

Angriff auf die Mitbestimmung abgewehrt – aber das Problem bleibt: Zum Erzberger-Urteil des Europäischen Gerichtshofs

VB verfassungsblog.de/angriff-auf-die-mitbestimmung-abgewehrt-aber-das-problem-bleibt-zum-erzberger-urteil-des-europaeischen-gerichtshofs/
 Angriff auf die Mitbestimmung abgewehrt – aber das Problem bleibt: Zum Erzberger-Urteil des Europäischen Gerichtshofs Martin Höpner Di 25 Jul 2017

Di 25 Jul 2017

Eigentlich handelte es sich um eine Variante eines schon oft aufgeführten Stücks: Extensiv ausgelegte europäische Grundfreiheit kollidiert mit mitgliedstaatlichem Rechtsbestand, genauer: die Kommission behauptet, dies sei der Fall. Und doch war es diesmal anders, denn auf dem Prüfstand befand sich nicht das Verbot der Einfuhr eines Likörs mit zu niedrigem Alkoholgehalt, sondern einer der Grundpfeiler der sozialen Marktwirtschaft deutscher Prägung. Die Große Kammer des EuGH 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 die Inländer 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 und es wird sie immer geben. 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 bizarre 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 (meines Wissens wurde das Schriftstück mit dem Aktenzeichen sj.j(2016)745503 nicht offiziell veröffentlicht, aber es kursiert in allen sich mit dem Konflikt beschäftigenden Kreisen). In der mündlichen Anhörung am 24. Januar dieses Jahres, zu der nicht wenige gewerkschaftsnahe Leserinnen und Leser des Verfassungsblogs angereist waren, hatte die Kommission ihre Rechtsauffassung dann korrigiert. Bekanntlich geht das

Europarecht bei der Prüfung etwaiger Kollisionen mit den Grundfreiheiten in zwei Schritten vor: 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 war ihr Geschenk an die Gewerkschaften 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* nationaler Rechtsbestände, hier: der Sozialordnungen der Mitgliedstaaten ergeben hätte. Jeder Bestandteil der mitgliedersstaatlichen Arbeits- und Sozialordnungen hätte sich fortan als Beschränkung qualifizieren lassen, die sich nachfolgend im Rechtfertigungstest hätten bewähren müssen.

Nun ist es aber gerade nicht das Wesen der Sozialpolitik, 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. Kurz, die Rechtsauffassung, die die Kommission hier durchzukämpfen versuchte, war eine Kampfansage an die soziale Demokratie.

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). Da die Grundfreiheitsprüfung bereits einen (spezielleren) Diskriminierungstest beinhaltet, führt der EuGH keinen weiteren, eigenständigen Test gegen Art. 18 AEUV durch.

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). Da es nichts zu rechtfertigen gibt, erfahren wir zum Ende des Urteils richtigerweise nicht, ob die Aufsichtsratsmitbestimmung den Rechtfertigungstest bestanden hätte.

Der Kläger und die Kommission sind somit auf ganzer Linie gescheitert. Bisher hielten sich die Betroffenen mit Kritik am Vorgehen der Kommission weitgehend zurück ([hier](#) ein paar nachdrückliche Punkte dazu). Man kann es nicht oft genug sagen: Es ist nicht protektionistisch oder europafeindlich, der Kommission in Fällen wie diesen zu widersprechen, öffentlich und in einer Klarheit, die auch verstanden wird. Es ist daher 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 (erinnert sei hier an die EuGH-Rechtsprechung zu „Goldenen Aktien“). 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. Tariftreueklauseln, öffentlich-rechtliches Bankenwesen, kommunale Ausschreibungen – die Liste der Konflikte ist lang. 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 ist etwas grundsätzlich aus dem Ruder gelaufen – und niemand kann wollen, dass jene, die die mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialordnungen vor politisch unkontrollierter Liberalisierung bewahren wollen, in strukturelle Opposition zur europäischen Integration geraten. Gesucht werden daher die Parameter eines fairen Ausgleichs zwischen Binnenmarktschutz und dem berechtigten Schutz sozialstaatlicher Autonomie. In einem jüngst erschienenen Papier, das sich [hier](#) downloaden lässt, führe ich am Beispiel der Grundfreiheiten vor, welcher Optionsraum dabei zur Verfügung steht.

Eine Kurzfassung dieses Kommentars erschien zuerst auf dem heterodoxen Wirtschaftsportal Makroskop.

SUGGESTED CITATION Höpner, Martin: *Angriff auf die Mitbestimmung abgewehrt – aber das Problem bleibt: Zum Erzberger-Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, *VerfBlog*, 2017/7/25, <https://verfassungsblog.de/angriff-auf-die-mitbestimmung-abgewehrt-aber-das-problem-bleibt-zum-erzberger-urteil-des-europaeischen-gerichtshofs/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20170725-161400>.

LICENSED UNDER CC BY NC ND