



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Brüssel, den 09 Februar 2016
sj.j(2016)745503

AN DEN HERRN PRÄSIDENTEN UND DIE MITGLIEDER DES GERICHTSHOFS

SCHRIFTSATZ

gemäß Artikel 23 Absatz 2 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs der
Europäischen Union

eingereicht von der **Europäischen Kommission** (im Folgenden: Kommission), vertreten
durch Denis Martin, Rechtsberater im Juristischen Dienst der Kommission, und Manuel
Kellerbauer, Mitglied des Juristischen Dienstes der Kommission, als Bevollmächtigte,
Zustellungsbevollmächtigte: Merete Clausen, Mitglied des Juristischen Dienstes der
Kommission, Bâtiment BECH, L-2721 Luxembourg – der Zustellung aller
Verfahrensschriftstücke über e-Curia wird zugestimmt –

in der Rechtssache **C-566/15**

wegen **Vorabentscheidung**

gemäß Artikel 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im
Folgenden: AEUV), um die das Kammergericht Berlin (Deutschland) mit Beschluss vom
16. Oktober 2015 – 14 K 89/15 - ersucht hat in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit

Erzberger („Antragssteller“)

gegen

TUI AG („Antragsgegnerin“)

betreffend die Auslegung von Artikel 18 und 45 des Vertrags über die Arbeitsweise der
Europäischen Union („AEUV“).

INHALTSVERZEICHNIS

1.	AUSGANGSRECHTSTREIT UND VORLAGEFRAGEN	3
2.	RECHTLICHER RAHMEN	4
2.1	Recht der Europäischen Union	4
2.2	Nationales Recht in Deutschland.....	4
3.	RECHTLICHE WÜRDIGUNG	7
3.1	Zur Vorlagefrage im Lichte der nationalen Rechtslage.....	7
3.2	Anwendbarkeit und Vorrang des aus Art. 45 AEUV folgenden Gleichbehandlungsanspruchs	8
3.3	Zum Vorliegen einer Diskriminierung und Behinderung i.S.d. Art. 45 AEUV	10
3.4	Zur objektiven Rechtfertigung.....	12
4.	SCHLUSSFOLGERUNG	15

1. AUSGANGSRECHTSTREIT UND VORLAGEFRAGEN

1. Die Parteien des Ausgangsverfahrens sind sich über die ordnungsgemäße Besetzung des Aufsichtsrats der Antragsgegnerin uneinig. Es ist streitig, ob der von den Arbeitnehmern zu bestimmende Teil des Aufsichtsrats nur von Arbeitnehmern jener Betriebe des Konzerns der Antragsgegnerin bestimmt werden durfte, die in Deutschland befindlich sind.
2. Die Antragsgegnerin ist ein Touristikunternehmen mit Sitz in Deutschland. Sie bildet mit mehreren teils im Ausland befindlichen abhängigen Unternehmen (die „Konzernunternehmen“) einen Konzern, der weltweit tätig ist. Der Aufsichtsrat der Antragsgegner hat 20 Mitglieder, von dem nach deutschem Mitbestimmungsrecht 10 durch die Arbeitnehmer bestimmt wurden. Bei der Bestimmung dieser 10 Mitglieder waren Arbeitnehmer der Konzernunternehmen nur dann aktiv und passiv wahlberechtigt, wenn sie in Deutschland beschäftigt waren. Arbeitnehmer, die in Konzernunternehmen in anderen Mitgliedstaaten beschäftigt waren, wurden dagegen nicht an der Wahl der Arbeitnehmervertreter beteiligt.
3. Der Antragssteller ist Anteilseigner der Antragsgegnerin. Nach deutschem Aktienrecht besteht die Möglichkeit, bei einem Streit, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammengesetzt ist, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Von dieser Möglichkeit hat der Antragsteller Gebrauch gemacht.
4. Das vorliegende Kammergericht Berlin ersucht den Gerichtshof der Europäischen Union, die folgende Frage im Wege der Vorabentscheidung zu beantworten:

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

2. RECHTLICHER RAHMEN

2.1 Recht der Europäischen Union

5. Die einschlägigen Vorschriften des AEUV lauten wie folgt:

Art. 45 AEUV

- (1) Innerhalb der Union ist Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.
- (2) Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.

Art. 18 AEUV

Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

[...]

2.2 Nationales Recht in Deutschland

6. Die einschlägigen Bestimmungen des in Deutschland geltenden Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz) vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153) lauten wie folgt:

§ 7 Zusammensetzung des Aufsichtsrats

(1) Der Aufsichtsrat eines Unternehmens

1. mit in der Regel nicht mehr als 10 000 Arbeitnehmern setzt sich zusammen aus je sechs Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer;
2. mit in der Regel mehr als 10 000, jedoch nicht mehr als 20 000 Arbeitnehmern setzt sich zusammen aus je acht Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer;
3. mit in der Regel mehr als 20 000 Arbeitnehmern setzt sich zusammen aus je zehn Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer.

Bei den in Satz 1 Nr. 1 bezeichneten Unternehmen kann die Satzung (der Gesellschaftsvertrag) bestimmen, daß Satz 1 Nr. 2 oder 3 anzuwenden ist. Bei den in Satz 1 Nr. 2 bezeichneten Unternehmen kann die Satzung (der

Gesellschaftsvertrag) bestimmen, daß Satz 1 Nr. 3 anzuwenden ist.

(2) Unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer müssen sich befinden
1. in einem Aufsichtsrat, dem sechs Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer angehören, vier Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften;

2. in einem Aufsichtsrat, dem acht Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer angehören, sechs Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften;

3. in einem Aufsichtsrat, dem zehn Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer angehören, sieben Arbeitnehmer des Unternehmens und drei Vertreter von Gewerkschaften.

(3) Unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer eines in § 1 Absatz 1 genannten, börsennotierten Unternehmens müssen im Fall des § 96 Absatz 2 Satz 3 des Aktiengesetzes Frauen und Männer jeweils mit einem Anteil von mindestens 30 Prozent vertreten sein.

(4) Die in Absatz 2 bezeichneten Arbeitnehmer des Unternehmens müssen das 18. Lebensjahr vollendet haben und ein Jahr dem Unternehmen angehören. Auf die einjährige Unternehmensangehörigkeit werden Zeiten der Angehörigkeit zu einem anderen Unternehmen, dessen Arbeitnehmer nach diesem Gesetz an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern des Unternehmens teilnehmen, angerechnet. Diese Zeiten müssen unmittelbar vor dem Zeitpunkt liegen, ab dem die Arbeitnehmer zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern des Unternehmens berechtigt sind. Die weiteren Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 des Betriebsverfassungsgesetzes müssen erfüllt sein.

(5) Die in Absatz 2 bezeichneten Gewerkschaften müssen in dem Unternehmen selbst oder in einem anderen Unternehmen vertreten sein, dessen Arbeitnehmer nach diesem Gesetz an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern des Unternehmens teilnehmen.

§ 10 Wahl der Delegierten

(1) In jedem Betrieb des Unternehmens wählen die Arbeitnehmer in geheimer Wahl und nach den Grundsätzen der Verhältniswahl Delegierte.

(2) Wahlberechtigt für die Wahl von Delegierten sind die Arbeitnehmer des Unternehmens, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. § 7 Satz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes gilt entsprechend.

(3) Zu Delegierten wählbar sind die in Absatz 2 Satz 1 bezeichneten Arbeitnehmer, die die weiteren Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 8 des Betriebsverfassungsgesetzes erfüllen.

(4) Wird für einen Wahlgang nur ein Wahlvorschlag gemacht, so gelten die darin aufgeführten Arbeitnehmer in der angegebenen Reihenfolge als gewählt. § 11 Abs. 2 ist anzuwenden.

7. Die einschlägigen Bestimmungen des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518) lauten wie folgt:

§ 7 Wahlberechtigung

Wahlberechtigt sind alle Arbeitnehmer des Betriebs, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Werden Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers zur Arbeitsleistung überlassen, so sind diese wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden.

§ 8 Wählbarkeit

(1) Wählbar sind alle Wahlberechtigten, die sechs Monate dem Betrieb angehören oder als in Heimarbeit Beschäftigte in der Hauptsache für den Betrieb gearbeitet haben. Auf diese sechsmonatige Betriebszugehörigkeit werden Zeiten angerechnet, in denen der Arbeitnehmer unmittelbar vorher einem anderen Betrieb desselben Unternehmens oder Konzerns (§ 18 Abs. 1 des Aktiengesetzes) angehört hat. Nicht wählbar ist, wer infolge strafgerichtlicher Verurteilung die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, nicht besitzt.

(2) Besteht der Betrieb weniger als sechs Monate, so sind abweichend von der Vorschrift in Absatz 1 über die sechsmonatige Betriebszugehörigkeit diejenigen Arbeitnehmer wählbar, die bei der Einleitung der Betriebsratswahl im Betrieb beschäftigt sind und die übrigen Voraussetzungen für die Wählbarkeit erfüllen.

3. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

3.1 Zur Vorlagefrage im Lichte der nationalen Rechtslage

8. Das vorliegende Gericht fragt nach der Vereinbarung einer mitgliedstaatlichen Regelung mit Art. 18 und Art. 45 AEUV, die vorsieht, dass das aktive und passive Wahlrecht für die Vertreter der Arbeitnehmer in das Aufsichtsorgan eines Unternehmens solchen Arbeitnehmern vorbehalten bleibt, die in Betrieben des Unternehmens oder in Konzernunternehmen im Inland beschäftigt sind.
9. Die Kommission weist im Vorfeld darauf hin, dass sich die Vorlagefrage nur vor dem Hintergrund des Inhalts und des Zwecks der nationalen Regelung beantworten lässt. Dem nationalen Gesetzgeber bleibt es im Grunde unbenommen, Regeln der Arbeitnehmermitbestimmung zu kreieren, die ihrem Inhalt und Zweck nach nur im Inland Anwendung finden. Entschließt sich ein Mitgliedstaat aber dazu, das Mitbestimmungsrecht so zu gestalten, dass es Sachverhalte umfasst, die bei objektiver Betrachtung sowohl im selben Mitgliedstaat als auch in anderen Mitgliedstaaten vorliegen können, so muss er rechtfertigen, weshalb Arbeitnehmer in anderen Mitgliedsstaaten von der Mitbestimmung ausgeschlossen werden.
10. Die Vorlagefrage zielt auf Regeln wie die des deutschen Mitbestimmungsrechts. Nach den Feststellungen des vorliegenden Gerichts hat die in Deutschland vorherrschende Interpretation dieser Regeln für die auf sie anwendbaren Unternehmen zur Folge, dass im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer bei der Wahl des Aufsichtsrats einer Konzernmutter in Deutschland nicht berücksichtigt werden. Im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer können weder Aufsichtsratsmitglieder wählen, noch Aufsichtsratsmitglied werden. Arbeitnehmer müssen aus dem Aufsichtsrat der Konzernmutter ausscheiden, wenn sie ihre Tätigkeit für den Konzern im Inland beenden und bei einem im Ausland befindlichen Unternehmen des gleichen Konzerns eine Arbeit aufnehmen. In Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer dürfen sich dagegen an der Wahl des Aufsichtsrats der

Konzernmutter beteiligen und sich selbst zur Wahl stellen. Dies gilt auch dann, wenn sie nicht bei der Konzernmutter selbst beschäftigt sind, sondern in einem anderen Unternehmen im Inland tätig sind, das dem gleichen Konzern angehört.

11. Die von dem vorlegenden Gericht als vorherrschend dargestellte Interpretation der deutschen Mindestbestimmungsregeln ergibt sich nicht zwingend aus dem Gesetzeswortlaut. Sie wird nicht von allen deutschen Gerichten geteilt. Einem Teil der deutschen Rechtsprechung zufolge nimmt der Wortlaut des Mitbestimmungsgesetzes im Ausland Beschäftigte nicht von der Mitbestimmung aus. Im Ausland Beschäftigte sind nach Ansicht eines Teils der deutschen Rechtsprechung an der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat der Konzernmutter zu beteiligen.¹

3.2 Anwendbarkeit und Vorrang des aus Art. 45 AEUV folgenden Gleichbehandlungsanspruchs

12. Die Frage des vorlegenden Gerichts zielt teilweise auf Art. 18 AEUV ab, in dem das allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankert ist. Insoweit ist festzustellen, dass diese Vertragsbestimmung als eigenständige Grundlage nur auf Fallgestaltungen anzuwenden ist, für die der AEUV keine besonderen Diskriminierungsverbote vorsieht.² Soweit Art. 45 AEUV im Hinblick auf Arbeitnehmer ein besonderes Diskriminierungsverbot enthält, tritt Art. 18 AEUV als subsidiär zurück.
13. Die Anwendbarkeit des Art. 45 AEUV hängt vorliegend zunächst davon ab, ob das Wahlrecht und die Wählbarkeit zum Aufsichtsrat unter den Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ zu fassen ist, hinsichtlich derer Art. 45 Abs. 2 AEUV Arbeitnehmern einen Anspruch auf Gleichbehandlung zubilligt. Dem Begriff „sonstige Arbeitsbedingungen“ im Sinne von Artikel 45 Abs. 2 AEUV ist nach der Rechtsprechung in Anbetracht des Charakters des allgemeinen Grundsatzes, der in dieser Bestimmung zum Ausdruck kommt, ein weiter Anwendungsbereich zuzuerkennen. Artikel 45 Abs. 2 AEUV sieht die Gleichbehandlung in Bezug auf all

¹ So etwa LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 16.02.2015 – 3/16 O 1/14.

² Vgl. z.B. Urteile vom 26. November 2002, Oteiza Olazabal, C-100/01, Slg. 2002, I-10981, Randnr. 25, vom 29. April 2004, Weigel, C-387/01, Slg. 2004, I-4981, Randnr. 57 und vom 29. Oktober 2015, Benjámín Dávid Nagy, C-583/14, ECLI:EU:C:2015:737, Randnr. 24.

das vor, was sich unmittelbar oder mittelbar auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat bezieht.³

14. Der EuGH hat im Hinblick auf Art. 45 Abs. 2 AEUV und dem zu seiner Konkretisierung und Durchführung ergangenen Sekundärrecht geurteilt, dass der Anspruch auf Gleichbehandlung im Hinblick auf „sonstige Arbeitsbedingungen“ auch das Wahlrecht zu einer Einrichtung zur Vertretung und Verteidigung der Interessen der Arbeitnehmer umfasst.⁴ Soweit dem Aufsichtsrat eines Unternehmens nach dem deutschen Mitbestimmungsrecht Vertreter angehören, die seitens der Arbeitnehmer bestimmt wurden, ist der Aufsichtsrat auch als Einrichtung zur Vertretung und Verteidigung der Interessen der Arbeitnehmer zu werten. Das Wahlrecht zu dieser Einrichtung ist von Art. 45 Abs. 2 AEUV erfasst.
15. Die Anwendbarkeit des Art. 45 AEUV hängt ferner davon ab, ob von der fraglichen Regelung Arbeitnehmer betroffen sind, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen. Die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit sind nicht auf Tätigkeiten anwendbar, die keine Berührung mit irgendeinem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Unionsrecht abstellt, und die mit keinem relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen.⁵ Für die Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist es dagegen nicht in jedem Falle erforderlich, dass Arbeitnehmer ihr Heimatland verlassen.⁶
16. Der vorliegende Sachverhalt weist bereits deshalb ein grenzüberschreitendes Element auf, weil die fragliche Regelung in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer betrifft, die ihre Tätigkeit für die gleiche Unternehmensgruppe im Ausland fortführen möchten. Solche Arbeitnehmer verlieren nämlich ihr Stimmrecht zum Aufsichtsrat der Muttergesellschaft bzw. müssen ihre Stellung als

³ Urteil vom 8. Mai 2003 in der Rechtssache C-171/01, Wählergruppe Gemeinsam, Slg. 2003, I-4301, Rn. 85.

⁴ Vgl. Urteil vom 16. September 2004 in der Rechtssache C-465/01, Kommission/Österreich, ECLI:EU:C:2004:530, Rn. 25-30, 47- 48. Siehe auch Urteile vom 4. Juli 1991 in der Rechtssache C-213/90, ASTI I, Slg. 1991, I-3507; vom 18. Mai 1994 in der Rechtssache C-118/92 Kommission/Luxemburg, Slg. 1994, I-1891 und vom 8. Mai 2003 in der Rechtssache C-171/01, Wählergruppe Gemeinsam, Slg. 2003, I-4301.

⁵ Urteile 11. Januar 2007, ITC, C-208/05, Rn. 29, vom 26. Januar 1999, Terhoeve, C-18/95, Slg. 1999, I-345, Randnr. 26, und vom 11. Oktober 2001, Khalil u. a., C-95/99 bis C-98/99 und C-180/99, Slg. 2001, I-7413, Randnr. 69.

⁶ Vgl. Urteil vom 30. April 1996, Boukhalfa, C-214/94, Slg. 1996 I-2253.

Arbeitnehmervertreter aufgeben, wenn sie bereits in den Aufsichtsrat der Konzernmutter gewählt wurden. Ob sich ein grenzüberschreitendes Element überdies daraus ergibt, dass die fragliche Regelung auch solche Arbeitnehmer von dem Wahlrecht ausschließt, die für ein Unternehmen in Deutschland tätig sind, und ihren Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat haben bzw.⁷ das Wahlrecht von Arbeitnehmern in anderen Mitgliedstaaten betrifft, deren Arbeitgeber von einem Mutterunternehmen in Deutschland kontrolliert werden und deren Wahlrecht zum Aufsichtsrat des Mutterunternehmens sich nach deutschem Recht bestimmt,⁸ kann daher vorliegend offen bleiben.

17. Nach oben Gesagtem ist Art. 45 AEUV anwendbar. Ein Eingehen auf Art. 18 AEUV ist daher nach Ansicht der Kommission zur Beantwortung der Vorlagefrage nicht erforderlich. Nur hilfsweise ist darauf hinzuweisen, dass die Arbeitnehmermitbestimmung von der bereits ausgeübten Unionskompetenz in Art. 153 Abs. 1 f) AEUV⁹ erfasst ist und daher auch dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV unterliegen würde.

3.3 Zum Vorliegen einer Diskriminierung und Behinderung i.S.d. Art. 45 AEUV

18. Aus Art. 45 AEUV folgt zunächst der Grundsatz der Gleichbehandlung, der nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle verschleierte Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungskriterien de facto zum gleichen Ergebnis führen, verbietet.¹⁰ Um eine Maßnahme als mittelbar diskriminierend qualifizieren zu können, muss sie nicht bewirken, dass alle Inländer begünstigt werden oder dass

⁷ Die deutsche Regelung schließt auch solche Arbeitnehmer von dem Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Konzernmutter aus, die im Ausland für eine unselbständige Zweigniederlassung der inländischen Unternehmensgruppe tätig werden.

⁸ Unternehmen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und dort ihren satzungsmäßigen Sitz haben unterliegen im Hinblick auf ihre Rechtsform, ihre Organe und die Zusammensetzung dieser Organe im Grundsatz den Regeln dieses Mitgliedstaats. Die unternehmerische Mitbestimmung wird in Deutschland als gesellschaftsrechtlich qualifiziert und daher dem Gesellschaftsstatut zugeordnet, das auf den Satzungssitz abstellt; vgl. BGH NJW, 1982, 933 (934).

⁹ Vgl. Richtlinien 94/95/EG, 2001/86/EG, 2003/72/EG sowie 2005/56/EG.

¹⁰ Vgl. z.B. Urteile vom 23. Mai 1996, O'Flynn, C-237/94, Slg. 1996, I-2617, Rn. 17, und vom 28. Juni 2012, Emy, C-172/11, Rn. 39.

unter Ausschluss der Inländer nur die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten benachteiligt werden.¹¹ Eine nationale Vorschrift ist überdies dann als mittelbar diskriminierend anzusehen, wenn sie sich ihrem Wesen nach stärker auf Arbeitnehmer auswirken kann, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen und folglich die Gefahr besteht, dass sie diese besonders benachteiligt.¹²

19. Die Verweigerung des Wahlrechts im Hinblick auf Arbeitnehmer, die in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt sind, trifft typischerweise die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten. Schließlich ist davon auszugehen, dass in anderen Mitgliedstaaten bei weitem mehr Angehörige dieses anderen Mitgliedstaats beschäftigt sind, und zwar auch dann, wenn sie für ein im Ausland ansässiges Unternehmen tätig sind, das dem gleichen Konzern angehört. Daher ist eine mittelbare Diskriminierung festzustellen.
20. Überdies sollen sämtliche Bestimmungen des AEU-Vertrags über die Freizügigkeit den Unionsangehörigen die Ausübung beruflicher Tätigkeiten aller Art im Gebiet der Union erleichtern und Maßnahmen entgegenstehen, die die Unionsangehörigen benachteiligen könnten, wenn sie eine Erwerbstätigkeit im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausüben wollen.¹³ Der Gerichtshof hat geurteilt, „dass Art. 45 AEUV jeder Maßnahme entgegen [steht], die, auch wenn sie ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gilt, geeignet ist, die Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten durch die Unionsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“.¹⁴ Diese Rechtsprechung kann so verstanden werden, dass Art. 45 AEUV nicht nur unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen verbietet, sondern auch Behinderungen in der Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit entgegensteht.

¹¹ Vgl. Urteil vom 28. Juni 2012, Emy, C-172/11, Rn. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹² Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. September 2009, Kommission/Deutschland, C-269/07, Slg. 2009, I-7811, RN. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung. Siehe auch Urteil vom 30. September 2003, Köbler, C-224/01 Rn. 72-77.

¹³ Vgl. Urteile vom 1. April 2008, Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon, C-212/06, Slg. 2008, I-1683, Randnr. 44 sowie vom 26. Januar 1999 in der Rechtssache C-18/95, Terhoeve, Slg. 1999, I-345, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹⁴ Urteile vom 10. März 2011, Rechtssache C-379/09, Maurits Casteels, Slg. 2011 I-01379, Rn. 22 und vom 1. April 2008, Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon, C-212/06, Slg. 2008, I-1683, Rn. 45 sowie vom 27. Januar 2000 in der Rechtssache C-190/98, Volker Graf, Slg. 2000 I-00493, Rn. 23.

21. Will ein Arbeitnehmer, der von einem in Deutschland ansässigen Unternehmen beschäftigt ist, für dieses Unternehmen in einem anderen EU Mitgliedstaat tätig werden, so verliert er sein aktives wie passives Wahlrecht im Hinblick auf den Aufsichtsrat dieses Unternehmens. Ist er bereits zum Aufsichtsratsmitglied ernannt worden, muss er diese Funktion aufgeben. In der Folge wird er im Hinblick auf seine Einwirkungsmöglichkeit auf den Aufsichtsrat deutlich schlechter gestellt, als wenn er seine Tätigkeit für ein Konzernunternehmen in Deutschland fortgesetzt hätte. Je nach Umfang des bereits ausgeübten aktiven oder passiven Wahlrechts zum Aufsichtsrat kann dies die Aufnahme einer Beschäftigung in einem anderen EU Mitgliedstaat deutlich weniger attraktiv machen. Die im Ausgangsverfahren streitige deutsche Regelung ist daher auch geeignet, die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.
22. Eine Regelung wie die des deutschen Mitbestimmungsrechts steht daher im Widerspruch zu Art. 45 AEUV, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt ist und in angemessenem Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.¹⁵ Da die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung eine nach Art. 45 AEUV grundsätzlich verbotene mittelbare Diskriminierung bzw. Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt, kann sie nur dann zugelassen werden, wenn mit ihr ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird, wenn sie geeignet ist, dessen Erreichung zu gewährleisten, und wenn sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist.¹⁶

3.4 Zur objektiven Rechtfertigung

23. Es ist auf den ersten Blick keine Rechtfertigung ersichtlich, weshalb ausländische Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber von einem in Deutschland ansässigen Unternehmen kontrolliert wird, von dem Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Konzernmutter ausgeschlossen werden. Zweck der deutschen Mitbestimmung ist es, die mit der Unterordnung unter fremde Leitungs- und Organisationsgewalt in größeren Unternehmen verbundene Fremdbestimmung durch die institutionelle

¹⁵ Vgl. Urteil vom 5. Dezember 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH, C-514/12, Rn. 26 bis 31

¹⁶ Vgl. insbesondere Urteil vom 1. April 2008, Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon, C-212/06, Slg. 2008, I-1683, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung.

Beteiligung an den unternehmerischen Entscheidungen zu mildern und die ökonomische Legitimation der Unternehmensleitung durch eine soziale zu ergänzen.¹⁷ Diesem Zweck zufolge ist es aber folgerichtig, auch Beschäftigte des Konzerns im Ausland bei der Wahl des Aufsichtsrats der Konzernmutter zu beteiligen. Schließlich sind diese der Leitungs- und Organisationsgewalt der Konzernmutter ebenso unterworfen wie im Inland Beschäftigte des Konzerns. Der Fortbestand und die Qualität ihres Arbeitsplatzes sind ebenso eng mit der Konzernspitze verbunden.

24. Dennoch sollen im Folgenden zwei in Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung des Wahlrechts untersucht werden. Zum einen könnte vorgebracht werden, dass der deutsche Gesetzgeber nicht befugt ist, Mitbestimmungsrechte von im Ausland befindlichen Arbeitnehmern zu regeln (Territorialitätsprinzip). Zum anderen könnte behauptet werden, die im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer unterlägen primär der Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates, weshalb es Sache dieses Mitgliedstaates sei, ihre Mitbestimmungsrechte als Arbeitnehmer zu regeln.
25. Das Territorialitätsprinzip kann nach Ansicht der Kommission nicht zur Rechtfertigung bemüht werden. Schließlich kann den ausländischen Arbeitnehmern ein Wahlrecht im Hinblick auf die im Inland ansässige Konzernmutter eingeräumt werden, ohne die deutschen Mitbestimmungsvorschriften extraterritorial anzuwenden. Die im EU-Ausland ansässigen Konzerngesellschaften müssten nicht von der deutschen Rechtsordnung dazu verpflichtet werden, die deutschen Mitbestimmungsvorschriften zu beachten. Vielmehr würde es genügen, die in Deutschland ansässige Konzernmutter dazu zu verpflichten, bei der Besetzung des Aufsichtsrats auch solchen Arbeitnehmern ein Wahlrecht einzuräumen, die für ein Konzernunternehmen im EU-Ausland tätig sind. Da die Konzernunternehmen im EU-Ausland dem bestimmenden Einfluss der deutschen Konzernmutter unterliegen, wäre die Konzernmutter dazu auch in der Lage. Ein Staat ist im Grundsatz weder völkerrechtlich noch EU-rechtlich daran gehindert, einem nach seinem Recht gegründeten Unternehmen im Inland Regeln für dessen Verhalten in anderen Staaten aufzuerlegen.

¹⁷ So das deutsche Bundesverfassungsgericht in BVerfG, NJW 1979, 699, 705.

26. Im Hinblick auf Arbeitnehmer, die für ein im Ausland ansässiges Unternehmen tätig sind, das einem deutschen Konzern angehört, kann auch die Geltung der Mitbestimmungsregeln eines anderen Mitgliedstaates keine Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern rechtfertigen. Schließlich ist die in der Vorlagefrage thematisierte mittelbare Diskriminierung bei der Wahl des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft in Deutschland zu verorten. Es geht um die Regeln zur Wahl des Aufsichtsrates der Muttergesellschaft, nicht um die Regeln zur unternehmerischen Mitbestimmung bei den im Ausland befindlichen Konzernunternehmen. Das deutsche Recht befindet im Hinblick auf den Aufsichtsrat dieser Muttergesellschaft, dass auch Arbeitnehmer anderer Unternehmen des gleichen Konzerns zum Zuge kommen sollen und diskriminiert insoweit, als dass dies nicht für Arbeitnehmer gilt, die im EU Ausland beschäftigt sind.
27. Unternehmen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und dort ihren satzungsmäßigen Sitz haben unterliegen im Hinblick auf ihre Rechtsform, ihre Organe und die Zusammensetzung dieser Organe im Grundsatz den Regeln dieses Mitgliedstaats.¹⁸ Die in Deutschland befindliche Konzernmutter unterliegt daher im Hinblick auf die Regeln zur Wahl ihres Aufsichtsrats dem deutschen Recht. Dies gilt auch im Hinblick auf die Frage, ob die Beschäftigten der im Ausland befindlichen Konzernunternehmen, die der Leitung der Konzernmutter unterliegen, an der Wahl zu beteiligen sind. Diese Frage ist aus dem deutschen Gesellschaftsrecht und nicht aus dem Gesellschaftsrecht anderer Mitgliedstaaten heraus zu beantworten. Nach dem Unionsrecht sind andere Mitgliedstaaten auch grundsätzlich daran gehindert, das Tätigwerden einer nach deutschem Recht begründeten und in Deutschland ansässigen Konzernmutter davon abhängig zu machen, dass ihre Leitungsorgane im Einklang mit dem Gesellschaftsrecht des anderen Mitgliedstaats besetzt wurden. Vielmehr müssen andere Mitgliedstaaten eine nach deutschem Recht wirksam begründete Konzernmutter im Grundsatz nach ihrer eigenen Gesellschaftsverfassung dort tätig werden lassen.¹⁹
28. Selbst wenn es aber gewichtige Gründe eines Allgemeininteresses geben sollte, die für die Ungleichbehandlung im Hinblick auf das Wahlrechts ins Feld geführt

¹⁸ Die unternehmerische Mitbestimmung wird in Deutschland als gesellschaftsrechtlich qualifiziert und daher dem Gesellschaftsstatut zugeordnet, das auf den Satzungssitz abstellt; vgl. BGH NJW, 1982, 933 (934).

¹⁹ Vgl. etwa Urteil des Gerichtshofes vom 5. November 2002, C-208/00, Überseering, Rn. 94.

werden könnten, so müsste hinterfragt werden, ob diese Ungleichbehandlung in allen Fällen das erforderliche und verhältnismäßige Mittel wäre, um dem Allgemeininteresse Rechnung zu tragen. Insoweit wäre auch zu prüfen, ob nicht nach der Länge der Tätigkeit im EU-Ausland unterschieden werden könnte.

4. SCHLUSSFOLGERUNG

29. Die Kommission schlägt daher vor, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

Es ist mit Art. 45 AEUV unvereinbar, dass ein Mitgliedstaat das aktive und passive Wahlrecht für die Vertreter der Arbeitnehmer in das Aufsichtsorgan eines Unternehmens nur solchen Arbeitnehmern einräumt, die in Betrieben des Unternehmens oder in Konzernunternehmen im Inland beschäftigt sind, wenn der Mitgliedstaat das Mitbestimmungsrecht so gestaltet, dass es Sachverhalte umfasst, die bei objektiver Betrachtung sowohl im selben Mitgliedstaat als auch in einem anderen Mitgliedstaat vorliegen können.



Denis MARTIN



Manuel KELLERBAUER

Bevollmächtigte der Kommission