

Makroskop

Kritische Analysen zu Politik und Wirtschaft.

Kein Applaus für die Europäische Kommission

Martin Höpner · Freitag den 10. Februar 2017

Der Fall TUI zeigt, was von den mitgliedstaatlichen Sozialordnungen übrig bliebe, würde man die Kommission dort hinlassen, wo sie mit Gewalt hindrängt. Höchste Zeit, sich der Erzählung vom „Sozialen Europa“ zu entledigen.

Am 24. Januar 2017 fand vor der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) die mit Spannung erwartete Anhörung zur Konzernmitbestimmung (Erzberger vs. TUI, C-566/15) statt. Die Leserinnen und Leser von Makroskop sind im Bilde (siehe zuletzt [hier](#)): Der Kläger im Ausgangsverfahren, Herr Erzberger, hält TUI-Aktien im Wert von 130 Euro und verklagte „sein“ Unternehmen wegen der seiner Ansicht nach falschen Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Die Mitbestimmung, so der Kläger, beschränke die europäische Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Und zwar wie folgt: Die deutschen Mitbestimmungsgesetze gelten nur innerhalb der deutschen Landesgrenzen. Wer in ein ausländisches Unternehmen desselben Konzerns wechseln möchte, verliert sein Wahlrecht für die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat. Das macht den transnationalen Arbeitsplatzwechsel weniger attraktiv. Solche Attraktivitätsminderungen sind im Europarecht Binnenmarktbeschränkungen. Inländerbeschränkung durch Ausländerdiskriminierung, so ließe sich die Argumentationsfigur zusammenfassen. Die Absurdität des Ganzen ist mit Händen zu greifen - gleichwohl schlug sich die Europäische Kommission in ihrer vom 9. Februar 2016 datierenden schriftlichen Eingabe an den EuGH auf die Seite des Klägers und vertrat also die Rechtsauffassung, die Mitbestimmung verstoße gegen das Unionsrecht.

Bei der Anhörung in Luxemburg galt das Hauptaugenmerk daher der Kommission. Gut drei Handvoll gewerkschaftsnahe Beobachterinnen und Beobachter befanden sich unter den ungefähr 100 Zuschauern und verfolgten das vierstündige Spektakel. Wie würde sich die Kommission verhalten? Würde sie ihre schriftliche Eingabe korrigieren? Dass es sinnvoll sei, diese Erwartungshaltung an sie zu richten und entsprechenden politischen Druck auf sie aufzubauen, war in der durch den Fall ausgelösten Kontroverse heftig bestritten worden (siehe etwa den Vorwurf der „Traumtänzeri“ [hier](#)). Die Korrektur - besser: *eine* Korrektur - fand statt. Sollte sich, so der Vertreter der Kommission, die durch die Wahlen zur Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat bewirkte Binnenmarktbeschränkung nicht durch eine angeordnete Transnationalisierung der Wahlprozeduren beheben lassen, dann rechtfertige das Ziel

des Arbeitnehmerschutzes die Aufrechterhaltung der Beschränkung.

Ein Etappensieg? Szenenapplaus für die Kommission? Das wäre ein ebenso falsches wie politisch gefährliches Signal. Auch in ihrer korrigierten Fassung bleibt die Rechtsauffassung der Kommission verheerend und erfordert Gegenwehr. Denn „die Beschränkung lässt sich rechtfertigen“ ist europarechtlich etwas völlig anderes als „es liegt keine Beschränkung vor“. Punkt für Punkt erklärte der Vertreter der Kommission den zweifelnden 15 Richtern der Großen Kammer, warum die Mitbestimmung den Binnenmarkt beschränke. In dieser Hinsicht erfolgten also keine Abstriche von der schriftlichen Stellungnahme. Vor diesem Hintergrund erscheinen Titel und Inhalt der von der Kommission zum Ende der Anhörung veröffentlichten Erklärung einigermaßen schräg: „Kommission verteidigt vor dem Gerichtshof der Europäischen Union nationale Regeln zu Mitbestimmungsrechten“ ([hier](#)).

Spielen wir durch, was geschähe, würde man der Rechtsauffassung der Kommission folgen oder auch nur signalisieren, dass man mit ihr gut leben könne. Alle nur denkbaren Unterschiede zwischen den Arbeitsmarktregulierungen und Sozialordnungen der Mitgliedstaaten würden sich nunmehr als rechtfertigungsbedürftige Beschränkungen qualifizieren lassen. Denn kann nicht auch ein veränderter Kündigungsschutz den Wechsel in einen ausländischen Konzernteil weniger attraktiv machen? Oder ein abweichendes Arbeitszeitgesetz, eine veränderte Regulierung der Weiterbildung, ganz zu schweigen von völlig anderen Tarifverträgen? Dass solche Unterschiede vor dem EuGH rechtfertigungsbedürftig sind, kann nicht Sinn der europäischen Grundfreiheiten sein und darf es auch nicht werden.

Bitte stellen Sie sich einen Wüstenpanzer vor, der über Omas Blumenbeet brettet: Ungefähr so viel bliebe von den mitgliedstaatlichen Sozialordnungen übrig, würde man die Kommission dort hinlassen, wo sie mit Gewalt hindrängt. Eine Binnenmarktbeschränkung, so der in den Rechtsachen *Cassis de Dijon* (EuGH, Rs. 120/78) und *Gebhardt* (EuGH, C-55/94) entwickelte Rechtfertigungstest, darf nur Bestand haben, wenn sie ein zwingendes Allgemeininteresse verfolgt, das verfolgte Ziel auch tatsächlich erreicht und nicht über das dafür notwendige Maß hinausgeht.

Es ist aber nicht das Wesen sozialer Regulierung, diesen Test bestehen zu können. Soziale Regulierungen bestehen nicht, weil sie zwingend sind und nicht über das notwendige Maß hinausgehen, sondern, weil sich demokratisch gewählte Regierungen in einem bestimmten historischen Umfeld für diese und gegen andere Lösungen entschieden haben. Andere Regierungen dürfen andere Ziele verfolgen und müssen es anders machen dürfen. Alle Dämme würden brechen, würde eine Regulierung schon deshalb rechtfertigungsbedürftig, weil sie der Wirtschaft eine Grenze setzt, die es anderswo nicht gibt. Wem soziale Demokratie etwas bedeutet, der muss den immer weiter voranschreitenden Überdehnungen der europäischen Grundfreiheiten und des europäischen Wettbewerbsrechts daher Einhalt gebieten. Selbst wenn es dafür notwendig ist, der Kommission zu widersprechen.

So war es dann auch eine Freude, zu verfolgen, wie der Präsident der Großen Kammer, der luxemburgische Richter Koen Lenaerts, den Vertreter der Kommission mehrfach minutenlang mit Fragen traktierte, wo er denn einen transnationalen Sachverhalt erkenne, der in der Lage sei, das Freizügigkeitsrecht im vorliegenden Fall

überhaupt zu aktivieren. Ebenso verfuhr der lettische Berichterstatter Egils Levits. Diese Rechtsauffassung, nicht die der Kommission, gilt es zu verteidigen. Leider aber schien der dänische Generalanwalt dem vorsitzenden Richter nicht zu folgen. Er schien die Beschränkung zu bejahen. Nicht nur das: Seine Fragen an die Prozessbeteiligten ließen erkennen, dass er eine richterlich angeordnete Transnationalisierung der Aufsichtsratswahlen für zumindest denkbar hielt, was unseren Blick von den allgemeinen Implikationen zurück auf den Fall Unternehmensmitbestimmung lenkt.

Offenbar hatte der Generalanwalt die „dänische Lösung“ vor Augen. In der Tat sieht §141 Absatz 3 Satz 1 des *Danish Company Act* vor, dass das aktive und das passive Wahlrecht auf ausländische Arbeitnehmervertreter ausgedehnt werden kann. Es muss aber bezweifelt werden, dass die Übernahme des dänischen Modells die behauptete Beschränkung abstellen würde. Denn die dänische Lösung setzt einen Beschluss der Hauptversammlung voraus und zudem ist vorgesehen, dass die Arbeitnehmerbank im Leitungsorgan mehrheitlich mit Inländern besetzt bleibt. Beide Gesichtspunkte legen nahe, dass die vermeintliche dänische Lösung ihrerseits diskriminierend wäre.

Auch die Praxistauglichkeit des dänischen Wegs ist mit einem großen Fragezeichen zu versehen, wurde doch bisher lediglich genau ein Fall bekannt, in dem die Hauptversammlung einen Beschluss zur transnationalen Ausdehnung der Wahlen gefasst hat. In Sicherheit wiegen dürfen uns diese Einwände indes nicht. Ist die Beschränkung – wie von der Kommission gewünscht – erst einmal bejaht, liegt alles Weitere in der Hand von (nationalen und europäischen) Richtern. Niemand weiß, wo deren Anordnungen hinführen könnten. Mindestens wäre mit einem erheblichen Schwall an Rechtsunsicherheit zu rechnen, auf den Unternehmen mit der Nutzung von Umgehungsmöglichkeiten (Flucht in die europäische Rechtsform *SE*, in ausländische Rechtsformen etc.) reagieren dürften.

Selbst wenn der Fall vor dem EuGH gewonnen wird, steht zu hoffen, dass die Beteiligten im Anschluss nicht zur Tagesordnung übergehen. Selten hat ein Vorgang das Destruktionspotenzial der richterrechtlich überdehnten Grundfreiheiten und deren strukturelle Feindlichkeit gegenüber den Institutionen und Praktiken der sozialen Marktwirtschaft so präzise vor Augen geführt wie dieser. Viel zu lange wurden illegitime europarechtliche Übergriffe auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen schulterzuckend hingenommen. Um sich dem Problem zu stellen, wird es als erstes notwendig sein, sich der eingeübten, aber lange schon anachronistischen Erzählung vom im Entstehen begriffenen „Sozialen Europa“ zu entledigen.

Der Schlussantrag des Generalanwalts zum Fall „Erzberger vs. TUI“ wurde für den 4. Mai angekündigt. Wir bleiben am Ball.