

# Makroskop

Kritische Analysen zu Politik und Wirtschaft.

## Eine schallende Ohrfeige für die Europäische Kommission

Martin Höpner · Dienstag den 18. Juli 2017

**Mit solcher Spannung wurde ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) schon lange nicht mehr erwartet. Auf dem Prüfstand stand einer der Grundpfeiler der sozialen Marktwirtschaft deutscher Prägung.**

Das europäische Höchstgericht hatte zu entscheiden, ob die deutschen Regelungen zur Aufsichtsratsmitbestimmung gegen das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (in Art. 18 AEUV) und gegen das Verbot ungerechtfertigter Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (in Art. 45 AEUV) verstoßen. Es liegt in der Natur der Sache, dass der deutsche Gesetzgeber Wahlen zu den Arbeitnehmerbanken der Aufsichtsräte nur im Inland anordnen kann. In diese Konstellation interpretierte der Kläger im deutschen Ausgangsverfahren eine „Beschränkung durch Diskriminierung“ hinein: Das fehlende aktive und passive Wahlrecht diskriminiere die Auslandsbeschäftigten und hindere daher zudem am Arbeitsplatzwechsel in ein ausländisches Tochterunternehmen, weil hierdurch der Verlust des Wahlrechts drohe.

Wäre der EuGH dieser Argumentation gefolgt, hätte das auf die Entfernung der Arbeitnehmervertreter aus den Aufsichtsräten hinauslaufen können. Der eigentliche Skandal war bei alledem nicht, dass sich ein Mitbestimmungsgegner fand, der als Kläger im Ausgangsverfahren fungierte - Feinde der Arbeitnehmermitbestimmung gibt es zuhauf. Der Skandal war auch nicht, dass sich mit dem Berliner Kammergericht ein Gericht fand, das den Fall dem EuGH vorlegte, auch wenn man hierüber nur traurig den Kopf schütteln kann. Und auch war der Skandal nicht, dass der EuGH die Vorlagefrage annahm und sich mit dem Fall beschäftigte. Der EuGH muss auf die Fragen vorlegender Gerichte antworten. Nein, der Skandal war das Verhalten der Kommission.

Zunächst hatte die Kommission dem Kläger in ihrer schriftlichen Eingabe an den EuGH ausnahmslos Recht gegeben: Die deutsche Mitbestimmung wirke als ungerechtfertigte Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und sei daher europarechtswidrig ([hier](#) ein Kommentar dazu). In der mündlichen Verhandlung hatte die Kommission ihre Rechtsauffassung dann korrigiert. Um diese Korrektur stimmig einordnen zu können, muss man verstehen, dass das Europarecht in solchen Fällen in zwei Schritten vorgeht. In einem ersten Schritt wird gefragt, ob eine Beschränkung einer Grundfreiheit vorliegt. Ist das der Fall, folgt in einem zweiten Schritt ein

Rechtfertigungstest: Verfolgt die Beschränkung ein zwingendes Anliegen des Allgemeininteresses, wird sie diskriminierungsfrei angewendet, erreicht sie tatsächlich das verfolgte Ziel und geht sie über das hierfür notwendige Maß nicht hinaus, dann ist die Beschränkung gerechtfertigt und also mit dem Europarecht vereinbar. In der mündlichen Verhandlung stellte sich die Kommission auf den Standpunkt, die deutsche Mitbestimmung beschränke sehr wohl die Arbeitnehmerfreizügigkeit, sei aber über zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu rechtfertigen.

Im Vergleich zur schriftlichen Stellungnahme der Kommission klang das nicht schlecht - und doch warnte Makroskop frühzeitig davor, in Applaus für die Kommission auszubrechen ([hier](#)). Ihr Geschenk an die Gewerkschaften war vergiftet. Denn der EuGH hätte, wäre er dem Willen der Kommission gefolgt, einen weitreichenden Schritt richterlicher Rechtsfortbildung vorgenommen. Er hätte die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in einer Fallkonstellation bejaht, in der sich die vermeintliche Beschränkung ausschließlich aus der Unterschiedlichkeit der Sozialordnungen der Mitgliedstaaten ergeben hätte. Jeder Bestandteil der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialordnungen hätte sich fortan als Beschränkung qualifizieren lassen, die sich nachfolgend im Rechtfertigungstest hätten bewähren müssen. Das hätte einer erheblichen Beschleunigung europarechtlich betriebener Liberalisierungspolitik Tür und Tor geöffnet.

Nun liegt das Urteil des EuGH vor, das sich nur als schallende Ohrfeige für die Kommission bezeichnen lässt (EuGH-Urteil „Erzberger gegen TUI“, C-566/15 vom 18. Juli 2017, [hier](#)). Der EuGH folgt darin vollumfänglich den Schlussanträgen des Generalanwalts (die Schlussanträge findet sich [hier](#)). Vernünftigerweise analysiert der EuGH, wie zuvor der Generalanwalt, die Konstellation aus zwei Perspektiven. Er betrachtet zunächst die in ausländischen Konzernteilen beschäftigten Arbeitnehmer und stellt fest, dass für diese keine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorliegt, weil diese von ihrem Recht auf Freizügigkeit nicht Gebrauch gemacht haben oder dies auch nur erkennbar anstrebten (Randnummern 24-30 des Urteils). Sodann wendet sich das europäische Höchstgericht den Inlandsbeschäftigten zu und fragt, ob diese an der Ausübung ihres Rechts auf Freizügigkeit gehindert werden. Die glasklare Antwort des EuGH (und hier schallt die Ohrfeige an Brüssel besonders laut): Es ist nicht der Sinn der Arbeitnehmerfreizügigkeit und kann es auch nicht sein, Arbeitnehmern im Falle eines Wechsels ins Ausland ein unverändertes Regulierungsumfeld zu garantieren (Randnummern 31-41).

Der Kläger und die Kommission sind somit auf ganzer Linie gescheitert. Aus strategischen (und weitgehend nachvollziehbaren) Gründen hielten sich die Betroffenen mit Kritik am bizarren Vorgehen der Kommission bisher weitgehend zurück. Es ist zu hoffen, dass nun ein paar deutliche Worte in Richtung der Brüsseler Behörde folgen und dass die Kommission zu einer Antwort auf die Frage gedrängt wird, was das alles sollte und wie sich ihre abenteuerliche Rechtsauffassung eigentlich mit ihren Plänen für eine „soziale Säule“ der EU verträgt.

Weitaus wichtiger sind aber die mittel- bis langfristigen Implikationen, führt uns der Konflikt doch erneut das Liberalisierungspotenzial der europäischen Grundfreiheiten vor Augen. Der Fall „Erzberger versus TUI“ wurde gewonnen, aber weitere Fälle

werden folgen. Mit der Kapitalverkehrsfreiheit haben die Mitbestimmungsgegner einen weiteren Schuss frei, um die Arbeitnehmermitbestimmung europarechtlich anzugreifen. Mit seiner extensiven Auslegung der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH das Territorialitätsprinzip des Arbeitsrechts (ein Land, ein Arbeitsrecht) bereits effektiv geschliffen und hierbei insbesondere in das Streikrecht eingegriffen. Der nächste Konfliktfall könnte der Meisterbrief sein, dessen Vereinbarkeit mit dem Europarecht die Kommission schon lange anzweifelt. Auch glühende Verfechter von „mehr Europa“ werden sich daher der Frage stellen müssen, wie sich die Arbeits- und Sozialordnungen der Mitgliedsstaaten besser vor illegitimen Übergriffen der Grundfreiheiten und des europäischen Wettbewerbsrechts schützen lassen als in der Vergangenheit ([hier](#) einige weiterführende Überlegungen dazu).