

# MITBESTIMMUNGSRECHT

## KEINE EUROPaweITE EINBEZIEHUNG VON ARBEITNEHMERN IN DIE DEUTSCHE UNTERNEHMENS MITBESTIMMUNG

DR. SEBASTIAN VON THUNEN, HENNERKES, KIRCHDÖRFER & LORZ

### EUGH, URTEIL VOM 18.07.2017 – Rs. C-566/15 – ERZBERGER/TUI

**ARTIKEL 45 DES VERTRAGES ÜBER DIE ARBEITSWEISE DER EUROPÄISCHEN UNION (AEUV) [FREIZÜGIGKEIT DER ARBEITNEHMER] STEHT EINER BESCHRÄNKUNG DES AKTIVEN UND PASSIVEN WAHLRECHTS DER ARBEITNEHMER ZUM AUFSICHTSRAT MITBESTIMMTER UNTERNEHMEN AUF IN DEUTSCHEN BETRIEBEN BESCHÄFTIGTE NICHT ENTGEGEN. (LEITSATZ D. VERF.).**

#### Übersicht

- I. Hintergrund
- II. Sachverhalt
- III. Entscheidungsgründe
- IV. Praktische Bedeutung

#### I. HINTERGRUND

Das deutsche Recht sieht vor, dass Unternehmen gesetzlich zwingend einen Aufsichtsrat einzurichten haben, der in einem bestimmten Verhältnis mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen ist, wenn die Arbeitnehmeranzahl bestimmte Schwellenwerte überschreitet und bestimmte weitere Voraussetzungen, insbesondere hinsichtlich Rechtsform und Konzernstruktur, gegeben sind. Bei Überschreiten einer Schwelle von 500 Arbeitnehmern ist nach dem Drittelbeteiligungsgesetz zwingend ein zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehender Aufsichtsrat zu bilden. Überschreitet die Anzahl der konzernweit beschäftigten Arbeitnehmer die Schwelle von 2.000 Arbeitnehmern, ist nach dem Mitbestimmungsgesetz zwingend ein mindestens zwölfköpfiger Aufsichtsrat zu bilden, dem zur Hälfte Arbeitnehmervertreter angehören (darunter mindestens zwei Gewerkschaftsvertreter). Dem Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze ist indes nicht zu entnehmen, ob nur inländische Arbeitnehmer oder auch solche, die in ausländischen Tochtergesellschaften oder Betrieben beschäftigt sind, in die Schwellenwertberechnung einzubeziehen sind.

Die bislang herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur lautete, dass zur Ermittlung der mitbestimmungsrechtlichen relevanten Arbeitnehmeranzahl nur die in den in Deutschland belegenen Betrieben von deutschen Konzerntochtergesellschaften Beschäftigten mitzuzählen sind. Grundlage für diese Auffassung war neben der Entstehungsgeschichte der

Mitbestimmungsgesetze insbesondere das sogenannte Territorialitätsprinzip, nach dem sich die deutsche Sozialordnung nicht auf das Hoheitsgebiet anderer Staaten erstrecken könne. Davon ging auch die beratende Praxis aus. Durch mehrere jüngere Gerichtsentscheidungen wurde diese Auffassung infrage gestellt. So entschied das Landgericht (LG) Frankfurt a.M. im Jahre 2015 im Fall „Deutsche Börse“<sup>1</sup>, dass – da der Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze keine ausdrückliche Beschränkung auf Arbeitnehmer in inländischen Betrieben enthält – alle Arbeitnehmer, also auch die in ausländischen Betrieben Beschäftigten, in die Schwellenwertberechnung einzubeziehen sind. Jedenfalls bezüglich der im EU-/EW-Raum beschäftigten Arbeitnehmer ergebe sich das aus einer europarechtskonformen Auslegung der Mitbestimmungsgesetze. Diese Entscheidung wird derzeit vom OLG Frankfurt a.M. überprüft und ist daher noch nicht rechtskräftig. Das OLG Frankfurt a.M. hatte sein Verfahren bis zu einer Entscheidung in der hier zu besprechenden Rechtssache „TUI“ des EuGH ausgesetzt.<sup>2</sup>

In dieser Rechtssache „TUI“ ging es zwar nicht konkret um die Frage, ob entgegen dem Territorialitätsprinzip EU-weit Arbeitnehmer in die Schwellenwertberechnung der Mitbestimmungsgesetze einzubeziehen sind („Mit zählen“). Gegenstand des vom KG Berlin initiierten, sog. Vorabentscheidungsverfahrens<sup>3</sup> war vielmehr die zumindest theoretisch davon zu sondernde Frage, ob es europarechtlich zulässig ist, dass auch nur Arbeitnehmer inländischer Betriebe bei den Aufsichtsratswahlen der Arbeitnehmerseite mitwählen und gewählt werden dürfen. Diese Frage wird traditionell von Rechtsprechung und Literatur ebenfalls mit Verweis auf das Territorialitätsprinzip und die »

<sup>1</sup> LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 16.02.2015, 3-16 O 1/14

<sup>2</sup> OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2016, 16507

<sup>3</sup> Zum Vorlagebeschluss der KG Berlin vgl. eingehend Frohnmayr/Klein-Wiele, FuS 2015, 240, auch mit zahlreichen weiteren Hinweisen zum rechtlichen Hintergrund.

Entstehungsgeschichte der Mitbestimmungsgesetze verneint. Deshalb kommt dem hier zu besprechenden Urteil in der Rechtssache „TUI“ eine Präjudizwirkung für die vom OLG Frankfurt in der inzwischen wieder aufgenommenen Rechtssache „Deutsche Börse“ zu beurteilende Frage der Schwellenwertberechnung zu.<sup>4</sup>

## II. SACHVERHALT

Die TUI AG ist die Obergesellschaft des weltweit tätigen Touristikkonzerns TUI. Der Konzern beschäftigt in Deutschland über 10.000 Arbeitnehmer und in den übrigen Mitgliedsstaaten der EU fast 40.000 Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmer im Ausland sind sämtlich in Betrieben von Tochtergesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit tätig. Der Aufsichtsrat der TUI AG hat 20 Mitglieder, von denen zehn durch die Arbeitnehmer zu bestimmen sind. Bei den Wahlen zum Aufsichtsrat waren die Arbeitnehmer ausländischer Betriebe entsprechend der gängigen Praxis bislang nicht einbezogen worden.

Herr Konrad Erzberger, der Antragsteller, ist Aktionär der TUI AG und hatte sich vor den deutschen Gerichten gegen die Zusammensetzung des Aufsichtsrats dieser Gesellschaft gewandt. Dabei hatte er geltend gemacht, dass das deutsche Mitbestimmungsgesetz der Arbeitnehmer das EU-Recht verletzt, weil es – in seiner traditionellen Auslegung nach dem Territorialitätsprinzip – vorsieht, dass nur die in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer deutscher Konzerngesellschaften die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wählen können und in den Aufsichtsrat wählbar sind. Dass die bei einer Tochtergesellschaft der TUI-Gruppe in einem anderen EU-Mitgliedsstaat beschäftigten Arbeitnehmer an der Zusammensetzung des Aufsichtsrats der TUI AG nicht mitwirken dürften, verstöße gegen das allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Darüber hinaus sei der Verlust der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat bei einer Versetzung des in den Aufsichtsrat gewählten Arbeitnehmers in einen anderen Mitgliedsstaat geeignet, die Arbeitnehmer davon abzuhalten, von der in Art. 45 AEUV garantierten Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch zu machen.

## III. ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

In seinem Urteil unterscheidet der EuGH zwei Fallgestaltungen:

1. Zu den bei einer Tochtergesellschaft mit Sitz in einem anderen EU-Staat als Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern stellt der Gerichtshof fest, dass ihre Situation nicht anhand des allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) zu prüfen ist, sondern anhand der speziellen Regelung des Art. 45 AEUV zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die ein besonderes Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für den Bereich der Arbeitsbedingungen darstellt. Sodann kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die Situation der fraglichen Arbeitnehmer nicht in den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit fällt. Die europarechtlich garantierte Freizügigkeit ist nämlich nicht auf Arbeitnehmer anwendbar, die nie von ihrer Freizügig-

keit innerhalb der EU Gebrauch gemacht haben oder Gebrauch machen wollen. Dass die ausländische Tochtergesellschaft, bei der die betreffenden Arbeitnehmer tätig sind, von einer Muttergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat (im vorliegenden Fall Deutschland) kontrolliert wird, ist hierfür ohne Bedeutung. Es fehlt insoweit also an einem „grenzüberschreitenden Bezug“.

2. Zu den in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern der TUI-Gruppe (gemeint sind wohl die bei deutschen Konzerngesellschaften im Inland beschäftigten Arbeitnehmer), die ihre Stelle aufgeben, um eine Stelle bei einer in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Tochtergesellschaft dieses Konzerns anzutreten, stellt der EuGH fest, dass ihre Situation zwar grundsätzlich in den Anwendungsbereich der in Art. 45 AEUV europarechtlich garantierten Arbeitnehmerfreizügigkeit fällt. Der Verlust des aktiven und des passiven Wahlrechts für die Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der deutschen Muttergesellschaft sowie ggf. der Verlust des Rechts auf Ausübung oder weitere Ausübung eines Aufsichtsratsmandats stellen jedoch keine Behinderung dieser Freizügigkeit dar. Denn die Freizügigkeit der Arbeitnehmer garantiert einem Arbeitnehmer nicht, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedsstaat als seinen Herkunftsmitgliedstaat in sozialer Hinsicht neutral sein wird. Sie verschafft dem Arbeitnehmer nicht das Recht, sich im Aufnahmemitgliedsstaat auf die Arbeitsbedingungen zu berufen, die ihm im Herkunftsmitgliedstaat nach dessen nationalen Rechtsvorschriften zustanden, diese also gewissermaßen zu „exportieren“.
3. Der EuGH führt weiter aus, dass das Europarecht einen Mitgliedsstaat nicht daran hindert, im Bereich der kollektiven Vertretung und Verteidigung der Arbeitnehmerinteressen in den Leitungs- und Aufsichtsorganen einer Gesellschaft nationalen Rechts vorzusehen, dass die von ihm erlassenen Vorschriften nur auf die Arbeitnehmer inländischer Betriebe Anwendung finden.
4. Darüber hinaus hält der EuGH sodann allgemein – über die konkrete Frage nach dem aktiven und passiven Wahlrecht hinaus – fest, dass Deutschland den Anwendungsbereich seines kollektiven Arbeitsrechts, namentlich der Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes, die darauf abzielen, die Arbeitnehmer durch gewählte Vertreter in die Entscheidungs- und strategischen Organe der Gesellschaft einzu beziehen, auf die bei inländischen Betrieben tätigen Arbeitnehmer beschränken kann, sofern eine solche Beschränkung auf einem objektiven und nicht diskriminierenden Kriterium (hier: Beschäftigung in inländischen Betrieben und bei deutschen Konzerngesellschaften) beruht. Somit kann laut EuGH der Verlust der genannten Rechte, beispielsweise der Verlust der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat bei Versetzung ins Ausland, nicht als Behinderung der durch Artikel 45 AEUV gewährleisteten Arbeitnehmerfreizügigkeit angesehen werden.

## IV. PRAKTISCHE BEDEUTUNG

Die EuGH-Entscheidung erhöht wieder erheblich die Rechtssicherheit im Hinblick auf die Beantwortung der Frage nach der

<sup>4</sup> So auch OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2016, 16507 (Ziff. 11)

territorialen Reichweite der Mitbestimmungsgesetze. Hätte sich der EuGH der im Vorlagebeschluss geäußerten Auffassung des KG Berlin angeschlossen, hätte es zwar für eine Übergangszeit wohl im Ergebnis gar keine gesetzlich vorgeschriebene unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat gegeben. Politisch wäre aber höchstwahrscheinlich eine gesetzliche Neuregelung erfolgt. Diese hätte jedoch zumindest EU-weit auch Arbeitnehmer in ausländischen Betrieben einbeziehen müssen, und zwar praktisch und sachlogisch nicht nur für die Frage der Wahlberechtigung, sondern auch im Hinblick auf die Schwellenwertberechnung. Das hätte für international tätige Familienunternehmen erhebliche Konsequenzen gehabt. Denn viele von ihnen hätten erstmals einen Aufsichtsrat einrichten oder ein bisher drittelparitätisch besetztes Aufsichtsratsgremium auf einen zwölfköpfigen, zur Hälfte mit Arbeitnehmervertretern besetzten Aufsichtsrat erweitern müssen. Zudem wäre die praktische Aufsichtsratsarbeit dadurch erschwert worden, dass auch Arbeitnehmervertreter aus dem Ausland wählbar gewesen wären. Mit derartigen Szenarien dürfte nunmehr praktisch nicht mehr zu rechnen sein.

Da das OLG Frankfurt a.M. sein „paralleles“ Verfahren in der Rechtssache „Deutsche Börse“ bis zu der hier besprochenen EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „TUI“ ausgesetzt hatte, ist es sehr wahrscheinlich, dass es nun die von ihm zu entscheidende Frage nach der Einbeziehung von Arbeitnehmern in ausländischen Betrieben in die Schwellenwertberechnung für die Anwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze in sachlogischem Einklang mit der hier besprochenen Entscheidung des EuGH zum aktiven und passiven Wahlrecht von Arbeitnehmern in ausländischen Betrieben zum Aufsichtsrat einer deutschen Konzernmutter entscheiden wird.<sup>5</sup> Denn der EuGH hat ausdrücklich und in allgemeiner Form festgestellt, dass das EU-Recht Deutschland nicht daran hindert, den Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes auf Arbeitnehmer in inländischen Betrieben zu beschränken (s.o. Ziff. III. 4.). Diese eindeutige Formulierung lässt erkennen, dass das gesamte Mitbestimmungsgesetz auf Arbeitnehmer in inländischen Betrieben beschränkt werden kann.<sup>6</sup> Zusammen mit der abschließenden Entscheidung des KG Berlin in der Rechtssache „TUI“, die nun noch zwingend im Einklang mit der EuGH-Entscheidung ergehen muss, lägen dann zwei nationale obergerichtliche Gerichtsentscheidungen vor, die das traditionelle Verständnis der territorialen Reichweite der Mitbestimmungsgesetze bestätigten. Für die Praxis kann dann auf absehbare Zeit davon ausgegangen werden, dass nicht nur weiterhin lediglich Arbeitnehmer in inländischen Betrieben von inländischen Konzerngesellschaften aktiv und passiv wahlberechtigt zum Aufsichtsrat sind, also „mitwählen“ dürfen, sondern dass auch nur solche Arbeitnehmer in die Schwellenwertberechnung für die Anwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze einzubeziehen sind, also „mitzählen“.

Das LG Frankfurt a.M. hatte seine jetzt vor dem OLG Frankfurt a.M. anhängige Entscheidung in der Rechtssache „Deutsche Börse“ allerdings nicht nur mit europarechtlichen Erwägungen

begründet, sondern allgemein strikt auf den Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze abgestellt. Diesem ist eine Beschränkung auf in inländischen Betrieben beschäftigte Arbeitnehmer tatsächlich nicht zu entnehmen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass – ungeachtet der durch die TUI-Entscheidung nun wohl geklärten europarechtlichen Zulässigkeit einer solchen Regelung – die Diskussion, ob die Mitbestimmungsgesetze nach nationalem Recht überhaupt im Sinne des Territorialitätsprinzips auszulegen sind, weitergehen wird. Allerdings dürften sozialpolitisch auch die Gewerkschaften an einer Einbeziehung der ausländischen Arbeitnehmer nicht interessiert sein, da damit eine Verwässerung ihres Einflusses einhergehen würde. Denn dann wären nicht nur die Vertreter inländischer Gewerkschaften, sondern auch diejenigen ausländischer Gewerkschaften in den Aufsichtsrat wählbar.

Zuletzt sei noch darauf hingewiesen, dass nach dem Urteils Sachverhalt die TUI AG und keine ihrer inländischen Tochtergesellschaften Arbeitnehmer in unselbstständigen ausländischen Betrieben beschäftigte. Vielmehr wird dort ausdrücklich erwähnt, dass die TUI-Gruppe „außerhalb Deutschlands nur über Betriebe verfügt, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind“, also über ausländische Tochtergesellschaften geführt werden. Der Generalanwalt beim EuGH hatte noch darauf hingewiesen, dass solche Arbeitsverhältnisse grenzüberschreitenden Charakter hätten und somit in den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit fielen, da diese Arbeitnehmer unmittelbar bei der deutschen Gesellschaft beschäftigt seien.<sup>7</sup> Dass in dieser – gegenüber den beiden im Urteil gebildeten Fallgruppen weiteren, dritten – Konstellation im Ergebnis eine andere Beurteilung Platz greifen müsste und eine europarechtswidrige Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu bejahen wäre, ist aber unwahrscheinlich.

Ansatzpunkt für eine differenzierende Beurteilung könnte beispielsweise sein, dass die Arbeitnehmer solcher ausländischen Betriebe ohne eigene (ausländische) Rechtspersönlichkeit auch nicht in den Genuss von Regelungen zur unternehmerischen Mitbestimmung des ausländischen Aufnahmestaates gelangen würden, die – ähnlich der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung – eine Mitbestimmung im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Organstruktur vorsehen und daher sowohl gesellschaftsrechtlichen als auch kollektiv-arbeitsrechtlichen Gehalt haben. Für die meisten Familienunternehmen, die erfahrungsgemäß den Großteil ihrer ausländischen Belegschaft auch in eigenständigen Tochtergesellschaften der jeweiligen Auslandsrechtsordnung beschäftigten, dürfte dies aber eine eher theoretische Erwägung bleiben, zumal der EuGH ausdrücklich festgestellt hat, dass Deutschland den Anwendungsbereich seines Mitbestimmungsgesetzes generell auf inländische Arbeitnehmer beschränken kann (s.o. Ziff. III. 4.). ♦

7 Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 04.05.2017 – C-566/15, BeckRS 2017, 109457

#### KEYWORDS

Arbeitnehmerfreizügigkeit • Aufsichtsrat • Mitbestimmung • Wahlrecht

5 Ebenso Schilha, EWiR 2017, 489, 490

6 Monz/Wendler BB 2017, 1788