Amtsblatt EU 2004 L 229/35).

⁵⁷ EuGH 12.2. 1974 – 152/73, Slg. 1974, 153 Rn. 9 (Sotgiu).

⁵⁸ *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MünchKommBGB), Bd. 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 590 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁹ Eingehend *Latzel* (Fn. 3), Rn. 138 ff.

⁶⁰ Dazu EuGH 4.7. 1991 – C-213/90, Slg. 1991, I-3507 Rn. 16 (ASTI).

⁶¹ Weiter EuGH 21.6. 1988 – 39/86, Slg. 1988, 3161 (Lair); EuGH 31.5. 1979 – 207/78, Slg. 1979, 2019 (Even).

⁶² EuGH 13.7. 1989 – 5/88, Slg. 1989, 491 Rn. 19 (Wachauf).

⁶³ EuGH 19.1. 2010 – C-555/07, EuZA 3 (2010), 541 mit Anmerkung *Waltermann* = NZA 2010, 85 Rn. 25 (Küçükdeveci).

2009/38/EG⁶⁴ aber auch die Richtlinie 2002/14/EG⁶⁵. Schon insoweit lässt sich die Frage stellen, ob nationale Betriebsverfassungssysteme bei grenzüberschreitenden Entscheidungen eine derartige Vormachtstellung ihrer nationalen Belegschaften überhaupt noch vorsehen dürfen. Während Art. 9 Abs. 3 Richtlinie 2002/14/EG noch explizit „andere im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Unterrichts-, Anhörungs- und Mitbestimmungsrechte unberührt“ lässt, fordert Art. 12 Richtlinie 2009/38/EG immerhin schon, dass die Unterrichtung und Anhörung des Europäischen Betriebsrats mit der Unterrichtung und Anhörung der einzelstaatlichen Vertretungsgremien der Arbeitnehmer „abgestimmt“ wird, „wobei die jeweiligen Zuständigkeiten und Aktionsbereiche“ beachtet werden müssen. Als subsidiäre Kollisionsnorm ordnet indes Art. 12 Abs. 3 Richtlinie 2009/38/EG, falls keine Regelung zur Kompetenzverteilung im Vereinbarungswege getroffen wird, an, dass Unterrichtung und Anhörung sowohl im Europäischen Betriebsrat als auch in den nationalen Vertretungsgremien der Arbeitnehmer stattfinden.

Zum anderen ist Unionsrecht aber auch schon dann anwendbar, wenn ein grenzüberschreitender wirtschaftlicher Sachverhalt auch nur mittelbar die Betätigung im Binnenmarkt beeinträchtigt⁶⁶. Selbst in Bereichen, die der Unionskompetenz explizit entzogen sind, sind in diesem Falle die Grundfreiheiten und allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts zu beachten⁶⁷. Nicht in den Geltungsbereich des Unionsrechts fallen nur solche Sachverhalte, die „keine Berührung mit irgendeinem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt, und die mit keinem relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen“⁶⁸.

Die Territorialität der deutschen Mitbestimmung vermeidet zwar die „Grenzüberschreitung“ rechtsfolgenseitig bei der Teilhabe. Sie kann aber in tatsächlicher Hinsicht den grenzüberschreitenden Sachverhalt nicht vermeiden, wenn das deutsche Unternehmen (oder der deutsche Konzern) Standorte im Ausland unterhält und sich die bereits geschilderten Verteilungsfragen stellen. Dagegen können regional abgrenzbare Mitbestimmungsangelegenheiten – etwa zur Lage der Arbeitszeit – keine spürbaren Auswirkungen auf den Binnenmarkt auslösen. Sie sind zwar womöglich wettbewerbsrelevant, etwa wenn am einen Standort Samstagsarbeit möglich ist und am anderen nicht. Doch fehlt der grenzüberschreitende Regelungszusammenhang, weil die Arbeitszeitregelung des einen Standorts typischerweise die des anderen nicht beeinträchtigt. Insofern besteht nur ein Wettbewerbszusammenhang, weil etwa bessere Maschinennutzungszeiten einen höheren Amortisationsgrad bedeuten. Solche nationalen „Vorbelastungen“ kennzeichnen den europäischen Standortwettbewerb und sind keine Standortdiskriminierung. Ein die notwendig einheitliche Regelung begründender Zusammenhang könnte in Arbeitszeitfragen etwa dann bestehen, wenn Betriebe in zwei Mitgliedstaaten durch eine *just-in-time*-Arbeitsorganisation verbunden sind, so dass die (mitbestimmte) Versagung der Samstagsarbeit in dem einen Betrieb den Arbeitnehmern in dem anderen die Möglichkeit zu eigener Teilhabe nimmt. Für die hier einschlägigen grenzüberschreitenden Verteilungskonflikte

⁶⁴ Richtlinie 2009/38/EG (Fn. 26).

⁶⁵ Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3. 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (Amtsblatt EG 2002 L 80/29).

⁶⁶ EuGH 20.3. 1997 – C-323/95, Slg. 1997, I-1711 Rn. 12 ff., 17 (Hayes).

⁶⁷ EuGH 11.12. 2007 – C-438/05, Slg. 2007, I-10779 = EuZA 1 (2008), 395 mit Anmerkung Bayreuther Rn. 40 (Viking Line); EuGH 18.12. 2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 Rn. 81 (Laval).

⁶⁸ EuGH 11.1. 2007 – C-208/05, Slg. 2007, I-181 Rn. 29 (ITC).

zwischen unterschiedlichen EU-Standorten ist allemal eine hinreichende Binnenmarktrelevanz zu verzeichnen.

Gegen die Freizügigkeitsdiskriminierungskontrolle lässt sich schließlich nicht einwenden, dass die Arbeitnehmer, die an unterschiedlichen Standorten eines transnationalen Unternehmens oder Konzerns arbeiten, von dieser Marktfreiheit doch gar keinen Gebrauch machen, weil sie ihren Mitgliedstaat nicht verlassen. Der Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit steht schon nicht entgegen, wenn ein Arbeitsverhältnis dauerhaft außerhalb der EU ausgeübt wird⁶⁹. Dementsprechend ist sie erst recht anwendbar, wenn ein Arbeitsverhältnis dauerhaft innerhalb der EU ausgeübt wird und Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht im selben Mitgliedstaat residieren, der Grenzübertritt also nur *rechtlich*, nicht tatsächlich stattfindet⁷⁰. Ein Arbeitnehmer kann sich somit bereits dann auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen, wenn er ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber begründet, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist als der Arbeitnehmer, oder wenn der im Ausland ansässige Arbeitgeber Teil eines deutschen Konzerns im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG ist.

Im Fall des *körperlichen* Grenzübertritts werden die diskriminierenden Wirkungen deutscher Mitbestimmung allerdings besonders plastisch: Wechselt ein Arbeitnehmer von einem deutschen Betrieb in einen Betrieb desselben Unternehmens oder Konzerns im EU-Ausland, so verliert er dadurch die Wählbarkeit in der Betriebsverfassung wie der Unternehmensmitbestimmung und damit auch ein bestehendes Betriebsrats- oder Aufsichtsratsmandat (§ 24 Nr. 4 BetrVG, § 24 Abs. 1 MitbestG)⁷¹.

3. Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf

Der EuGH hat bekanntlich mit Mangold und Küçükdeveci einen allgemeinen primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz erfunden – zunächst nur zum Schutz des Alters⁷². Nachdem das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) legitimatorische Einwände gegen diese Rechtsfortbildung zurückgewiesen hat⁷³, ist es an der Zeit, die grundsätzliche „Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“⁷⁴ auf die Mitbestimmungsteilhabe auszudehnen. Sobald ein Mitgliedstaat sich für ein System der betrieblichen oder unternehmensbezogenen Mitbestimmung entscheidet, ist jedenfalls für jene Entscheidungen, die einheitlich eine grenzüberschreitende Gesamtbelegschaft betreffen, eine anteilsgerechte Teilhabe für alle EU-Belegschaften im Mitbestimmungssystem zu fordern⁷⁵.

⁶⁹ Brechmann, in: Calliess/Ruffert (Fn. 43), Art. 39 EGV Rn. 8.

⁷⁰ Zur Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf einen Arbeitnehmer belgischer Staatsangehörigkeit, der bei der deutschen Botschaft in Algerien beschäftigt war, seinen Wohnsitz auch schon vor Abschluss des Arbeitsvertrags mit der Bundesrepublik in Algerien hatte und seinen Arbeitsvertrag dauernd und ausschließlich in Algerien erfüllte EuGH 30.4. 1996 – C-214/94, Slg. 1996, I-2253 Rn. 20 f. (Boukhalfa).

⁷¹ Hellwig/Behme, AG 2009, 261, 268 ff.

⁷² EuGH 22.11. 2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 Rn. 75 (Mangold); EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 (Fn. 63), Rn. 21 (Küçükdeveci).

⁷³ Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 6.7. 2010 – 2 BvR 2661/06, EuZA 4 (2011), 233 mit Anmerkung Kufer/Weishaupt (in diesem Heft) = NJW 2010, 3422 Rn. 71, anders nur die abweichende Meinung des Richters Landau, NJW 2010, 3422 Rn. 105 ff.

⁷⁴ Terminologie nach EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 (Fn. 63), Rn. 50 (Küçükdeveci); Latzel (Fn. 3), Rn. 69 ff.

⁷⁵ Für die Unternehmensmitbestimmung eingehend Latzel (Fn. 3), Rn. 60 ff., 252 ff.

Die nationalen Mitbestimmungssysteme übergreifend prägt nunmehr Art. 27 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)⁷⁶, ein grundsätzliches Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmer im Unternehmen. Für die Unternehmensmitbestimmung belegt dies die Richtlinie 2005/56/EG⁷⁷ und die Richtlinie 2001/86/EG⁷⁸. Für die betriebliche Mitbestimmung lassen sich die Richtlinie 2002/14/EG und vor allem auch die soeben neugefasste Richtlinie 2009/38/EG fruchtbar machen. Letztere gibt den modernsten Mitbestimmungsrechtsstand in der Union wieder und betont in Erwägungsgrund 10 die „länderübergreifende Strukturierung von Unternehmen und Unternehmensgruppen“ und das daraus folgende Mitwirkungsbedürfnis in „Unternehmen und Unternehmensgruppen, die in mehreren Mitgliedstaaten tätig sind, die Vertreter ihrer von den Unternehmensentscheidungen betroffenen Arbeitnehmer unterrichten und anhören“. Erwägungsgrund 11 bringt es auf den Punkt: „Die Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten werden häufig nicht an die länderübergreifende Struktur der Unternehmen angepasst, welche die Arbeitnehmer berührende Entscheidungen treffen. Dies kann zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer führen, die von Entscheidungen ein und desselben Unternehmens beziehungsweise ein und derselben Unternehmensgruppe betroffen sind.“

Diese Richtlinien haben einen über ihren Anwendungsbereich hinausweisenden Regelungsgehalt und sind insoweit primärrechtlich verankert, als sie für grenzüberschreitende Mitbestimmung folgende Prinzipien aufstellen:

- Mitbestimmung ist Betroffenenbeteiligung und verträgt bei einheitlicher Betroffenheit der Belegschaften von einer Unternehmerentscheidung keine nach mitgliedstaatlichen Beschäftigungsorten differenzierenden Mitspracherechte.
- Eine länderübergreifende und damit europäische Mitbestimmung ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Betroffenheit national eingegrenzt bleibt. So wie die EBR-Richtlinie für die Zuständigkeit des Europäischen Betriebsrats eine länderübergreifende Angelegenheit und damit eine länderübergreifende Betroffenheit verlangt, damit nicht ein europäisches Gremium legitimationsarm in einen nationalen Mitbestimmungssachverhalt eingreift, so sind umgekehrt transnationale Angelegenheiten von der nationalen Mitbestimmung ausgenommen. Das bietet sich in erster Linie für die auf konkrete Regelungsfragen („Angelegenheiten“) ausgerichtete betriebliche Mitbestimmung nach dem BetrVG an, ist aber theoretisch auch für die Unternehmensmitbestimmung denkbar. Das belegt die Ausnahmebestimmung des § 32 Abs. 1 MitBestG, der die Unternehmensmitbestimmung für eine ganz bestimmte Frage ausschaltet⁷⁹.
- Soweit aber die mitbestimmte Angelegenheit Arbeitnehmer mehrerer Mitgliedstaaten betrifft, ist Beteiligungsgleichheit gefordert: Aktives und passives Wahlrecht müssen – insoweit – gleich verteilt sein. Vorbehaltlich Art. 16 Abs. 5 Richt-

⁷⁶ Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Amtsblatt EU 2007 C 303/1).

⁷⁷ Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10. 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (Amtsblatt EG 2005 L 310/1); dazu *Brandes*, ZIP 2008, 2193, 2195 f.; *Habersack*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) 171 (2007), 161 ff.; *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261, 264.

⁷⁸ Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10. 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (Amtsblatt EG 2001 L 294/22).

⁷⁹ Dazu *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 14), § 32 Rn. 2; *Koberski*, in: *Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge* (Fn. 16), § 32 MitbestG Rn. 2 ff.

- linie 2005/56/EG⁸⁰ müssen ausländische Belegschaften auch bei (unternehmens- oder konzernbezogenen) Schwellenwerten gleichermaßen mitzählen.
- Konkretisiert wird diese Teilhabegerechtigkeit durch Berücksichtigung nationaler Teilbelegschaften. Die Richtlinien sehen vor, dass die Belegschaften in den Mitgliedstaaten als partielle „Repräsentationseinheit“ gesehen werden und ihre Vertreter in das Verwaltungsorgan oder den europäischen Betriebsrat wählen oder entsenden. Das ist jedenfalls das praktikabelste System der unionsweiten Gleichbehandlung in der Mitbestimmung. Angesichts dieses durchgehend in den Richtlinien verfolgten Prinzips, handelt es sich nicht bloß um ein „praktisches Vorbild“⁸¹, sondern um ein unionsrechtliches Gebot⁸². Arbeitnehmersitze im Aufsichtsrat müssen deshalb anteilsgerecht auf die Belegschaften aus den jeweiligen Mitgliedstaaten verteilt werden, ohne dass damit eine Erhöhung der Sitzanzahl für Arbeitnehmervertreter einhergehen müsste⁸³. Vorbild ist die gesetzliche Mitbestimmung in der *Societas Europaea* (SE) nach § 36 Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SEBG).

Dieser Grundsatz des Unionsrechts reicht über das Diskriminierungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit hinaus, indem er eine umfassende Betroffenenbeteiligung durch anteilsgerechte Beteiligung der Belegschaften aus allen Mitgliedstaaten verlangt.

4. Zusätzlicher Beschränkungsschutz

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit verbietet nicht nur unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen von Arbeitnehmern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, sondern schon jede Regelung, welche die Herstellung eines grenzüberschreitenden Bezugs und damit den Gebrauch der Grundfreiheit generell weniger attraktiv macht (Beschränkungsverbot)⁸⁴. Bereits 1975 hatte der EuGH entschieden, dass der Zweck der Arbeitnehmerfreizügigkeit verfehlt würde, „wenn die Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlore[n], die ihnen jedenfalls die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats sichern“⁸⁵. Im Binnenmarkt geht es nicht mehr nur darum, die Arbeitnehmer nicht nach ihrer Staatsangehörigkeit unterschiedlich zu behandeln. Vielmehr dürfen sie vom Gebrauch der Freizügigkeit als Marktrecht nicht abgeschreckt werden, auch wenn ein Hemmnis gleichermaßen für In- wie für Ausländer gilt⁸⁶. Jegliche Beschränkungen für Arbeitnehmer, die im anderen Mitgliedstaat oder auch nur im Heimatstaat für ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat arbeiten wollen, sind deshalb an der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu messen.

⁸⁰ Latzel (Fn. 3), Rn. 234.

⁸¹ So Heuschmid, *Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?*, 2009, S. 242.

⁸² Latzel (Fn. 3), Rn. 236.

⁸³ Latzel (Fn. 3), Rn. 258.

⁸⁴ EuGH 15.12. 1995 – C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 96 (Bosman); Brechmann, in: Calliess/Ruffert (Fn. 43), Art. 39 EGV Rn. 52.

⁸⁵ EuGH 21.10. 1975 – 24/75, Slg. 1975, 1149 Rn. 13 (Petroni). Zur Konvergenz der Grundfreiheiten Pache, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht*, 2. Aufl. 2010, § 10 Rn. 21ff.; Herdegen, *Europarecht*, 12. Aufl. 2010, § 14 Rn. 3 ff.

⁸⁶ Wißmann, in: ErfK (Fn. 7), Art. 45 AEUV Rn. 54; weiter Latzel (Fn. 3), Rn. 114.

III. Keine Rechtfertigung

Der Verstoß der Territorialität des deutschen Mitbestimmungsrechts gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz in Beschäftigung und Beruf lässt sich nicht rechtfertigen, insbesondere nicht durch das Recht der Mitgliedstaaten, ihre nationalen Mitbestimmungsregeln autonom festzulegen.

1. Unionsrechtlicher Blickwinkel ...

Den Mitgliedstaaten ist es unbenommen, auf nationaler Ebene betriebliche und Unternehmensmitbestimmung vorzusehen. Das gilt nicht nur, soweit die Union von ihrer Kompetenz aus Art. 153 Abs. 1 littera (lit.) f AEUV zur „Unterstützung und Ergänzung“ der Tätigkeiten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen „einschließlich der Mitbestimmung“ keinen Gebrauch gemacht hat. Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV erlaubt der Union ohnehin nur, Mindestvorschriften durch Richtlinien „unter Berücksichtigung der in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Bedingungen und technischen Regelungen“ zu erlassen. Doch sind die Mitgliedstaaten jedenfalls dann an die Prinzipien des Unionsrechts gebunden, solange Sachverhalte mit grenzüberschreitendem Bezug dem nationalen Mitbestimmungsrecht unterfallen.

2. ... und irrelevante Schutzbehauptungen

Diese unionsrechtliche Sicht zieht Rechtfertigungsversuchen, die insbesondere mit der beschränkten Rechtsetzungsmacht des deutschen Gesetzgebers („Territorialitätsprinzip“) argumentieren⁸⁷, die Zähne.

Selbstredend endet die Gesetzgebungsmacht der Bundesrepublik Deutschland an der Staatsgrenze. Auf fremdem Hoheitsgebiet gibt es keine Staatsgewalt⁸⁸. Kein Mitgliedstaat hat deshalb Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen in der EU zu verantworten, weswegen unterschiedliche Mitbestimmungsniveaus zunächst hinzunehmen sind⁸⁹. Nationales Recht kann aber ohne weiteres im Inland an ausländische Sachverhalte Rechtsfolgen knüpfen, auch wenn damit mitunter Vollzugsdefizite verbunden sind (etwa im Steuerrecht). Deutsche Mitbestimmungsorgane (Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat, Wirtschaftsausschuss und schließlich der Aufsichtsrat mit seiner Arbeitnehmerbank) verhandeln in transnationalen Unternehmen und Konzernen regelmäßig Angelegenheiten, die auf ausländische Sachverhalte (Standorte) wirken⁹⁰. Auf der Wirkungsebene der Unternehmerentscheidung hält die Staatsgrenze keinen transnationalen Einfluss auf. Und deshalb gibt es auch keinen Grund, die Mitwirkung der Arbeitnehmer als Betroffenenbeteiligung und Gegeneinfluss an der Staatsgrenze enden zu lassen.

Der aktuelle Stand des Unionsrechts wie der deutschen transnationalen Mitbestimmung und Mitwirkung in der SE und über den EBR zeigen, dass in „deutsche Gremien“ durchaus Vertreter ausländischer Belegschaften entsandt werden können. Vollzugsschwierigkeiten mit Blick auf die inhomogenen nationalen Arbeitnehmer-

⁸⁷ Umfangreiche Nachweise bei *Latzel* (Fn. 3), Rn. 361.

⁸⁸ Insoweit zutreffend *Teichmann*, ZIP 2009, Beilage 48, 10, 14 f.

⁸⁹ Insoweit zutreffend *Teichmann*, ZIP 2009, Beilage 48, 10, 11.

⁹⁰ Dies übersieht *Teichmann*, ZIP 2009, Beilage 48, 10, 11.

repräsentationsstrukturen aber auch unternehmerischen Wirtschaftsstrukturen rechtfertigen es nicht, die Territorialität der Mitbestimmung und damit die Benachteiligung ausländischer Belegschaften aufrechtzuerhalten⁹¹.

Der deutsche Gesetzgeber ist weder gezwungen einen Regelungsmechanismus zu wählen, dessen Einhaltung im Ausland nicht garantiert werden kann, noch darf er ausländische Belegschaften in Fragen der Mitbestimmung ignorieren, wenn die mitbestimmten Angelegenheiten auch diese betrifft⁹². Will er die Teilhabe der Arbeitnehmer auf Betriebs- und Unternehmensebene verwirklichen, muss er so vorgehen, dass höherrangiges Recht gewahrt bleibt. Unionsrecht setzt zentral die Gleichbehandlung aller Unionsbürger voraus. Also muss entweder die Mitbestimmung auf Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug zurückgefahren werden oder sie muss so ausgestaltet werden, dass die Teilhabe allen betroffenen Arbeitnehmern unabhängig von ihrem Beschäftigungsort gleichermaßen ermöglicht wird.

3. Sekundärrechtliche Wegbereitung

Für die *Unternehmensmitbestimmung* hat die Union selbst mit den Richtlinien zur SE-Beteiligung und zur grenzüberschreitenden Unternehmensverschmelzung eine Harmonisierung vor dem Hintergrund unterschiedlicher nationaler Rechtsordnungen ermöglicht. Art. 16 Abs. 3 lit. f Richtlinie 2005/56/EG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 Richtlinie 2001/86/EG verlangen von jedem Mitgliedstaat, dafür Sorge zu tragen, dass die Leitungen der Betriebe und die Aufsichts- und Verwaltungsorgane der Tochtergesellschaften und der beteiligten Gesellschaften einer grenzüberschreitend verschmolzenen Gesellschaft, die sich in seinem Hoheitsgebiet befinden, und ihre Arbeitnehmervertreter den Verpflichtungen dieser Richtlinie nachkommen, unabhängig davon, ob die grenzüberschreitende Gesellschaft ihren Sitz in seinem Hoheitsgebiet hat oder nicht: „Die Mitgliedstaaten sehen geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie vor; sie sorgen insbesondere dafür, dass Verwaltungs- und Gerichtsverfahren bestehen, mit denen die Erfüllung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen durchgesetzt werden kann.“ Damit nimmt die EU Deutschland die Last, aus eigener (beschränkter) Regelungsmacht ein diskriminierungsfreies Mitbestimmungsrecht schaffen zu müssen, das auch Auslandssachverhalte ohne Vollzugsdefizite wirksam berücksichtigt⁹³.

Auch wenn die beiden Richtlinien nur bestimmte grenzüberschreitende Unternehmen erfassen, verlangen sie nicht nur Mitbestimmungstoleranz, sondern verpflichten jeden Mitgliedstaat auch zur Überwachung und Durchsetzung von fremder Mitbestimmung, soweit sie auf dem eigenen Territorium stattfindet. Dem dürfen sich die Mitgliedstaaten auch in vergleichbaren Fällen nicht verweigern⁹⁴.

Ergo: Die deutschtümelnde Mitbestimmungsunwucht verstößt gegen Unionsrecht. Deutsche Arbeitnehmervertreter haben die Macht, über das Schicksal ausländischer Standorte mitzuzuscheiden, ohne dass die dortigen Belegschaften irgendein Mitspracherecht haben.

⁹¹ *Ebenroth/Sura*, ZHR 144 (1980), 610, 616, hielten solche Argumente schon 1980 mit Recht nur für „vordergründig“.

⁹² Anderer Ansicht *Teichmann*, ZIP 2009, Beilage 48, 10, 11 f.

⁹³ Weitsichtig bereits *Schlotfeldt*, RdA 1967, 415, 417 ff.

⁹⁴ *Latzel* (Fn. 3), Rn. 365 ff.; anderer Ansicht *Teichmann*, ZIP 2009, Beilage 48, 10, 15.

IV. Konsequenzen

Die Frage ist nun, welche Folgen die Unionsrechtswidrigkeit der Territorialität des deutschen Mitbestimmungsrechts für die betriebliche und Unternehmensmitbestimmung hat. Ausgangspunkt ist dabei der *Anwendungsvorrang des Unionsrechts*. Er verlangt von den Mitgliedstaaten, unionsrechtswidriges nationales Recht außer Anwendung zu lassen⁹⁵. Also darf die Mitbestimmung zumindest nicht so bleiben, wie sie ist.

1. Zuständigkeitsabgrenzung in der betrieblichen Mitbestimmung

a) Zuständigkeitsbescheidung deutscher Betriebsverfassungsorgane

Für die betriebliche Mitbestimmung sind folgende Konsequenzen zu ziehen: Weil mit dem EBR bereits ein europäisches Konsultationsgremium besteht, bleibt für die deutsche Mitwirkung nach dem BetrVG nur die Zuständigkeitsreduktion. Betriebsräte, Gesamt- oder Konzernbetriebsräte und der Wirtschaftsausschuss dürfen auf Unternehmensentscheidungen, die notwendig auch Standorte in anderen Mitgliedstaaten betreffen, keinen Einfluss mehr nehmen. Gerade weil das deutsche Betriebsverfassungsrecht selbst eine saubere Zuständigkeitsabgrenzung nach Betroffenheit vornimmt und es bei innerdeutschen Standortkonflikten ausschließt, dass der starke Betriebsrat des einen Standorts die Unternehmensentscheidung zugunsten des eigenen und zulasten des anderen Standorts beeinflusst (schon oben I 2 a), muss ein entsprechender Schutz auch zugunsten der europäischen Standorte greifen. So wie es im innerdeutschen Recht darauf ankommt, ob die mitbestimmungspflichtige Maßnahme des Unternehmers und die korrespondierende Mitwirkung des jeweiligen Betriebsverfassungsgremiums Auswirkungen auf mehr als eine Belegschaft haben kann – es also um eine Lasten- und Nutzenverteilung innerhalb der Gesamtbelegschaft und damit die Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit geht⁹⁶ – so muss auch im Verhältnis zu Standorten in anderen Mitgliedstaaten abgegrenzt werden.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, legitimationslose Mitbestimmung sei jedenfalls besser als gar keine oder eingeschränkte Mitbestimmung. Der Unternehmer wird in Standortkonflikten typischerweise nach wettbewerblichen Gesichtspunkten entscheiden. Damit werden jedenfalls jedem Standort seine Marktchancen belassen. Eine Beteiligung nur des deutschen Betriebsrats führt die soziale Mitbestimmungsmacht als Entscheidungskriterium ein – einseitig zulasten des ausländischen Standorts, dessen soziale Aspekte überhaupt nicht zur Sprache kommen. Inwiefern diese einseitige Mitbestimmung die Richtigkeit oder Verträglichkeit der Unternehmerentscheidung verbessern können soll, ist nicht ersichtlich. Mitbestimmungsunwucht verschlechtert die Entscheidungsgrundlage.

Die nationale Introvertiertheit der Mitbestimmung macht das ganze System inkohärent⁹⁷ und greift letztlich in die auch durch Art. 16 GRCh geschützte Unternehmerfreiheit ein – im Widerspruch zu den Grundsätzen der Union (Art. 52 GRCh). Da der deutsche Gesetzgeber die Errichtung von Betriebsräten mit deutscher Rechts-

⁹⁵ EuGH 15.7. 1964 – 6/64, Slg. 1964, 1251 (Costa/ENEL); EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 (Fn. 63) (Kücükdeveci); instruktiv *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 201 ff.; *Herdegen* (Fn. 85), § 10 Rn. 1 ff.

⁹⁶ *Rieble*, Festschrift Bauer, 2010, S. 867, 872.

⁹⁷ Insoweit zutreffend *Teichmann*, ZIP 2009, Beilage 48, 10, 12.

ausstattung in ausländischen Betrieben nicht verlangen kann und ausländische Arbeitnehmervertreter nicht in deutsche Gesamt- und Konzernbetriebsräte einbezogen werden, muss notwendig die Entscheidungsbefugnis deutscher Mitbestimmungsorgane zurückgedrängt werden.

b) Alleinzuständigkeit des Europäischen oder SE-Betriebsrats

Die Unzuständigkeit der Betriebsverfassung in grenzüberschreitenden Angelegenheiten führt zur ausschließlichen Zuständigkeit des Gremiums, das in diesen Fällen die Vertretung der Interessen *aller* betroffenen Arbeitnehmer in der EU gewährleistet, das heißt des Europäischen Betriebsrats – oder seiner Sonderformen in SE und SCE.

Er ist in allen „länderübergreifenden Angelegenheiten“ (Art. 1 Abs. 4 Richtlinie 2009/38/EG)⁹⁸ allein hinreichend legitimiert und damit allein mitwirkungszuständig. Die Zuständigkeitsabgrenzung kann den zu §§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 1 BetrVG entwickelten Prinzipien folgen, denn diese bringen kein deutschrechtliches, sondern ein allgemeines und auch europataugliches mitbestimmungsrechtliches Prinzip zum Ausdruck: die Bindung der Mitbestimmung an die Betroffenheit. Deswegen kann bei einem transnationalen Zuständigkeitskonflikt (bei Opel: Bochum versus Antwerpen) nur der EBR oder der etwa vorhandene SE-Betriebsrat zuständig sein⁹⁹.

Ob der EBR (oder SE-Betriebsrat) nun der Verhandlungslösung folgt oder der gesetzlichen Auffanglösung, spielt für die Zuständigkeitsabgrenzung keine Rolle. Seine Zuständigkeit genügt exakt den hier beschriebenen Anforderungen: Der EBR ist für die Behandlung „länderübergreifender“ Angelegenheiten zuständig, also für Angelegenheiten, die mindestens zwei Betriebe oder zwei Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten (§ 31 Abs. 1 EBRG) oder das unionsweit operierende Unternehmen insgesamt¹⁰⁰ betreffen.

Das Erfordernis der unionsweiten Unternehmenstätigkeit und die damit verbundenen Anforderungen nach § 3 EBRG schließen zugleich *de minimis*-Fälle aus. Insofern entsteht zwar eine Schutzlücke, denn wenn das Unternehmen oder die Gruppe nur unbedeutende Auslandsaktivitäten entfaltet, ist der EBR nicht zuständig. Gleichwohl bleibt es bei der Suspendierung des nationalen Rechts, weil die Territorialität des BetrVG in kleinen grenzüberschreitenden Unternehmen¹⁰¹ ebenso diskriminierend wirkt wie in den großen.

Gerade dass die Union die Zusammensetzung des EBR nach dem Belegschaftsrepräsentationsprinzip dahingehend neu geregelt hat, dass dessen Mitglieder „entsprechend der Zahl der in jedem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer des gemeinschaftsweit operierenden Unternehmens oder der gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe gewählt oder bestellt, so dass pro Mitgliedstaat für jeden Anteil der in diesem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer, der 10 % der Gesamtzahl der in allen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer entspricht, oder für einen Bruchteil dieser Tranche Anspruch auf einen Sitz besteht“¹⁰², belegt die Teilhabeignung des EBR.

⁹⁸ Dazu *Franzen*, EuZA 3 (2010), 180, 183 f.

⁹⁹ Vgl. BAG 24.1. 1996 – 1 AZR 542/95, NZA 1996, 1107, 1108 für die nationale Zuständigkeitsverlagerung.

¹⁰⁰ Art. 1 Abs. 4 Richtlinie 2009/38/EG (Fn. 26); dazu *Franzen*, EuZA 3 (2010), 180, 183 f.

¹⁰¹ Davon gibt es laut *Teichmann*, ZIP 2009, Beilage 48, 10, nicht wenige.

¹⁰² Anhang I Nr. 1 littera (lit.) c Richtlinie 2009/38/EG (Fn. 26).

Der EBR ist zwar ein besserer Wirtschaftsausschuss, das heißt auf Unterrichts- und Anhörungsrechte beschränkt (§§ 32, 33 EBRG)¹⁰³. Richtigerweise kann auch eine Mitbestimmungsvereinbarung ihm keine stärkeren Mitbestimmungsrechte verschaffen, solange die nationalen Rechtsordnungen keine konkreten Umsetzungsmechanismen vorsehen (müssen)¹⁰⁴. Dies ist der nur schrittweise voranschreitenden Harmonisierung des kollektiven Arbeitsrechts seitens der Union geschuldet¹⁰⁵.

Die ausschließliche Zuständigkeit des EBR bedeutet aber kein *race to the bottom* im Sinne eines *Delaware*-Effekts. Nur im multinationalen Interessenkonflikt ist die deutsche Betriebsverfassung außer Anwendung zu lassen und die gerade für diese Fälle vom Unionsrecht geschaffenen Regelungen zur Vertretung der Arbeitnehmerinteressen kommen zur Anwendung. Ansonsten müsste die erneute Novellierung der EBR-Richtlinie und der SE-Beteiligungsrichtlinie betrieben werden, damit eine Mitbestimmungsvereinbarung anders als derzeit auch echte Mitbestimmungsrechte oberhalb von Anhörung und Konsultation vorsehen kann oder muss.

Die nationale Befugnis, eigenen Mitbestimmungsorganen eine starke Rechtsstellung gegenüber dem Unternehmen einzuräumen, findet jedenfalls ihr Ende dort, wo der Vorteil der einen Teilbelegschaft zugleich den Nachteil der anderen bedeutet. Das gilt in der materiellen Betroffenheit wie in der formalen Teilhabeberechtigung.

2. Anwendungsvorrang und Unternehmensmitbestimmung

Für die Unternehmensmitbestimmung fällt die Rechtsfolgenaussage deutlich schwerer.

a) Meinungsstand

Nach *Hellwig* und *Behme* haben die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen mitbestimmungsfrei zu bleiben, bis eine Neuregelung der Wahlmodalitäten erfolgt ist, weil sonst der unionsrechtswidrige Zustand perpetuiert würde¹⁰⁶. Dies kann freilich nur für solche Unternehmen gelten, die auch EU-Belegschaften haben.

Teichmann bestreitet zwar, dass die Territorialität der deutschen Unternehmensmitbestimmung unionsrechtswidrig ist¹⁰⁷, erachtet aber jedenfalls eine Anpassung „nach oben“ durch unionsrechtskonforme Auslegung der Mitbestimmungsgesetze als einzig zulässige Rechtsfolge¹⁰⁸. Dem tritt *Latzel* mit der Begründung bei, dass nur die *Territorialität* der Unternehmensmitbestimmung unionsrechtswidrig sei und deshalb

¹⁰³ Daran ändert auch die neue Richtlinie 2009/38/EG (Fn. 26) nichts, *Franzen*, EuZA 3 (2010), 180, 184 ff.

¹⁰⁴ Dazu für die Societas Europaea (SE) *Rieble*, in: *Rieble/Junker* (Hrsg.), Vereinbarte Mitbestimmung in der SE, 2008, § 3 Rn. 93; *Thüsing*, ZIP 2006, 1469, 1471 f.; für den Europäischen Betriebsrat (EBR) *Däubler*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Fn. 4), § 18 EBRG Rn. 13; *Giesen*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, EBRG Rn. 43; *Joost*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR)*, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 274 Rn. 103.

¹⁰⁵ Immerhin erkennt nun Art. 10 Abs. 1 Richtlinie 2009/38/EG (Fn. 26) dem EBR einen Anspruch auf Ausstattung mit den zur Aufgabenverfolgung erforderlichen Mitteln zu (vgl. § 40 BetrVG) und haben seine Mitglieder nunmehr gemäß Art. 10 Abs. 4 einen Schulungsanspruch ohne Gehaltseinbußen (vgl. § 37 Abs. 6, 7 BetrVG), dazu *Franzen*, EuZA 3 (2010), 180, 191 f.

¹⁰⁶ *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261, 270 f.; *dieselben*, ZIP 2010, 871, 873.

¹⁰⁷ *Teichmann*, ZIP 2009, Beilage 48, 10, 11 f.

¹⁰⁸ *Teichmann*, ZIP 2010, 874, 875.

nur diese unangewendet zu bleiben habe¹⁰⁹. Mitbestimmungsgesetze könnten diskriminierungsfrei und damit unionsrechtskonform durch Einbeziehung der Auslandsbelegschaften, deren Teilhabe gegebenenfalls durch Wahlanfechtungs-¹¹⁰ und Statusverfahren sicherzustellen sei, gelesen werden.

b) Stellungnahme

Ein *effektives* Wahlanfechtungsrecht als Ausfluss ihres Teilhaberechts haben die Auslandsbelegschaften nicht. Derzeit sind die Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten bestandskräftig gewählt, bleiben im Amt und können dank ihrer exklusiven Vormachtstellung zulasten der Auslandsstandorte wirken. Ob diese Teilhabebeeinträchtigung durch die unionsrechtlich anerkannte Rechtssicherheit¹¹¹ gedeckt ist¹¹², ist Ergebnis einer wertungsoffenen Abwägung. Immerhin ließe sich entweder eine Zuständigkeitsreduktion der Unternehmensmitbestimmung auf rein nationale Sachverhalte (analog § 32 Abs. 1 MitBestG) denken¹¹³, die aber praktisch nicht wirksam werden könnte, weil Koppelungsforderungen solche Schranken niederdrückten. Soll man also die Arbeitnehmervertreter in einen generellen „Gast“-Status ohne Stimmrecht überführen¹¹⁴?

Gerade für die Zukunft bleibt die Regelungsfrage gestellt: Wie soll denn der Einbezug der Auslandsstandorte konkret stattfinden? Wird das MitBestG – immer nur für transnational tätige Unternehmen – abgelöst durch die gesetzliche Mitbestimmung der §§ 34 ff. SEBG? Was passiert mit den für Gewerkschafter und leitende Angestellte reservierten Sitzen im MitBestG¹¹⁵? Wie soll und kann das komplizierte Wahlverfahren des MitBestG unionsrechtskonform ausgestaltet werden? Wer bestellt die Wahlvorstände im Auslandsbetrieb?

Die These, es könnte ohne eine gestaltende Neuordnung der Mitbestimmungsgesetze durch den deutschen Gesetzgeber ein unionskonformes Mitbestimmungssystem errichtet werden, indem die Auslandsbelegschaften „soweit möglich“ wahlberechtigt einbezogen werden¹¹⁶, steht in einem gewissen Widerspruch zur europäischen Mitbestimmungsordnung. Nicht ohne Grund hat die Union bislang nur Richtlinien erlassen, die erstens den Mitgliedstaaten einen erheblichen Anpassungsspielraum zur Einbettung der europäisch induzierten Mitbestimmung in die nationalen Mitbestimmungssysteme vorbehalten und zweitens stets auf die Verhandlungslösung in den betroffenen Unternehmen und Konzernen setzen. Insofern ließe sich durchaus vertreten, dass nur der Gesetzgeber die Neuordnung vornehmen

¹⁰⁹ Latzel (Fn. 3), Rn. 744 f.

¹¹⁰ Die unionsrechtswidrige Nichtbeteiligung von Auslandsbelegschaften bei der Wahl von Arbeitnehmervertretern zum Aufsichtsrat macht die Wahl anfechtbar gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Mitbestimmungsgesetz (MitbestG), § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG), doch die Anfechtungsfristen werden regelmäßig schon abgelaufen sein, Hellwig/Behme, AG 2009, 261, 271; Latzel (Fn. 3), Rn. 765.

¹¹¹ EuGH 21.9. 1983 – 205 bis 215/82, Slg. 1983, 2633 Rn. 30 (Deutsche Milchkontor und andere); EuGH 21.6. 2007 – C-158/06, Slg. 2007, I-5103 Rn. 24 (Stichting ROM-projecten).

¹¹² So Latzel (Fn. 3), Rn. 749 ff.

¹¹³ Dagegen Latzel (Fn. 3), Rn. 758 ff.

¹¹⁴ Dagegen Latzel (Fn. 3), Rn. 753 unter Verweis auf Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf 10.10. 1995 – 19 W 5/95 AktE, Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport Zivilrecht (NJW-RR) 1996, 677, 678.

¹¹⁵ Dazu Latzel (Fn. 3), Rn. 747 mit Fn. 1345.

¹¹⁶ Dafür Latzel (Fn. 3), Rn. 747.

kann und bis dahin die Mitbestimmung im Aufsichtsrat transnationaler Unternehmen auszusetzen sei. Dafür könnte in Betracht gezogen werden, den Anwendungsvorrang des Unionsrechts analog Art. 264 Abs. 2 AEUV¹¹⁷ auszusetzen, um dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist zur Anpassung der Mitbestimmungsgesetze einzuräumen, damit die Diskriminierungsabwehr keine überschießenden Wirkungen und damit einen regelungsfreien Zustand hervorbringt¹¹⁸.

Wie unter diesen Möglichkeiten des Umgangs mit dem Anwendungsvorrang zu entscheiden ist, ist keine nationale Frage, sondern eine Frage der Auslegung der EU-Verträge (Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV). Es geht darum, inwiefern Effektivität- und Äquivalenzgebot¹¹⁹ mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit in Ausgleich zu bringen sind und ob der *effet utile* (Art. 4 Abs. 3 Satz 2 Vertrag über die Europäische Union [EUV]) die sofortige Außerkraftsetzung der deutschen Mitbestimmung in länderübergreifenden Angelegenheiten fordert oder nicht. Das kann nur der EuGH entscheiden.

3. Prozessual: Vorlagepflicht an den EuGH

a) Vorlagepflicht in Statusverfahren nach § 98 AktG

Jeder Aufsichtsrat eines nach deutschem Recht mitbestimmten Unternehmens, das in einem anderen Mitgliedstaat selbst oder in Tochterunternehmen Arbeitnehmer beschäftigt, ist derzeit unionsrechtswidrig zusammengesetzt. Dies gilt auch für solche Unternehmen, die nur deshalb nicht mitbestimmt sind, weil sie bei der Berechnung der Einstiegsschwelle in die Mitbestimmung von 501 Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 DrittelbG) ihre Arbeitnehmer im EU-Ausland bislang nicht mitgezählt haben¹²⁰. Bei jeder dieser Gesellschaften kann deshalb ein gerichtliches (!) Statusverfahren nach §§ 98 f. AktG eingeleitet werden, denn es ist „streitig oder ungewiss, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammengesetzt ist“ (§ 98 Abs. 1 AktG)¹²¹. Konsequenterweise ist das Antragsrecht des § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 AktG auch ausländischen Belegschaften zuzusprechen¹²².

Im Rahmen des gerichtlichen Statusverfahrens kann das Landgericht gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV das Verfahren aussetzen und dem EuGH folgende Fragen vorlegen:

1. Ist das Unionsrecht dahingehend auszulegen, dass es einer nationalen Regelung entgegensteht, die aktives und passives Wahlrecht für die Wahl von Arbeitnehmervertretern in das Aufsichtsorgan einer Gesellschaft nur Arbeitnehmern,

¹¹⁷ Anwendbarkeit auf unionsrechtswidriges *nationales* Recht jüngst offen gelassen durch EuGH 8.9. 2010 – C-409/06, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 2010, 720 Rn. 67 (Winner Wetten).

¹¹⁸ Ablehnend *Latzel* (Fn. 3), Rn. 746.

¹¹⁹ Zu beiden *Herdegen* (Fn. 85), § 10 Rn. 35 ff.; *Streinz* (Fn. 95), Rn. 552 ff.

¹²⁰ *Latzel* (Fn. 3), Rn. 748.

¹²¹ Das außergerichtliche Statusverfahren nach § 97 Aktiengesetz (AktG) würde auch kein Vorstand einleiten, da Konflikte mit den gegenwärtig amtierenden Arbeitnehmervertretern drohen, *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261, 271.

¹²² *Latzel* (Fn. 3), Rn. 747; skeptisch *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261, 271; auch *Teichmann*, ZIP 2009, Beilage 48, 10, 16, diagnostiziert eher ein Desinteresse ausländischer Belegschaften an der Mitbestimmung beim Mutterunternehmen; deutsche Gewerkschaftsvertreter, zitiert bei *Florstedt*, ZIP 2009, Beilage 48, 17, 18, halten ausländische Arbeitnehmer schon gar nicht für legitimiert, das deutsche Mitbestimmungsrecht zu ändern.

- die in Betrieben oder bei abhängigen Gesellschaften dieser Gesellschaft im Inland beschäftigt sind, einräumt?
2. Wenn die erste Frage bejaht wird: Ist das Unionsrecht dahingehend auszulegen, dass es einen allgemeinen Grundsatz kennt, der Mitgliedstaaten, die nach ihrem einzelstaatlichen Recht Arbeitnehmervertretern im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan von Gesellschaften einen Teil der Sitze einräumen, verpflichtet, alle von der Gestaltungsmacht des Organs, in dem den Arbeitnehmervertretern Sitze zustehen, tatsächlich oder potenziell betroffene Arbeitnehmer auf die für Arbeitnehmervertreter zur Verfügung stehenden Sitze im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan entsprechend den jeweiligen Anteilen der in den einzelnen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer der Gesellschaft zu verteilen?
 3. Wenn die erste Frage bejaht wird: Ist das Unionsrecht dahingehend auszulegen, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts und der Grundsatz der praktischen Wirksamkeit eine vorübergehende Aussetzung der Beteiligungsrechte der in der unter 1. beschriebenen Weise gewählten Arbeitnehmervertreter in das Aufsichtsorgan einer Gesellschaft, die in mehreren Mitgliedstaaten Arbeitnehmer beschäftigt, verlangt, oder lässt der Grundsatz der Rechtssicherheit eine weitere Ausübung des Mandats der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsorgan dieser Gesellschaften bis zum ordentlichen Ende ihrer Amtszeit nach den allgemeinen Regeln des Rechts des Mitgliedstaates zu?

Das im Wege der Beschwerde nach § 99 Abs. 3 Satz 2 AktG angerufene Oberlandesgericht (OLG) ist gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage *verpflichtet*¹²³. Lässt es seinerseits die Rechtsbeschwerde zu (§ 99 Abs. 1 AktG in Verbindung mit § 70 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit [FamFG]), muss schließlich der BGH vorlegen.

b) Vorlagepflicht bei Streitigkeiten aus einem oder um einen Interessenausgleich

Verstößt ein Interessenausgleich gegen höherrangiges Recht, entfällt seine Bindungswirkung für den Unternehmer aus § 113 BetrVG, soweit der Verstoß reicht¹²⁴. Klagen Arbeitnehmer wegen Verletzung eines Interessenausgleichs, dem ein unternehmerisches Konzept mit Auswirkungen auch auf ausländische Betriebe oder Tochterunternehmen zugrunde lag, ohne dass die dort betroffenen Arbeitnehmer beteiligt wurden, eine Abfindung nach § 113 Abs. 1 BetrVG oder einen Ausgleich für andere wirtschaftliche Nachteile nach § 113 Abs. 2 BetrVG (jeweils in Verbindung mit § 113 Abs. 3 BetrVG) ein, kann das Arbeitsgericht dem EuGH die Frage vorlegen, ob das Unionsrecht dahingehend auszulegen ist, dass es einer nationalen Regelung entgegensteht, die nur den Arbeitnehmervertretern inländischer Betriebe die Möglichkeit gibt, Vereinbarungen mit dem Unternehmer über Art und Umfang einer solchen Betriebsänderung zu schließen, die auch wirtschaftliche Auswirkungen auf die Arbeitnehmer in Betrieben in einem anderen Mitgliedstaat haben kann, ohne dass die dort beschäftigten Arbeitnehmer am Abschluss der Vereinbarung beteiligt

¹²³ Die Vorlagepflicht des Art. 267 Abs. 3 AEUV gilt nach herrschender Meinung für letztinstanzliche Gerichte des konkreten Rechtszugs, wobei zum Rechtszug auch die Nichtzulassungsbeschwerde zählt, *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 43), Art. 234 EGV Rn. 24 mit weiteren Nachweisen. Eine Nichtzulassungsbeschwerde findet hier aber nicht statt, *Musielak/Borth*, *Familiengerichtliches Verfahren*, 2009, § 70 Rn. 6.

¹²⁴ *Oetker*, in: *GK-BetrVG* (Fn. 4), § 113 Rn. 22.

worden sind. Das BAG ist als letztinstanzliches Gericht zur Vorlage verpflichtet (Art. 267 Abs. 3 AEUV).

Bei geplanten Betriebsänderungen mit grenzüberschreitendem Bezug, sind die deutschen Betriebsverfassungsgremien nicht zur Verhandlung eines Interessenausgleichs berufen, wenn sie nicht Arbeitnehmervertreter der betroffenen ausländischen Belegschaften gleichberechtigt entsprechend den Regeln des BetrVG in die Verhandlungen mit einbeziehen. Der Unternehmer hat in diesen Fällen keine Unterrichts- und Beratungspflicht nach § 111 Satz 1 BetrVG gegenüber dem Betriebs-, Gesamtbetriebs- oder Konzernbetriebsrat, weil allein der EBR nach den vereinbarten oder gesetzlichen Regeln des EBRG in grenzüberschreitenden Angelegenheiten zuständig ist.

Ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegen unternehmerseitige Verletzungen eines Interessenausgleichs besteht nach richtiger Auffassung nicht¹²⁵. Ignoriert aber der Unternehmer seine Unterrichts- und Beratungspflichten über eine geplante Betriebsänderung, räumen einige Arbeits- und Landesarbeitsgerichte¹²⁶ dem Betriebsrat dennoch einen Unterlassungsanspruch ein, der im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes auf Unterlassung des Vollzuges der geplanten Betriebsänderung vor Abschluss der Beratungen vollzogen wird.

In diesen Verfahren besteht keine Vorlagepflicht an den EuGH, da in einem ordentlichen Verfahren zur Hauptsache eine erneute Prüfung der im summarischen Verfahren nur vorläufig entschiedenen Rechtsfragen möglich ist¹²⁷. Entscheidend ist die Möglichkeit einer erneuten Überprüfung desselben Verfahrensgegenstands in einem Hauptsacheverfahren, in dem das zuständige Gericht nicht an die im Eilverfahren vertretene Rechtsauffassung gebunden ist¹²⁸. Folglich ist ein Hauptsacheverfahren vor dem Arbeitsgericht mit einem Antrag auf Feststellung einzuleiten, dass der Unternehmer ohne Anhörung und Beratung der Betriebsänderung mit dem Betriebsrat (beziehungsweise Gesamt- oder Konzernbetriebsrat) die Betriebsänderung durchführen kann, weil der Betriebsrat (beziehungsweise Gesamt- oder Konzernbetriebsrat) nicht zum Abschluss eines Interessenausgleichs über die Betriebsänderung mit grenzüberschreitenden Auswirkungen zuständig ist. In diesem Verfahren ist dem EuGH die Frage nach der Auslegung des Unionsrechts zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Im Verfügungsverfahren selbst ist aber das Gericht gehalten, im Rahmen seiner Abwägung über den Unterlassungsanspruch auch die Beeinträchtigung eines ausländischen Standorts zu berücksichtigen.

c) Garantie des gesetzlichen Richters

Sieht das jeweils letztinstanzliche Gericht von einer Vorlage an den EuGH ab, kann gegen dessen Entscheidung gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a Grundgesetz (GG) Verfassungsbeschwerde wegen Entzugs des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1

¹²⁵ BAG 28.8. 1991 – 7 ABR 72/9, NZA 1992, 41, 42; *Oetker*, in: GK-BetrVG (Fn. 4), §§ 112, 112a BetrVG Rn. 82 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹²⁶ Umfangreiche Übersicht bei *Oetker*, in: GK-BetrVG (Fn. 4), § 111 Rn. 244 ff.

¹²⁷ Es kommt nicht darauf an, ob dieses Verfahren unter allen Umständen oder nur auf Betreiben einer Partei eingeleitet werden muss, EuGH 24.5. 1977 – 107/76, Slg. 1977, 958 Rn. 5 (Hoffmann-La Roche/Centrafarm).

¹²⁸ BVerfG (Kammer) 29.11. 1991 – 2 BvR 1642/91, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1992, 360.

Satz 2 GG) erhoben werden. Kommt das deutsche Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des EuGH im Wege der Vorabentscheidung in unvertretbarer Weise nicht nach, so ist das Grundgesetz verletzt¹²⁹. Liegt wie hier zu einer entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts Rechtsprechung des EuGH überhaupt nicht vor, so drängt sich die Vorlage geradezu auf.

V. Fazit

Die deutschtümelnde Mitbestimmungsunwucht verstößt gegen Unionsrecht. Deutsche Betriebsräte und deutsche Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat können in grenzüberschreitenden Sachverhalten und Regelungsfragen einseitig mitbestimmen und damit auch zulasten der Arbeitnehmer an anderen Standorten in der Union entscheiden. Der Befund ist kaum bestreitbar.

Problematisch ist die Rechtsfolge: In der betrieblichen Mitbestimmung ist dem Europäischen Betriebsrat für länderübergreifende Angelegenheiten (Standort- und Verteilungskonflikte) die ausschließliche Mitwirkungszuständigkeit zuzusprechen, auch wenn das nach dem derzeitigen Stand europäischer Teilhaberegelungen vereinzelt zu Mitbestimmungseinbußen führt.

Auf Unternehmensebene ist ungeklärt, ob der Anwendungsvorrang des Unionsrechts die deutsche Unternehmensmitbestimmung ab sofort suspendiert oder ob den ausländischen Belegschaften lediglich in Zukunft aktives und passives Mitwahlrecht zukommen muss. Diese komplexe Frage hat indes der EuGH zu entscheiden, so dass die zentrale Konsequenz also eine prozessuale ist: die umfassende Vorlagepflicht in allen Mitbestimmungsstreitigkeiten mit transnationaler Berührung. Nur der EuGH ist insoweit der gesetzliche Richter und kann über die europäische Neuordnung der länderübergreifenden Mitbestimmung anhand des Unionsrechts entscheiden. In dieser Hinsicht immerhin hat *Teichmann* recht: Der EuGH wird demnächst viel Arbeit bekommen¹³⁰.

¹²⁹ BVerfG 22.10. 1986 – 2 BvR 197/83, NJW 1987, 577, 578; BVerfG (Kammer) 14.5. 2007 – 1 BvR 2036/05, NVwZ 2007, 942, 944 f.; BVerfG (Kammer) 25.2. 2010 – 1 BvR 230/09, EuZA 4 (2011), 97 mit Anmerkung *Höpfner* = NJW 2010, 1268. Siehe dazu auch *Thüsing/Pötters/Traut*, NZA 2010, 930 ff.

¹³⁰ *Teichmann*, ZIP 2010, 874, 875, dem aber „der Umweg über Luxemburg als Irrweg“ erscheint.