

Diskriminierende Mitbestimmung?

Professor Dr. Florian Rödl, M.A., Berlin*

Vor dem *EuGH* ist ein Verfahren zur Unionsrechtskonformität der deutschen Mitbestimmung anhängig. Gegenstand ist die Nichtbeteiligung der Belegschaften mitgliedstaatlicher Tochterunternehmen bei der Mitbestimmung der inländischen Konzernmutter. Das vorliegende *KG* hält zudem eine unionsrechtskonforme Interpretation der Mitbestimmungsgesetze für ausgeschlossen. Damit wäre bei einem negativen Ausgang des *EuGH*-Verfahrens in sämtlichen Konzernen mit auch nur einer mitgliedstaatlichen Tochtergesellschaft die Mitbestimmung beendet.

I. Unionsrechtliche Vorbehalte gegen die Mitbestimmung

Seit einiger Zeit wird intensiv diskutiert, ob die deutschen Mitbestimmungsgesetze in Teilen gegen Unionsrecht verstoßen, namentlich gegen die Grundfreiheiten oder das allgemeine Diskriminierungsverbot.¹ Das *KG* hat dies dazu bewogen, in einem Status-Verfahren nach § 98 AktG die entsprechende Frage dem *EuGH* vorzulegen.² Bis zu einer Entscheidung – mutmaßlich im Jahr 2017 – bleibt Zeit, die Argumente weiter zu schärfen. Damit verbindet sich einerseits die Hoffnung, dass die gereiften Ergebnisse der Diskussion vom *EuGH* zur Kenntnis genommen werden mögen. Zum anderen ist es für die rechtspolitische Diskussion hilfreich, alsbald die Tragfähigkeit der unionsrechtlichen Vorbehalte gegen die Mitbestimmung zu klären.

Zur Schärfung der Argumente konzentriert sich der folgende Beitrag auf die zentralen rechtlichen Aspekte und auf eine einfache exemplarische Konstellation: Eine deutsche Konzernmutter beherrscht unter anderem ein Tochterunternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU. Die Gesamtzahl der Arbeitnehmer der inländischen Konzernmutter beträgt mehr als 2000. Sie unterliegt also nach § 1 MitbestG der paritätischen Mitbestimmung. Das mitgliedstaatliche Tochterunternehmen beschäftigt in seinem örtlichen Betrieb 200 Arbeitnehmer. Anders als die inländischen Belegschaften der Konzernmutter und ihrer etwaigen inländischen Tochterunternehmen ist die mitgliedstaatliche Belegschaft nicht in die Wahlen einbezogen. Die Beschäftigten dort genießen weder aktives noch passives Wahlrecht.³

* Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Freien Universität Berlin.

¹ Repräsentativ für die Behauptung der Unionsrechtswidrigkeit sind die Aufsätze von *Habersack* AG 2007, 641, *Hellwig/Behme* AG 2009, 261 und *Rieble/Latzel* EuZA 2011, 145. Weitere maßgebliche Beiträge zur Diskussion in Aufsatzform: *Hellwig/Behme* ZIP 2010, 871; *Hellwig/Behme* AG 2011, 740, *Teichmann* ZIP 2010, 874, *Krause* AG 2012, 485, *Seyboth* AuR 2012, 339, *Sick*, in: Festschrift für Kempfen, 2013, S. 361, *Wißmann*, in: Festschrift für Wank, 2014, S. 695, *Heuschmid/Ulber* NZG 2016, 102, schließlich monographisch *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010.

² *KG*, Beschluss v. 16.10.2015 – 14 W 89/15 = ZIP 2015, 2172.

³ Ob die Beschäftigten ausländischer Belegschaften nach §§ 1, 5, 7 MitbestG für die Anwendbarkeit des Gesetzes und die Größe des Aufsichtsrates mitzuzählen sind, wird hier nicht erörtert. Sie ist

Die folgende Untersuchung wird erweisen: Die Nichtbeteiligung der mitgliedstaatlichen Belegschaft verstößt nicht gegen Unionsrecht. Das allein einschlägige allgemeine Diskriminierungsverbot ist nicht verletzt. Die deutschen Mitbestimmungsregeln fallen nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Würden sie fälschlich doch dem Anwendungsbereich unterstellt, läge gleichwohl keine Ungleichbehandlung vor, weil die Beteiligung der mitgliedstaatlichen Belegschaft nicht der deutschen Rechtsdurchsetzungsgewalt unterliegt. Würde dennoch fälschlich eine Ungleichbehandlung bejaht, wäre sie im Interesse der demokratischen Integrität der Wahlen der Gesamtheit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gerechtfertigt.

II. Prüfungsgegenstand: Kollisionsrechtliche Anknüpfung der Mitbestimmung

Zunächst ist Klarheit darüber zu gewinnen, auf welche Norm die Nichtbeteiligung der mitgliedstaatlichen Belegschaft eigentlich zurückgeht. Das LG Frankfurt geht augenscheinlich davon aus, dass die sachrechtlichen Normen in den Mitbestimmungsgesetzen selbst maßgeblich seien.⁴ Denn es argumentiert für seine Auffassung, der zufolge im Ergebnis die Belegschaften mitgliedstaatlicher Tochterunternehmen in die Mitbestimmung einzubeziehen sind, mit dem Wortlaut des Mitbestimmungsgesetzes. Diesem sei eine Beschränkung auf inländische Unternehmen nicht zu entnehmen, weshalb andere Aspekte, die aus Sicht des LG für eine Einbeziehung sprechen, im Rahmen der Auslegung maßgeblich werden können.

Doch damit liegt das LG Frankfurt falsch. Die Nichtbeteiligung mitgliedstaatlicher Belegschaften resultiert nicht aus den sachrechtlichen Regelungen. Maßgeblich ist vielmehr die kollisionsrechtliche Ebene, also die der Anwendung des Sachrechts vorgelagerte Ebene, die über den internationalen Anwendungsbereich der Sachnormen entscheidet. Kollisionsnormen bestimmen die transnationale Reichweite der für eine Art von rechtlichem Status oder Rechtsverhältnis maßgeblichen Regelungen („Statuten“), indem sie einen räumlichen Aspekt des in Rede stehenden Status oder Rechtsverhältnisses für maßgeblich erklären („Anknüpfung“).

Die Regelungen zur Mitbestimmung betreffen einerseits den Status als Gesellschaft. Sie modifizieren die rechtliche Verfassung einer Kapitalgesellschaft, indem sie Erfordernis, Größe und Besetzung eines Aufsichtsrats bestimmen. Insoweit unterfallen die Mitbestimmungsregelungen dem Gesellschaftsstatut, und das knüpft nach deutschem Kollisionsrecht an den Verwaltungssitz der Gesellschaft an.⁵ Andererseits schreiben die Regelungen zur Mitbestimmung vor, dass die Arbeitnehmer im Aufsichtsrat durch die Arbeitnehmer des (Konzern-)Unternehmens gewählt werden. Es geht damit um Rechte, die den Arbeitnehmern als Arbeitnehmern, das heißt aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen

grundsätzlich unabhängig von der des Wahlrechts; so richtig *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 17 Rn. 90; anders die herrschende Meinung, etwa *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 1 MitbestG Rn. 8 m.w.N.

⁴ *LG Frankfurt*, Beschluss v. 16.02.2015 – 3-16 O 1/14 = ZIP 2015, 634.

⁵ *Kindler*, in: MünchKommBGB, Bd. 11, 6. Aufl. 2015, IntGesR Rn. 5. Die durch die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49, 53 AEUV unionsrechtlich gebotenen Ausnahmen zur Sitzanknüpfung spielen im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.

Verbindung mit dem Arbeitgeber zustehen. Diesen Rechten korrespondieren Pflichten, im Falle einer mitbestimmten Konzernmutter auch Pflichten des Tochterunternehmens als Arbeitgeber: Es muss etwa dem örtlichen Wahlvorstand die erforderlichen Informationen über die Beschäftigten liefern, Aushänge des Wahlvorstands ermöglichen und dulden, Räumlichkeiten zur Durchführung der Wahlen bereit stellen, für Wahlvorstand, Kandidaten aus der eigenen Belegschaft und den wahlberechtigten Arbeitnehmern Wahlschutz gewährleisten und schließlich Entgelt leisten für wahlbedingte Ausfallzeiten. Diese Regelungen gehören nicht zum Gesellschaftsrecht, sondern zum Arbeitsrecht. Innerhalb des Arbeitsrechts gehören sie nicht zum Individualarbeitsrecht, sondern zum kollektiven Mitbestimmungsrecht. Mitbestimmung über Betriebsräte ist im Betriebsverfassungsgesetz geregelt, Mitbestimmung über Aufsichtsratsvertreter in den Mitbestimmungsgesetzen. Kollisionsrechtlich unterfallen die entsprechenden Regelungen der Mitbestimmung folgerichtig nicht dem Gesellschaftsstatut, sondern dem „Mitbestimmungsstatut“.

Das Mitbestimmungsstatut ist einheitlich an den Ort des Betriebes anzuknüpfen. Kollektive Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Betrieb belegen ist, in den die Arbeitnehmer eingegliedert sind.⁶ Das gilt gleich für die Mitbestimmungsrechte aus dem Betriebsverfassungsgesetz und für die Mitbestimmungsrechte aus den Mitbestimmungsgesetzen.⁷ Konzernrechtliche Verbindungen des Arbeitgebers spielen in beiden Bereichen keine Rolle. Folgerichtig wählen Belegschaften ausländischer Tochterunternehmen ebenso wenig Vertreter in den Aufsichtsrat der Konzernmutter, wie sie Vertreter in den Konzernbetriebsrat entsenden.⁸

Gegenstand der unionsrechtlichen Prüfung ist damit die einheitliche Kollisionsnorm für das Mitbestimmungsstatut, welche die Anknüpfung am Betriebsort vorsieht, und zwar nicht generell, sondern nur soweit sie auch auf konzernbezogene unternehmerische Mitbestimmungsrechte Anwendung findet. Sollte die Kollisionsnorm insoweit gegen Unionsrecht verstoßen, wäre der Verstoß am einfachsten durch die Bildung einer sogenannten Eingriffsnorm zu korrigieren. Eingriffsnormen sind kollisionsrechtliche Normen, die einzelne Normen der sachrechtlichen Regelung aus dem eigentlich einschlägigen Statut ausgliedern und für diese im Regelfall eine oder mehrere zusätzliche Anknüpfungen, im Ausnahmefall auch eine abweichende Anknüpfung vorschreiben. Die Eingriffsnorm müsste im vorliegenden Zusammenhang sinngemäß vorsehen, dass die deutschen Mitbestimmungsgesetze nicht nur auf inländische Belegschaften, sondern auch

⁶ *Deinert* (Fn. 3), § 17 Rn. 19 für die Betriebsverfassung. In der Regel wird diese Kollisionsnorm nicht wie hier „allseitig“ formuliert, sondern nur „einseitig“ für die transnationale Reichweite der deutschen Regelungen kollektiver Mitbestimmungsrechte. Das liegt daran, dass die deutschen Arbeitsgerichte nur mit Streitigkeiten aus den deutschen Mitbestimmungsgesetzen befasst sind (vgl. § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG). Auf Basis einer allseitigen Formulierung fällt es leichter, die Ebenen von Sach- und Kollisionsrecht auseinander zu halten.

⁷ So offenbar auch *LG München*, Beschluss v. 27.8.2015 – 5 HK O 20285/14 = AG 2016, 49: Das Wahlverfahren knüpfe als Realstatut an die Belegenheit des Betriebes an.

⁸ *Koch*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Aufl. 2016, § 54 BetrVG Rn. 7 m.w.N. In sich konsequent nehmen *Rieble/Latzel EuZA*, 145, 146 ff., 163 ff. auch hier einen Verstoß gegen Unionsrecht an und leiten daraus eine weitreichende Beschränkung betrieblicher Mitbestimmungsrechte ab.

auf mitgliedstaatliche Belegschaften anzuwenden sind, wenn es sich beim Arbeitgeber um ein mitgliedstaatliches Tochterunternehmen einer inländischen Konzernmutter handelt.⁹

III. Grenzüberschreitende Reichweite deutscher Hoheitsgewalt

Vorab sei erörtert, inwieweit die Bundesrepublik Deutschland rechtlich überhaupt befugt wäre, die mitgliedstaatlichen Belegschaften kollisionsrechtlich in den Anwendungsbereich der deutschen Mitbestimmungsgesetze einzubeziehen. Dabei geht es in erster Linie um die völkerrechtliche Zulässigkeit grenzüberschreitender Ausübung deutscher Hoheitsgewalt. Unter dem Aspekt der Hoheitsgewalt sind zunächst zwei Formen zu unterscheiden. Die erste Form ist die Rechtssetzungsgewalt (*jurisdiction to prescribe*). Hier geht es um die Frage, ob und inwieweit ein Staat einen Auslandssachverhalt durch eigenes Sachrecht regeln darf. Die zweite Form ist die Rechtsdurchsetzungsgewalt (*jurisdiction to enforce*). Hier geht es um die Frage, in welchen räumlichen Grenzen die gesetzten Regeln auch mit staatlichen Gewaltmitteln durchgesetzt werden dürfen. Sofern die Durchsetzung wie im Privatrecht einen gerichtlichen Vollstreckungstitel voraussetzt, ist noch eine weitere Form zu beachten, nämlich die Rechtsprechungsgewalt (*jurisdiction to adjudicate*). Hier geht es um die Frage, inwieweit inländische Gerichte zur rechtlichen Beurteilung von Auslandssachverhalten zuständig sein dürfen.

1. Rechtssetzungsgewalt

Nach geltendem Völkerrecht erreicht die staatliche Rechtssetzungsgewalt alle Auslandssachverhalte, die eine echte Verknüpfung (*genuine link*) zum fraglichen Staat aufweisen.¹⁰ Das Kriterium ist absolut und nicht relativ. Es spielt keine Rolle, ob der zu regelnde Sachverhalt zu anderen Staaten stärkere Verknüpfungen aufweist.¹¹ Für eine transnationale Ausdehnung der Mitbestimmung ist darum die Frage zu beantworten, ob es eine echte Verknüpfung zur deutschen Rechtsordnung darstellt, dass die einem ausländischen Betriebsort zugehörige mitgliedstaatliche Belegschaft bei einem Unternehmen beschäftigt ist, welches die Tochter einer inländischen Konzernmutter ist.

⁹ Natürlich wäre die Bildung einer solchen Kollisionsnorm nicht dem Gesetzgeber vorbehalten. Schließlich ist die Rechtsprechung zur unionsrechtskonformen Interpretation des ungeschriebenen Kollisionsrechts berufen. Vorbild liefert die Entscheidung *BGHZ 154, 185* zur geänderten Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts von in einem Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaften in der Folge der Entscheidung *EuGH, Urt. v. 5.11.2001 – C 208/00, Überseering*, in: *Slg.* 2002, I-9919. Es gibt keinen Grund, der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang die Bildung von Eingriffsnormen zu verschließen. Irrig ist darum die gegenläufige Behauptung des *KG* (Fn. 2), eine unionsrechtskonforme Interpretation der Mitbestimmungsgesetze sei ausgeschlossen, so dass nur der Gesetzgeber Abhilfe schaffen könne, mit der kuriosen Folge, dass die Mitbestimmungsregeln bis zu einer unionsrechtskonformen Novellierung durch den deutschen Gesetzgeber außer Anwendung bleiben müssten.

¹⁰ Grundlegend zur echten Verbindung (dort: *close connection*) *Mann* *Recueil des Cours* 111 (1964), 7, 49 ff. unter Bezug auf *ICJ, Liechtenstein v. Guatemala, ICJ Reports 1955, 4 (Nottebohm – second phase)*; dazu *Epping*, in: *Ipsen, Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, § 5 Rn. 71; entsprechend *BVerfG NJW* 2001, 1848: „sinnvoller Anknüpfungspunkt“.

¹¹ *Mann* *Recueil des Cours* 111 (1964), 7, 49 ff.

Für bestimmte Regelungsfelder wäre eine echte Verbindung zu verneinen. Würde etwa das Arbeitsschutzrecht auf ausländische Töchter inländischer Konzernmütter erstreckt, so wäre das völkerrechtswidrig. Für den Arbeitsschutz liefert die transnationale konzernrechtliche Verbindung eines Unternehmens keine echte Verbindung zum Staat, in dem der Mutterkonzern seinen Sitz hat. Die Konzernbeziehung stellt hier nur eine Zufälligkeit dar, keine echte Verbindung.

Aber das Merkmal der echten Verbindung ist nicht für alle Rechtsverhältnisse gleich zu beurteilen.¹² Bei den kollektiven Mitbestimmungsrechten geht es um die Beteiligung an unternehmerischen Entscheidungen der Konzernmutter. Die Konzernbeziehung ist keine Zufälligkeit, sondern selbst Thema der maßgeblichen Regelungen. Die Mitbestimmung bei der Konzernmutter wird gewährt, um den von der unternehmerischen Entscheidung betroffenen Arbeitnehmern, auch wenn sie bei einer Tochter beschäftigt sind, die Möglichkeit der Mitbestimmung einzuräumen. Da die unternehmerischen Entscheidungen der Konzernmutter auch die ausländischen Unternehmen und Belegschaften betreffen, ist für die kollektiven Mitbestimmungsrechte im Konzern eine hinreichende Verbindung zu bejahen zu dem Staat, in dem die Konzernmutter ihren Sitz hat.

Damit besteht nach dem Völkerrecht deutsche Rechtssetzungsgewalt für die kollektiven Mitbestimmungsrechte ausländischer Belegschaften von Tochterunternehmen der in Deutschland ansässigen Mutterkonzerne.

2. Rechtsprechungsgewalt

Wie schon festgehalten korrespondieren den Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer einer Belegschaft rechtliche Pflichten ihrer Arbeitgeber, bei transnationaler Ausweitung der Mitbestimmungsgesetze wären es Pflichten des ausländischen Tochterunternehmens. Um die Erfüllung dieser Pflichten auch durchzusetzen, bedürfte es eines inländischen Gerichtsstands. Nach §§ 82 Abs. 1 Satz 1, 2a Nr. 3 ArbGG ist für Angelegenheiten aus den Mitbestimmungsgesetzen das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Betrieb liegt. Das wäre kein deutsches Gericht. Es müsste darum begleitend eine Vorschrift erlassen werden, die eine örtliche und damit zugleich internationale Zuständigkeit eines Arbeitsgerichts begründete für Klagen gegen mitgliedstaatliche Tochterunternehmen inländischer Konzernmütter für Ansprüche aus transnationalisierten Mitbestimmungsregeln. Fraglich ist aber, ob die Bundesrepublik Deutschland zum Erlass einer solchen Regelung befugt wäre.

a) Völkerrechtliches Erfordernis eines Minimalbezugs

Grundsätzlich ist umstritten, ob das Völkerrecht Grenzen staatlicher Rechtsprechungsgewalt enthält.¹³ Nach herrschender Meinung besteht eine Grenze. Sie liegt an sich ausgesprochen niedrig: ein Minimalbezug des Beklagten oder des streitbefangenen Gegenstands zum Gerichtsstaat soll ausreichen. Im vorliegenden Zusammenhang wäre allerdings durchaus fraglich, ob selbst ein solcher minimaler Bezug vorliegt, wenn im Ausland beschäftigte

¹² *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Band I/1, 1989, S. 321.

¹³ Dazu *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 126 ff. m.w.N.

Arbeitnehmer ihre Mitbestimmungsrechte gegen ihren ausländischen Arbeitgeber geltend machen wollen.

Die transnationale Beziehung zur inländischen Konzernmutter reicht nach verbreiteter Auffassung nicht aus als Minimalbezug für eine inländische Klage gegen die ausländische Konzerntochter.¹⁴ Andererseits könnte man auch hier, vergleichbar wie bei der Rechtssetzungsgewalt, darauf verweisen, dass es in dieser besonderen Konstellation um Rechtsstreitigkeiten zur Verwirklichung der kollektiven Mitbestimmung bei der inländischen Konzernmutter geht. Insofern würde nicht an die Konzernbeziehung angeknüpft, die mit dem Rechtsstreit im Übrigen nichts zu tun hätte. Sondern die Konzernbeziehung ist Grundlage und Gegenstand des Rechtsstreits. Insofern stünde das Völkerrecht der deutschen Rechtsprechungsgewalt im Ergebnis wohl nicht entgegen.

b) Unionsrechtliche Begrenzung durch Art. 5 Abs. 1 Brüssel Ia-VO

Jedoch unterliegt die deutsche Rechtsprechungsgewalt zusätzlichen unionsrechtlichen Grenzen. Einschlägig ist VO (EU) Nr. 1215/2012 (Brüssel Ia-VO). Gemäß Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia-VO ist die Verordnung maßgeblich für sämtliche Zivil- und Handelssachen. „Zivil- und Handelssachen“ stehen im Gegensatz zu öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten.¹⁵ Streitigkeiten um kollektive Mitbestimmungsrechte sind nicht von öffentlich-rechtlicher Art. Gleichwohl ist im arbeitsrechtlichen Schrifttum bezweifelt worden, ob Streitigkeiten um kollektive Mitbestimmungsrechte unter Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia-VO fallen.¹⁶ Der Verordnung seien nur gewöhnliche Schuldverhältnisse unterstellt. Gegen eine Einbeziehung kollektiver Mitbestimmungsrechte spräche auch, dass Sonderregelungen für Klagen aus individuellen Arbeitsverträgen vorgesehen sind (Art. 20-23 Brüssel Ia-VO), nicht aber für Klagen aus Mitbestimmungsrechten.

In der zivilprozessualen Literatur haben diese Überlegungen bisher wenig Gehör gefunden.¹⁷ Das erscheint systematisch überzeugend. Unter dem Kontrast zwischen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten und „Zivil- und Handelssachen“ zählen die kollektiven Mitbestimmungsrechte sicherlich zu letzteren.¹⁸ Unter diesen nimmt Art. 1 Abs. 2 Brüssel Ia-VO ausdrücklich eine Reihe von Streitstoffen heraus, darunter auch die soziale Sicherheit (Buchstabe c)). Hier hätten die kollektiven Mitbestimmungsrechte Erwähnung finden müssen, wenn sie aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen sein sollten. Der Umstand, dass keine Sonderregeln für kollektive Mitbestimmungsrechte vorgesehen sind, spricht nur dafür, dass für diese der allgemeine Gerichtsstand greift, auch wenn das als unbefriedigende

¹⁴ Es kommt lediglich in Betracht, ein ausländisches Mutterunternehmen zu verklagen, deren Tochterunternehmen Sitz im Inland hat, dazu *Bertele*, *Souveränität und Verfahrensrecht*, 1998, S. 237 f.

¹⁵ *Geimer*, in: *Geimer/Schütze*, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3. Aufl. 2010, Art. 1 Rn. 7.

¹⁶ *Birk* RdA 1983, 139, 143; *Fischer*, in: *Festschrift 50 Jahre BAG*, 2004, 1293, 1297 ff.; *LAG Berlin-Brandenburg* NZA-RR 2011, 491 (Leitsätze).

¹⁷ *Geimer*, in: *Geimer/Schütze* (Fn. 15), Art. 1 Rn. 34; *Gottwald*, in: *MünchKommZPO*, 4. Aufl. 2013, EuGVO Art. 1 Rn. 3.; *Rauscher/Mankowski*, in: *EuZPR/EuIPR*, 4. Aufl. 2016, Art. 1 Brüssel Ia-VO Rn. 34; anders aber *Wagner*, in: *Stein/Jonas* (Hrsg.), *ZPO*, Bd. 10, 22. Aufl. 2011, Art. 1 EuGVVO Rn. 15.

¹⁸ So auch nach der zu Recht differenzierenden Auffassung von *Ulrici*, in: *Uffmann/Dahm* (Hrsg.), *Vielfalt oder Chaos*, 2013, S. 19, 39 f.

Lösung erscheinen mag. Demnach finden die Vorschriften der Brüssel Ia-VO auch auf kollektive Mitbestimmung Anwendung.

Gemäß Art. 4 Abs. 1, 63 Abs. 1 Brüssel Ia-VO sind juristische Personen grundsätzlich an dem Ort zu verklagen, an dem sich ihr satzungsmäßiger oder tatsächlicher Sitz oder eine Niederlassung befindet. Das bedeutet, dass das Tochterunternehmen mit Satzungs- und Verwaltungssitz in einem anderen Mitgliedstaat nur in diesem Mitgliedstaat verklagt werden kann.¹⁹ Nach Art. 4, 5 Brüssel Ia-VO ist es den Mitgliedstaaten im Grundsatz verwehrt, die eigenen Zuständigkeitsregelungen neben der Verordnung zur Anwendung zu bringen. Anderes gilt nur, wenn das Unionsrecht dazu spezialgesetzlich verpflichtet (Art. 67 Brüssel Ia-VO).²⁰ Damit ist es ausgeschlossen, einen besonderen inländischen Gerichtsstand für Klagen aus kollektiven Mitbestimmungsrechten im transnationalen Konzern autonom zu schaffen.

3. Rechtsdurchsetzungsgewalt

Nur hilfsweise sei eine abschließende Bemerkung zur Reichweite der Rechtsdurchsetzungsgewalt angeführt. Sie käme nur zum Tragen, wenn man im Widerspruch zum hier vertretenen Standpunkt Klagen aus kollektiven Mitbestimmungsrechten nicht der Brüssel Ia-VO unterstellte.

Dann bestimmte sich die internationale Zuständigkeit zunächst nach deutschem Prozessrecht, nach geltendem Recht wäre aufgrund des doppelunktionalen Gleichlaufs von örtlicher und internationaler Zuständigkeit § 82 Abs. 1 Satz 1 ArbGG maßgeblich.²¹ Demnach wären die Gerichte des Staates international zuständig, in dem der Betrieb des mitgliedstaatlichen Tochterunternehmens belegen ist, das wären also nicht die deutschen Arbeitsgerichte. Wenn aber kollektive Mitbestimmungsrechte tatsächlich der Brüssel Ia-VO nicht unterfallen würden, wäre die Bundesrepublik Deutschland befugt, einen besonderen inländischen Gerichtsstand für Klagen gegen das mitgliedstaatliche Tochterunternehmen zu schaffen. Dann stellte sich nur noch die Frage nach der Rechtsdurchsetzungsgewalt, mit anderen Worten nach den Möglichkeiten, ein Urteil gegen das mitgliedstaatliche Tochterunternehmen durchzusetzen.

Völkerrechtlich gilt für die Rechtsdurchsetzung, dass die staatliche Gewalt an den Grenzen des Territoriums endet, mit Ausnahme von staatszugehörigen Schiffen oder Flugzeugen auf bzw. über Hoher See.²² Insofern wäre eine Durchsetzung namentlich von Zwangsgeldern²³

¹⁹ Anderes gilt nur im Falle eines Rechtsscheins, bei der inländischen Konzernmutter handle es sich um die Niederlassung der ausländischen Tochter. Dann besteht ein Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 5 EuGVVO (vgl. *Gottwald*, in: MünchKommZPO (Fn. 17), EuGVO Art. 5 Rn. 79).

²⁰ Eine solche Verpflichtung enthält Art. 6 der RL 96/71/EG (*Entsende-Richtlinie*), umgesetzt mit § 15 AEntG.

²¹ *Prütting*, in: *Germelmann/Matthes/Prütting* (Hrsg.), *Arbeitsgerichtsgesetz*, 8. Aufl. 2013, Einleitung Rn. 274, 276.

²² *Hentschel von Heinegg*, in: *Ipsen* (Fn. 10), § 46 Rn. 9 und § 47 Rn. 23. Das bisweilen etwas unspezifisch ins Feld geführte „Territorialitätsprinzip“ meint präzise diese territoriale Grenze der Rechtsdurchsetzungsgewalt.

nur möglich, wenn das ausländische Tochterunternehmen Vermögensgegenstände im Inland besäße. Das wird nur ausnahmsweise und zufällig der Fall sein.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Für eine transnationale Ausdehnung der Mitbestimmungsgesetze auf mitgliedstaatliche Belegschaften steht der Bundesrepublik Deutschland zwar Rechtssetzungsgewalt zu. Aber es fehlte jedenfalls aus unionsrechtlichen Gründen an der Rechtsprechungsgewalt und schon aus völkerrechtlichen Gründen an der Rechtsdurchsetzungsgewalt. Man kann diesen Befund auch so ausdrücken: eine transnationale Ausdehnung der Mitbestimmungsgesetze wäre rechtlich zulässig, stünde aber nur auf dem Papier.

4. Ausgleich durch die Ausübung mitgliedstaatlicher Hoheitsgewalt?

Die fehlende Rechtsprechungs- und Rechtsdurchsetzungsgewalt wäre jedoch dann ohne Belang, wenn die Rechte nach deutschem Mitbestimmungsrecht zwar nicht vor deutschen, wohl aber vor einem Gericht des Mitgliedsstaates, in dem das Tochterunternehmen seinen Sitz hat, eingeklagt werden könnten. Da die Zuständigkeit der Gerichte des Sitzstaates des Tochterunternehmens ohne weiteres gemäß Art. 4 Abs. 1, 63 Abs. 1 Brüssel Ia-VO begründet wäre, hinge die Klagbarkeit der Rechte von den Kollisionsnormen des betroffenen Mitgliedstaates ab.

a) Anwendung deutschen Eingriffsrechts durch das mitgliedstaatliche Gericht?

Das Kollisionsrecht für kollektive Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer ist auf Unionsebene nicht vereinheitlicht.²⁴ Es ist aber davon auszugehen, dass die mitgliedstaatlichen Kollisionsrechte ebenso wie das deutsche Mitbestimmungsstatut dem Recht des Staates unterstellen, in dem der Betrieb belegen ist.²⁵ Auf dieser Grundlage käme das Gericht, in dessen Staat der Betrieb belegen ist, zu den Mitbestimmungsregeln der eigenen Rechtsordnung. Die deutschen Mitbestimmungsregeln kämen also nicht zur Anwendung ungeachtet ihrer transnationalen Ausdehnung durch den deutschen Gesetzgeber.

Allerdings wäre es durchaus denkbar, dass der Mitgliedstaat durch seinen Gesetzgeber oder seine Gerichte eine im deutschen Kollisionsrecht zur Transnationalisierung der kollektiven Mitbestimmungsrechte erlassene Eingriffsnorm berücksichtigen würde und darüber die deutschen Regelungen zur Mitbestimmung im Konzern zur Anwendung bringen würde. Dann würde das Fehlen eigener Rechtsprechungs- und Rechtsdurchsetzungsgewalt der Bundesrepublik Deutschland irrelevant.

²³ *Remien*, Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld, 1992, S. 309 f. Möglich ist freilich die Verhängung von Zwangsgeld durch ein ausländisches Gericht nach Anerkennung einer inländischen Entscheidung (dazu S. 311 f.); dazu sogleich unter 4 b.

²⁴ Vereinheitlicht sind lediglich die Kollisionsnormen für Individualarbeitsverträge und für die außervertragliche Haftung für Arbeitskämpfe (Art. 20-23 Rom I-VO, Art. 9 Rom II-VO).

²⁵ Vgl. etwa für das spanische Recht: *Ojeda-Avilés*, *Transnational Labour Law*, 2014, S. 40 f.; für das französische und österreichische Recht: *Deinert* (Fn. 3), § 17 Rn. 12 f.

Entscheidend ist nun jedoch, dass eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Anwendung des deutschen Eingriffsrechts nicht besteht. Das lässt sich an den unionsrechtlichen Regelungen im Bereich des vereinheitlichten Kollisionsrechts ablesen. Diesen zufolge bleiben die Eingriffsnormen der Mitgliedstaaten grundsätzlich unberührt, vgl. Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO. Das bedeutet aber nur, dass ein mitgliedstaatliches Gericht, das für die Beurteilung eines Falles zuständig ist, die Eingriffsnormen der eigenen Rechtsordnung zur Anwendung bringen darf. Bei der Anwendung deutscher Mitbestimmungsgesetze durch mitgliedstaatliche Gerichte ginge es aber nicht um die Anwendung nicht eigener, sondern fremder Eingriffsnormen. Für fremde Eingriffsnormen wurde von einzelnen Stimmen in der Literatur vertreten, diese müssten innerhalb der Union zwingend angewandt werden.²⁶ Aber dem ist der Unionsgesetzgeber beim Erlass der unionsrechtlichen Kollisionsnormen nicht gefolgt. Er hat im internationalen Vertragsrecht mit Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO die Anwendung fremden Eingriffsrechts eng begrenzt: Eingriffsnormen am Erfüllungsort eines Vertrages können berücksichtigt werden. Nach Ansicht einiger Autoren enthält die Vorschrift im Umkehrschluss sogar ein Verbot zur Anwendung anderer Eingriffsnormen.²⁷ Auch das internationale Deliktsrecht enthält in Art. 16 Rom II-VO keine ausdrückliche Erlaubnis oder gar Verpflichtung zur Anwendung fremder Eingriffsnormen.

Wenn schon im vereinheitlichten Kollisionsrecht keine Pflicht zur Anwendung fremder Eingriffsnormen verankert ist, lässt sich erst recht für das autonome Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten keine allgemeine unionsrechtliche Pflicht zur Anwendung fremder Eingriffsnormen behaupten. Für das weitere ist darum zugrunde zu legen, dass ein mitgliedstaatliches Gericht transnationalisierte deutsche Mitbestimmungsregeln nicht zur Anwendung bringen würde.

b) Mitgliedstaatliche Vollstreckung eines inländischen Urteils?

Geht man im Gegensatz zum hier begründeten Standpunkt davon aus, dass kollektive Mitbestimmungsrechte nicht der Brüssel Ia-VO unterfallen und darum der deutsche Gesetzgeber einen entsprechenden Gerichtsstand schaffen könnte, stellte sich die Frage, ob die fehlende Rechtsdurchsetzungsgewalt kompensiert würde durch die mitgliedstaatliche Vollstreckung eines entsprechenden Urteils. Dies richtete sich dann folgerichtig ebenfalls nicht nach den Vorschriften Brüssel Ia-VO, sondern nach dem autonomen Prozessrecht der Mitgliedstaaten.

Nach deutschem Recht kann der Erlass eines Vollstreckungsurteils, mit dem die Verurteilung eines Unternehmens durch ein mitgliedstaatliches Gericht auf Basis autonomer Zuständigkeit zur Zahlung von Zwangs- oder Ordnungsgeld (vgl. §§ 888, 890 ZPO) im Inland vollstreckbar würde, gemäß §§ 723 Abs. 2 Satz 2, 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO jedenfalls dann nicht erfolgen, wenn das urteilende mitgliedstaatliche Gericht nach den inländischen Regeln international unzuständig war. Das mitgliedstaatliche Prozessrecht wird eine vergleichbare

²⁶ *Fetsch*, Eingriffsnormen und EG-Vertrag, 2002, S. 367 und 388 f.

²⁷ *Martiny*, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2015, Art. 9 Rom I-VO Rn. 114; *Magnus*, in: Staudinger, 2011, IntVertrR Art. 9 Rom I-VO Rn. 94. Dagegen zurecht *Thomale* IPPrax 2013, 375, 379.

Regelung enthalten.²⁸ Hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit wird das mitgliedstaatliche Prozessrecht aber keinen besonderen Gerichtsstand für Klagen gegen mitgliedstaatliche Tochterunternehmen inländischer Konzernmütter für Ansprüche aus transnationalisierten Mitbestimmungsregeln enthalten. Die deutschen Gerichte wären darum nach mitgliedstaatlichem Prozessrecht international nicht zuständig. Die Vollstreckung würde darum versagt, sofern der Beklagte eine entsprechende Rüge erhebt.

So lässt sich als weiteres Zwischenergebnis festhalten: Das Fehlen deutscher Rechtsprechungs- und Rechtssetzungsgewalt würde nicht durch die Ausübung entsprechender mitgliedstaatlicher Hoheitsgewalt ausgeglichen.

IV. Gesellschaftsrechtliche Folgen der fehlenden deutschen Hoheitsgewalt

Als letzter Schritt vor der unionsrechtlichen Prüfung ist zu erörtern, welche Folgen sich für die mitbestimmte Gesellschaft ergeben würden, wenn die Bundesrepublik Deutschland ungeachtet der fehlenden Rechtsprechungs- und Rechtsdurchsetzungsgewalt gleichwohl ihre bestehende Rechtssetzungsgewalt wahrnehme und die Mitbestimmungsregeln durch den Erlass einer Eingriffsnorm transnationalisierte. Sie zeigen sich in dem Fall, in dem sich das mitgliedstaatliche Tochterunternehmen weigert, seine Verpflichtungen aus den Mitbestimmungsregeln zu erfüllen, namentlich etwa die erforderlichen Auskünfte über die wahlberechtigten Arbeitnehmer zu erteilen, Bekanntmachungen des zuständigen Wahlvorstands zu ermöglichen oder Räumlichkeiten für die Durchführung der Wahl im eigenen Betrieb bereit zu stellen.²⁹

In unmittelbarer Folge könnte die mitgliedstaatliche Belegschaft an der Wahl zum Aufsichtsrat nicht teilnehmen. Hierbei handelte es sich um einen Verstoß gegen die Wahlvorschriften. Denn § 10 Abs. 1 MitbestG sieht vor, dass in jedem Betrieb Delegierte zu wählen sind. Ein Verstoß gegen die Wahlvorschriften führt grundsätzlich zur Anfechtbarkeit nach §§ 21, 22 MitbestG. Schwere Verstöße jedoch begründen nicht nur die Anfechtbarkeit, sondern führen zur Nichtigkeit der Wahl („ex tunc“). Da bereits ein grundloser Ausschluss auswärtiger Belegschaftsmitglieder einen schweren Verstoß gegen die Vorschriften des Wahlverfahrens darstellt³⁰, gilt dies erst recht, wenn die Wahl für eine betriebliche Belegschaft vollständig ausfällt. Die Wahlen zum Aufsichtsrat wären also insgesamt nichtig, wenn die ausländische Belegschaft aufgrund der Pflichtverletzungen ihres Arbeitgebers von der Teilnahme an der Wahl ausgeschlossen wäre. Folge der Nichtigkeit wiederum wäre, dass der faktisch zusammentretende Aufsichtsrat rechtlich nicht existierte und darum keine wirksamen Beschlüsse fassen könnte.³¹

²⁸ Vgl. *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung, 1984, § 195 III; im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO wäre die Kontrolle eingeschränkt; vgl. Art. 46, 45 Abs. 1 e Brüssel Ia-VO.

²⁹ Ausführlich zu den Schwierigkeiten bei der Durchführung einer allein durch deutsches Recht geregelten transnationalen Wahl *Wißmann*, in: Festschrift für Wank, 2014, S. 695, 697 ff.

³⁰ *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Hrsg.), Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 21 MitbestG Rn. 39.

³¹ *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 3), § 21 MitbestG Rn. 5 mit Verweis auf *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 8), § 19 BetrVG Rn. 14.

Resultat der fehlenden Durchsetzbarkeit transnationalisierter Mitbestimmungsregeln wäre also, dass die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat der Konzernmutter nicht mehr im Wege von Wahlen besetzt werden könnte. Sämtliche Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat müssten in diesem Fall gem. § 104 Abs. 2, 3 b AktG gerichtlich bestellt werden.³²

Hiergegen könnte man vorbringen, dass in der Praxis die Konzernmutter eine solche Situation im Regelfall vermeiden wollen würde und entsprechend mit ihren gesellschaftsrechtlichen Mitteln für die Pflichterfüllung des mitgliedstaatlichen Tochterunternehmens Sorge trüge.³³ Doch zum einen wird es durchaus Situationen geben, in der eine Konzernmutter die gerichtliche Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder vorzieht. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass vermittels gesellschaftsrechtlicher Leistungsmacht allenfalls die Durchführung der Wahlen besorgt werden würde. Nicht gesichert wäre damit die Durchsetzung der individualrechtlichen Begleitrechte der Arbeitnehmer der mitgliedstaatlichen Belegschaft. Dazu gehört allem voran der Wahlschutz nach § 20 Abs. 2 MitbestG, den insbesondere die örtlichen Wahlvorstände, aber auch Kandidaten aus den Reihen jener Belegschaft genießen. Dazu gehört ebenfalls die Erhaltung des Entgeltanspruchs für wahlbedingte Versäumnisse der Arbeitszeit nach § 20 Abs. 3 MitbestG. Zwar könnte die Muttergesellschaft die mitgliedstaatliche Tochter gesellschaftsrechtlich auch zur Einhaltung dieser Regeln anhalten. Aber anders als bei der ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl selbst fehlt es ihr insoweit an einem eigenen Interesse. Darum ist mit einer Durchsetzung dieser Regeln gerade nicht unbedingt zu rechnen.

So ist festzuhalten: Die fehlende deutsche Hoheitsgewalt mit Blick auf Rechtsprechung und Rechtsdurchsetzung führt dazu, dass die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat insgesamt vom Willen der Konzernleitung abhängig würde. Weitere Folge ist, dass den Arbeitnehmern der mitgliedstaatlichen Belegschaft der vom deutschen Gesetzgeber für erforderlich gehaltene individualrechtliche Schutz zur Sicherung der Unabhängigkeit der Wahlen rechtlich nicht garantiert wäre.³⁴

V. Verstoß gegen Art. 18 Abs. 1 AEUV, Art. 21 Abs. 2 EU-GRC?

Die nun folgende unionsrechtliche Prüfung der Nichteinbeziehung der Betriebe mitgliedstaatlicher Tochterunternehmen in die Wahlen zu den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat soll sich auf die ernsthaft in Betracht kommende Unionsrechtsverstöße konzentrieren. Entsprechend lässt sich abschichten. Erstens: Die Annahme von Verstößen gegen andere Grundfreiheiten als die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nicht ernsthaft vertretbar.³⁵ Zweitens: Die Behauptung eines Verstoßes gegen die Freizügigkeit inländischer

³² § 104 AktG ist auch im Fall nichtiger Wahlen anzuwenden: *Habersack*, MünchKommAktG, 3. Aufl. 2008, § 104 Rn. 5.

³³ *Habersack* AG 2007, 648: nur im Falle des Vertrags- oder Eingliederungskonzerns, d.h. nicht im Fall des faktischen Konzerns; für diesen insbesondere skeptisch: *Wißmann*, in: Festschrift für Wank, 2014, S. 695, 697.

³⁴ Ebenso *Heuschmid/Ulber* NZG 2016, 102, 104.

³⁵ Dazu schon in gebotener Kürze: *Krause* AG 2012, 485, 496.

Arbeitnehmer ist fernliegend.³⁶ Drittens: Die Heranziehung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für die Beurteilung der Lage der im mitgliedstaatlichen Tochterunternehmen beschäftigten Arbeitnehmer ist verfehlt. Diese Arbeitnehmer erfahren zwar eine unterschiedliche Behandlung, aber nicht im Zusammenhang mit der Wahrnehmung ihres Freizügigkeitsrechts. Freizügigkeit meint Grenzüberschreitung zum Zwecke abhängiger Beschäftigung.³⁷ Von dieser unionsrechtlich garantierten Möglichkeit haben die Beschäftigten mitgliedstaatlicher Belegschaften regelmäßig keinen Gebrauch gemacht.

Ernsthaft in Betracht kommt allein, dass die kollisionsrechtliche Anknüpfung kollektiver Mitbestimmungsrechte an die Belegenheit des Betriebsortes auch im Falle ausländischer Töchter inländischer Konzernmütter gegen das Verbot der Diskriminierung nach Art. 18 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 21 Abs. 2 EU-GRC verstößt.

1. Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes neben den Grundfreiheiten

Vorab ist klarzustellen, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot tatsächlich zur Anwendung kommt. Grundsätzlich gilt, dass Sachverhalte, die eine Diskriminierung nach Art. 18 AEUV darstellen können, aber zugleich in den Anwendungsbereich einer Grundfreiheit fallen, nur am Maßstab der Grundfreiheit zu überprüfen sind.³⁸ Anders steht es hingegen, wenn der Anwendungsbereich der Grundfreiheit nicht eröffnet ist. Dann greift das allgemeine Diskriminierungsverbot. Im vorliegenden Zusammenhang ist mit Blick auf die in Betrieben der mitgliedstaatlichen Tochter beschäftigten Arbeitnehmer das allgemeine Diskriminierungsverbot einschlägig. Denn wie eben festgehalten ist deren Freizügigkeit nach Art. 45 AEUV von vornherein nicht betroffen.

2. Keine Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verträge

Weitere Anwendungsvoraussetzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots ist, dass die fragliche Regelung in den Anwendungsbereich der Verträge fällt. Die Reichweite des Anwendungsbereichs ist ein seit längerem hoch umstrittenes Feld des Unionsrechts, aber die schwierigen Streitpunkte sind hier nicht berührt. In den Anwendungsbereich fallen zum einen sämtliche primärrechtlich, insbesondere durch die Grundfreiheiten erfassten Sachverhalte. Wie gerade festgehalten ist dies für die mitgliedstaatlichen Belegschaften aber gerade zu verneinen. Es handelt sich auch nicht um Regelungen, die in funktionalem Zusammenhang mit der Ausübung einer Grundfreiheit stehen.³⁹

³⁶ Nach der Rechtsprechung des *EuGH* können nur solche Regelungen eine Beschränkung der Freizügigkeit darstellen, die den Zugang zum mitgliedstaatlichen Arbeitsmarkt beeinflussen: *EuGH*, Urteil v. 27.1.2000 - C 190/98, *Graf*, in: *Slg.* 2000, I-513, Rn. 23. Dies ist für die Nichtbeteiligung der mitgliedstaatlichen Belegschaft natürlich zu verneinen. Der Wechsel zu einer mitgliedstaatlichen Konzernbelegschaft bringt in gleicher Weise den Verlust von Mitbestimmungsrechten mit sich, wie der Wechsel zu jedem anderen Arbeitgeber auf dem mitgliedstaatlichen Arbeitsmarkt. Generelle Unterschiede im Niveau der Unternehmensmitbestimmung stellen aber ebenso wenig einen Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit dar wie etwa Unterschiede im Niveau des Kündigungsschutzes.

³⁷ *Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 2015, Art. 45 AEUV Rn. 117.

³⁸ *Epiney*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 18 AEUV Rn. 11 ff. m.w.N.; *Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 37), Art. 45 AEUV Rn. 445.

³⁹ Dazu *Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 2015, Art. 18 AEUV Rn. 41 ff.

Abgesehen davon fallen in den Anwendungsbereich diejenigen Bereiche, die sekundärrechtlichen Regelungen der Union unterfallen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die mitgliedstaatliche Norm zum Zwecke der Umsetzung erlassen wurde, sondern darauf, ob die fragliche Norm dem unionsrechtlich geregelten Bereich unterfällt.⁴⁰ Unionsrechtliche Richtlinien im Bereich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer bestehen für die Mitbestimmung in den europäischen Gesellschaftsformen SE und SCE, sowie für die Folgen grenzüberschreitender Verschmelzung für bestehende Mitbestimmung. Hier handelt es sich um spezielle Regelungen, die die originär unionsrechtlichen Gesellschaftsformen betreffen oder den Sonderfall einer transnational verschmolzenen Gesellschaft. Die reguläre Mitbestimmung in den mitgliedstaatlichen Gesellschaftsformen ist davon nicht betroffen. Folglich hat der Gesetzgeber hier keine unionsrechtlichen Vorgaben zu beachten.

Darüber hinaus steht der Union eine Regelungskompetenz für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer gemäß Art. 153 Abs. 2, 1 f) AEUV zu. Diese Kompetenz hat die Union bislang aber nicht ausgeübt. Die zitierten Richtlinien wurden sämtlich und zurecht nicht auf Art. 153 Abs. 2, 1 f) AEUV gestützt. Die Richtlinie zur Einsetzung eines Europäischen Betriebsrates fußt auf Art. 153 Abs. 2, 1 e) AEUV⁴¹ und betrifft zudem auch in der Sache einen anderen Bereich. Das Bestehen einer Kompetenz zur Regelung eines Sachbereichs reicht aber zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts nicht aus.⁴² Die Mitgliedstaaten haben den rechtlichen Anforderungen des Unionsrechts im Einklang mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot gerecht zu werden. Eine noch nicht ausgeübte Kompetenz aber stellt keine rechtlichen Anforderungen an die Mitgliedstaaten.

3. Keine Diskriminierung aufgrund fehlender Jurisdiktion

Würde man dem nicht folgen, wäre der Tatbestand einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit i. S. von Art. 18 AEUV bzw. Art. 21 Abs. 2 EU-GRC zu prüfen. Den Tatbestand erfüllt auch die mittelbare Diskriminierung. Das ist eine ungleiche Behandlung, die an einem anderen Merkmal als der Staatsangehörigkeit anknüpft, aber faktisch überwiegend fremde Staatsangehörige belastet. Eine solche ungleiche Behandlung ist für die Folgen der kollisionsrechtlichen Anknüpfung auch konzernbezogener kollektiver Mitbestimmungsrechte am Belegenheitsort des Betriebes zunächst einmal zu bejahen. Betroffen sind überwiegend Beschäftigte mit fremder Staatsangehörigkeit, nämlich der des jeweiligen Staates, in dem der Beschäftigungsort liegt.

Allerdings reicht das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot nur so weit wie die Hoheitsgewalt des Mitgliedstaates.⁴³ Das erscheint im Fall fehlender Rechtssetzungsgewalt

⁴⁰ Vgl. etwa *EuGH*, Urteil v. 22.11.2005 – C 144/04, *Mangold*, in: *Slg.* 2005, I-10013, Rn. 75 mit 51 und 68.

⁴¹ *Annus/Kühn/Rudolph/Rupp*, EBRG, 2014, Vorbem. EBRG Rn. 2 (unter Bezug auf das entsprechende Maastrichter Abkommen über die Sozialpolitik).

⁴² *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 2015, Art. 5 EUV Rn. 9a. Folgerichtig stellt der *EuGH* bei der Eröffnung des Anwendungsbereichs durch Richtlinien nicht auf ihren Erlass ab, sondern auf den Ablauf der Umsetzungsfrist (*EuGH*, Urteil v. 23.9.2008 – C 427/06, *Bartsch*, in: *Slg.* 2008, I-7245, Rn. 17 f.).

⁴³ *Jarass*, *EU-Grundrechte*, 2005, § 24 Rn. 3; *Rengeling/Sczcekalla*, *Grundrechte in der EU*, 2004, § 24 Rn. 904.

zwingend. Man kann einem Mitgliedstaat nicht abverlangen, zwei Sachverhalte rechtlich gleich zu behandeln, wenn einer der beiden Sachverhalte außerhalb seiner Rechtssetzungsgewalt liegt. So würde man dem deutschen Gesetzgeber nicht vorwerfen können, dass er für Arbeitsverhältnisse, die in Spanien erfüllt werden und auch sonst keine Verbindung zur deutschen Rechtsordnung aufweisen, anders als für in Deutschland zu erfüllende Arbeitsverhältnisse keinen Kündigungsschutz vorsieht⁴⁴ (was freilich lange schon nicht mehr durch nationales Recht, sondern durch europäisch vereinheitlichtes Kollisionsrecht geregelt ist, heute in Art. 8 Rom I-VO).

Gleiches gilt, wenn es dem Mitgliedstaat zwar nicht an der Rechtssetzungsgewalt, wohl aber für den entsprechenden Sachverhalt an der Rechtsprechungs- und Rechtsdurchsetzungsgewalt fehlt. So hat der *EuGH* in der Rechtssache *Peralta* geurteilt⁴⁵: Es ging um ein italienisches Gesetz, welches die Einleitung von bestimmten Schadstoffen mit Strafe belegte. Auf Hoher See galt das Verbot aber nur für Schiffe unter italienischer Flagge. Der *EuGH* sah darin keine Diskriminierung, weil, so das Argument, die Hoheitsgewalt des italienischen Staates auf Hoher See die Schiffe unter fremder Flagge grundsätzlich nicht erfasse.⁴⁶ Der *EuGH* spezifiziert zwar nicht den einschlägigen Aspekt der Hoheitsgewalt. Unter dem Aspekt der Rechtssetzungsgewalt wäre die Einbeziehung von Schiffen unter fremder Flagge aufgrund der möglichen Auswirkungen der Einleitungen für die italienischen Hoheitsgewässer mutmaßlich zulässig gewesen.⁴⁷ Im Auge hatte der *EuGH* darum offenbar die fehlende Rechtsdurchsetzungsgewalt.⁴⁸ Dies wird bestätigt dadurch, dass der *EuGH* ausdrücklich von den „territorialen Grenzen“ der Hoheitsgewalt spricht, die allein zur Rechtsdurchsetzungsgewalt gehören.⁴⁹

Bevor also gegen einen Mitgliedstaat der Vorwurf der Diskriminierung erhoben werden kann, muss hinsichtlich des fraglichen Sachverhalts nicht nur die Rechtssetzungs-, sondern auch die Rechtsdurchsetzungsgewalt gegeben sein. Wie oben erläutert, ist genau dies im Fall der Mitbestimmung zu verneinen: Es fehlt nicht an der Rechtssetzungsgewalt, wohl aber an Rechtsprechungs- und Rechtsdurchsetzungsgewalt. Wenn es die Bundesrepublik Deutschland unterlässt, eine solche Regelung zu schaffen, die die inländischen und mitgliedstaatlichen Belegschaften zwar gleich behandeln würde, diese gleiche Behandlung aber nicht durchgesetzt werden könnte, dann kann der Verzicht auf eine solche Regelung von vornherein nicht als Diskriminierung zählen.

⁴⁴ Grundlegend *EuGH*, Urteil v. 13.2.1969 – 14/68, *Wilhelm*, in: Slg. 1969, 1, Rn. 13 (zur Diskriminierung durch Kartellrecht).

⁴⁵ *EuGH*, 14.7.1994 – C 379/92, *Peralta*, in: Slg. 1994, I-3453.

⁴⁶ *EuGH* (Fn. 45), Rn. 45-47.

⁴⁷ Vgl. dazu *StIGH*, Urt. v. 7.9.1927, *Lotus*, PCIJ Ser. A Nr. 10; dazu ausführlich *Jefßberger*, *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts*, 2011, S. 197 ff.; *Jefßberger* selbst ist allerdings offenbar skeptisch gegenüber der Erfassung von Sachverhalten dieser Art unter dem sog. Auswirkungsprinzip (S. 230 ff.); alternativ käme das sog. Sachwalterprinzip für universelle Rechtsgüter zum Tragen (S. 271 ff.).

⁴⁸ Die akzidentielle Durchsetzungsmöglichkeit bei Einfahrt in das italienische Hoheitsgewässer – die sich im zitierten Fall *Lotus* geboten hatte und vom türkischen Staat wahrgenommen worden war – reichte dem *EuGH* offenbar nicht aus.

⁴⁹ Vgl. oben bei und in Fn. 22.

Etwas anderes könnte innerhalb des Verfassungsverbundes der Union zwar gelten, wenn Rechtsprechungs- und Rechtsdurchsetzungsgewalt durch andere Mitgliedstaaten gewährleistet wäre, hier durch den Mitgliedstaat, in dem der Betrieb belegen ist. Wie aber oben ausführlich dargestellt wurde, handelte es sich bei der transnationalen Ausdehnung der Mitbestimmungsregeln um eine kollisionsrechtliche Eingriffsnorm, zu deren Anwendung nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts kein Mitgliedstaat verpflichtet wäre.

4. Rechtfertigung im Interesse der demokratischen Integrität der Mitbestimmung

Würde man dem nicht folgen, wäre abschließend die Rechtfertigung zu prüfen. Eine Rechtfertigung ist gegeben, wenn die fragliche Regelung einem zwingenden Allgemeinwohlinteresse dient, und zur Verwirklichung dieses Interesses geeignet und erforderlich ist.

Das für die räumliche Begrenzung der Mitbestimmungsregeln auf inländische Belegschaften anzuführende Allgemeinwohlinteresse ist die demokratische Integrität der Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Die Integrität der Mitbestimmung wäre betroffen, wenn die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nicht mehr wie im Gesetz konzipiert auf Wahlen durch die Belegschaften zurückginge, oder wenn eine freie und ungehinderte Wahl nicht mehr gewährleistet wäre.

Wie oben ausgeführt wurde, könnte die konsequente Weigerung des mitgliedstaatlichen Tochterunternehmens, seine mitbestimmungsrechtlichen Pflichten zu erfüllen, dazu führen, dass die ordnungsgemäße Wahl eines Aufsichtsrats insgesamt unmöglich wird. Am Ende stünde es zur Disposition der Leitung des Mutterkonzerns, ob er seine gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten zur Steuerung des mitgliedstaatlichen Tochterunternehmens nutzte, oder ob er auf die gerichtliche Bestellung der Arbeitnehmervertreter auswich. Im letzteren Fall wäre die Mitbestimmung durch gewählte Arbeitnehmervertreter ausgeschaltet.

Selbst wenn aber die Konzernmutter ihre gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten nutzte, wäre in den mitgliedstaatlichen Belegschaften die demokratische Integrität der Mitbestimmung nicht gewährleistet. Der individualrechtliche Wahl- und Lohnschutz, der den beteiligten Wahlvorständen, Wahlbewerbern und wählenden Arbeitnehmern zukommt, würde bei der mitgliedstaatlichen Belegschaft entfallen. Es wäre also allenfalls die formale Beteiligung realisiert, nicht aber die Beteiligung in freier und ungehinderter Wahl.

Gegen diesen Befund kann nicht eingewandt werden, die Anknüpfung an den Belegenheitsort des Betriebes sei nicht erforderlich, weil der Gesetzgeber über mildere Mittel verfüge. So ist zwar argumentiert worden, die inländische Konzernmutter könnte zur Einwirkung auf die Tochterunternehmen verpflichtet werden oder es könnte ein Verfahren zur Aushandlung der Mitbestimmung nach dem Vorbild der SE errichtet werden.⁵⁰ Zwar fällt die Prüfung der Erforderlichkeit durch den *EuGH* im Grundsatz durchaus streng aus. Doch sie kann vornherein nur durchgreifen, wenn das mildere Mittel in vergleichbarer

⁵⁰ So tatsächlich *Hellwig/Behme* AG 2009, 261, 267 f.

Weise zum Erfolg führte wie die in Rede stehende Maßnahme.⁵¹ Das wäre bei der Einwirkungsverpflichtung der inländischen Konzernmutter schon deswegen nicht der Fall, weil gar nicht in allen Fällen eine entsprechende gesellschaftsrechtliche Beherrschungsbeziehung besteht⁵² und zudem in allen Fällen der Erfolg der Einwirkung nicht gesichert wäre. Wenig durchdacht erscheint schließlich der Verweis auf ein an der SE orientiertes Verhandlungsmodell: Die Probleme fehlender Rechtsprechungs- und Rechtsdurchsetzungsgewalt blieben ohne eine unionsrechtliche Regelung nach dem Muster von Art. 12 der SE-Beteiligungsrichtlinie (umgesetzt ins deutsche Recht in § 3 Abs. 1 Satz 2 SEBG), die die Mitgliedstaaten verpflichtet, die nach mitgliedstaatlichen Vorschriften begründeten Verpflichtungen von SE-Betrieben im eigenen Hoheitsstaat unabhängig vom Sitz der SE durchsetzbar zu machen, vollständig erhalten.

VI. Ergebnis

Die kollisionsrechtliche Regelung des Anwendungsbereichs der deutschen Mitbestimmungsgesetze ist mit dem Unionsrecht vereinbar. Sie verstößt insbesondere nicht gegen das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 Abs. 1 AEUV und Art. 21 Abs. 2 EU-GRC. Erstens ist für den mit den Mitbestimmungsgesetzen geregelten Bereich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet, weil hierzu keine sekundärrechtlichen Regelungen bestehen und die einschlägige Unionskompetenz in Art. 153 Abs. 2, 1 f AEUV noch nicht ausgeübt wurde. Zweitens liegt tatbestandlich keine Diskriminierung vor, weil das Diskriminierungsverbot nur im Rahmen staatlicher Jurisdiktion eingehalten werden kann und muss. Zwar fehlt der Bundesrepublik Deutschland nicht die Rechtssetzungsgewalt wohl aber Rechtsprechungs- und Rechtsdurchsetzungsgewalt für eine Regelung, die auch Belegschaften mitgliedstaatlicher Tochterunternehmen einbezüge. Dies würde auch nicht durch ein entsprechendes Wirken der Gerichte und Vollstreckungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten ausgeglichen. Drittens ist eine Rechtfertigung anzuerkennen. Bei fehlender Durchsetzungsmöglichkeit transnationalisierter Mitbestimmungsregeln wäre die demokratische Integrität der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat insgesamt beeinträchtigt, weil die Wahl der Arbeitnehmerbank insgesamt zur Disposition der (Tochter-)Unternehmensleitung stünde und für die mitgliedstaatliche Belegschaft eine freie und unbehinderte Wahl rechtlich nicht gesichert wäre.

Für eine breite Diskussion zu unionsrechtskonformer Auslegung oder legislativer Beschneidung der deutschen Mitbestimmung, wie sie jüngst durchaus eindrucksvoll in München angestrengt wurde⁵³, besteht mithin in der Sache kein Anlass.

⁵¹ Frenz, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2012, Rn. 595 m.w.N.

⁵² Vgl. oben in Fn. 33.

⁵³ Symposium „Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang“ vom März 2016, Informationen unter www.mitbestimmung2016.eu (2.9.2016).