

REPORT

Nr. 23 · Mitbestimmungs-Report

NAGELPROBE EUGH

Die Stellungnahme der EU-Kommission zum TUI-Fall – Ein kritischer Kommentar

Rüdiger Krause

AUF EINEN BLICK

- Beim EuGH ist derzeit der sogenannte TUI-Fall anhängig. Beklagt wird die Unvereinbarkeit der Regelungen der Aufsichtsratswahlen im deutschen Mitbestimmungsgesetz mit europäischem Recht. Die Stellungnahme der EU-Kommission enthält keine neuen Argumente und ist in ihren Schlussfolgerungen nicht überzeugend.
- Das deutsche Mitbestimmungsgesetz wird durch spekulative Überlegungen einem Zwang zur Rechtfertigung vor dem europäischen Recht ausgesetzt.
- Die Freizügigkeit für Arbeitnehmer in Europa wird durch fehlende Wahlrechte für ausländische Belegschaften zum deutschen Aufsichtsrat nicht in Frage gestellt.
- Die von der EU-Kommission gemachte Annahme, das deutsche Mitbestimmungsgesetz enthalte die „Verweigerung von Wahlrechten“ für Auslandsbelegschaften, überzeugt nicht.

DEUTSCHE MITBESTIMMUNG EUROPARECHTSWIDRIG ODER EUROPARECHTSKONFORM?

Einschätzung der Hans-Böckler-Stiftung zur Stellungnahme der Europäischen Kommission aus Mitbestimmungssicht

Am 16.10.2015 hat das Kammergericht Berlin die Klage eines Aktionärs der TUI AG dem EuGH zur Prüfung vorgelegt: Widersprechen die Wahlregeln der Arbeitnehmerseite zum Aufsichtsrat im deutschen Mitbestimmungsgesetz von 1976 europäischem Recht? Wird hier durch nationales Recht die Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzt?

Die Frage an den EuGH lautet konkret: *„Ist es mit Artikel 18 AEUV (Diskriminierungsverbot) und Artikel 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 eingeräumt, die in Betrieben des Unternehmens oder in Konzernunternehmen im Inland beschäftigt sind?“*

Im Ergebnis könnte es nicht nur um die Unzulässigkeit der deutschen Mitbestimmung gehen. Bekäme der Kläger Recht, würde der gesamte Bestand nationaler Arbeitnehmerrechte in Frage gestellt, weil irgendwo immer das Schutzrecht in einem EU-Mitgliedstaat die Arbeitnehmer in einem anderen EU-Mitgliedstaat benachteiligt, wo es dieses nationale Recht nicht gibt. Die Folgen für Gesellschaft, Wirtschaft und Unternehmen in Europa wären immens, unkalkulierbar und aus Arbeitnehmersicht nicht erwünscht.

Jetzt ist die juristische Bewertung der EU-Kommission zu diesem EuGH-Verfahren bekannt geworden. Der juristische Dienst der EU-Kommission kommt in dem Schriftsatz – aus unserer Sicht wenig überzeugend – zu folgendem Ergebnis:

„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.“

Wer hier eine sorgfältige juristische und europapolitisch abwägende Prüfung erwartet hat, der muss nach der Lektüre tief enttäuscht sein. Die EU-Kommission hat nicht nur Stellung genommen. Sie hat Stellung bezogen. Europarechtlich be-

gründbare Sonderregelungen auf Ebene des einzelnen EU-Mitgliedstaates oder Spielräume sieht sie im besagten Feld nicht. Sie nimmt, im Gegenteil, eine Voreinstellung vor, die die Diskussion auf eine abschüssige Strecke bringt. Rhetorisch geschickt legt sie die Elle des Wünschbaren aus europäischer Sicht auf und schiebt dann den schwarzen Peter der Anpassung an diese europäische Elle dem nationalen Gesetzgeber zu. Ob bewusst oder unbewusst klingt an, dass die europäische Ebene letztendlich zu entscheiden hat, ob und inwieweit Beteiligungsrechte für Arbeitnehmer im europäischen (Gesellschafts)Recht vorgesehen werden.

Das führt im konkreten Fall zu einer völlig fehlgehenden Tonspur in der Argumentation. Danach „verweigere“ das deutsche Mitbestimmungsrecht unzulässig anderen Arbeitnehmern eines transnationalen Unternehmens außerhalb Deutschlands das „Wahlrecht“ zum oder für den mitbestimmten Aufsichtsrat. Das hört sich zunächst sehr demokratisch, europäisch an. Das ist aber ein Schlag unter die Gürtellinie. Denn kein Gesetz zur Mitbestimmung in Deutschland sieht vor, dass jemand Wahlrechte verweigert werden. Im Gegenteil, die Gesetze zur Mitbestimmung konstituieren gerade erst das Recht der Arbeitnehmer, ihre Vertreter in den Aufsichtsrat zu wählen. Sie sind neutral formuliert, und dass sie auf Belegschaften im Ausland keine Anwendung finden, liegt an ihrem nationalen Geltungsbereich.

Wenn es aus europäischer Sicht den Missstand zu beklagen gibt, dass die Arbeitnehmerseite in Aufsichtsgremien von grenzüberschreitenden Unternehmen im europäischen Binnenmarkt nicht entsprechend auch europäisch zusammengesetzt sind, dann ist das eine Nuss, die gesetzgeberisch auf europäischer Ebene zu knacken wäre. Der Europäische Gewerkschaftsbund hat erst kürzlich dazu einstimmig den Vorschlag gemacht, in Gesetzen des europäischen Gesellschaftsrechts regelmäßig und obligatorisch Mindeststandards für Unterrichtung, Anhörung und Mitbestimmung zu setzen.¹

Das Europäische Parlament fordert hier immer wieder, und das seit Jahren, die EU-Kommission auf, ihren Vorschlag zum Thema vorzulegen. Sie ist jedoch trotz Aufforderung notorisch untätig geblieben. Nun wäre es wirklich an der Zeit, im Schatten des hängenden EuGH-Verfahrens ihre Verantwortung endlich wahrzunehmen und konstruktiv zu werden. Stattdessen tut sie so, als müsste sich in diesem Fall der deutsche Gesetzgeber auch noch für die „Verweigerung von Wahlrechten“ im deutschen Mitbestimmungsrecht rechtfertigen, warum er dieses nicht schon längst den Wünschen der EU-Kommission angepasst hat. Absurdes Theater

¹ ETUC position paper - Orientation for a new EU framework on information, consultation and board-level representation right 09.06.2016 <https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/document/files/en-position-wblr.pdf>

und Lehrstück zum gegebenen (BREXIT)Anlass, wie die europäische Politik den letzten Rest ihrer Reputation auf die Rampe stellt: Statt „gute Unternehmensführung“ für ein wirtschaftlich, sozial und ökologisch erfolgreiches Europa mit der Mitbestimmung an der Unternehmensspitze zu verbinden, werden die schöneren Flecken im Teppich der Arbeitnehmerbeteiligung in Europa auch noch in Frage gestellt. Europäisierung durch Schwächung der Mitbestimmung auf nationaler Ebene führt eben nicht zu einer Stärkung der Mitbestimmung auf europäischer Ebene. Europäische Mitbestimmung braucht eine starke nationale Referenz. Diese gilt es zu schützen nicht zu demontieren.

Suggeriert wird ein nationaler Sonderweg der deutschen Mitbestimmung. Ignoriert wird, dass das Recht der Vertretung im Aufsichts- oder Verwaltungsgremium von Unternehmen außer in Deutschland in weiteren 17 EU-Mitgliedstaaten existiert. Suggeriert wird die europäische Bedeutung eines theoretischen Falls der möglichen Diskriminierung von Arbeitnehmern in ihrer Freiheit für die Wahl des Arbeitsorts in Europa. Ignoriert wird die offensichtliche Leistungsfähigkeit starker Institutionen der Arbeitnehmerbeteiligung für Volkswirtschaften und für Unternehmen.²

Aus der realen Vielfalt der Interessenvertretungs- und Mitbestimmungssysteme wird nicht dadurch ein einheitliches System, dass man die Rechtsunsicherheit für alle erhöht. Genau das würde passieren, wenn der Kläger vor dem EuGH Recht bekommen würde. Die komplizierte gesetzliche Wahlordnung in Deutschland zum Aufsichtsrat lässt sich auf gleiche Weise in keinem anderen EU-Mitgliedstaat adaptieren. Der Gesetzgeber jenseits der deutschen Grenzen hat keine Verpflichtung, die Wahlordnung aus einem anderen Land in seine eigene nationale Gesetzgebung zu übertragen. Die Folge könnte sein: Eine ordnungsgemäß nach deutschem Recht im Ausland durchgeführte Aufsichtsratswahl kann nicht gewährleistet werden. Rechtsunsicherheit für Unternehmen wird daher vergrößert. Es bestünde die Gefahr der Unsicherheit über die rechtmäßige Besetzung ihrer Aufsichtsgremien und in der Konsequenz über deren Beschlüsse. Weiterhin bestünde die Gefahr, dass ein Unternehmen im eigenen Interesse einen solchen möglicherweise angreifbaren Aufsichtsrat so weit wie gesetzlich möglich aus dem Spiel nehmen würde. Das duale System von Vorstand und Aufsichtsrat würde darunter leiden.

Ist sich die Europäische Kommission dieser weitreichenden politischen Implikation auf die Corporate Governance Systeme in Deutschland und,

in Folge, in Europa bewusst gewesen, als sie ihre juristische Bewertung in die Welt gesetzt hat?

Hat die EU-Kommission die Folgen abgeschätzt, die von einer EuGH-Gerichtsentscheidung nach ihrer Beurteilung in Bezug auf das Vertrauen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in die Europäische Union ausgehen, die sehenden Auges die Abschaffung oder zumindest Schwächung von Arbeitnehmerrechten in Europa in Kauf nimmt?

Auch wenn es bisher kein europäisches Mitbestimmungsrecht gibt, sondern nur das Grundrecht auf Unterrichtung und Anhörung im Europäischen Grundrechtecharta, die bekanntlich Bestandteil des Europäischen Vertrags von Lissabon ist, so gehört auch das deutsche Mitbestimmungsrecht, wie solche Rechte in weiteren 17 EU-Mitgliedstaaten, elementar zum Bestand des europäischen Sozialmodells.

Würde es ausschließlich um eine juristische Auseinandersetzung gehen, so könnten wir angesichts der wenig tragfähigen Argumente der Stellungnahme der EU-Kommission im Hinblick auf den Ausgang des EuGH-Verfahrens optimistisch sein. Die von ihr vorgebrachten Argumente werden in dieser Veröffentlichung vom renommierten Arbeitsrechtler Prof. Rüdiger Krause im Folgenden noch einmal präzise analysiert und bewertet.

Allerdings müssen wir auch der Tatsache ins Auge sehen, dass die Frage nach einem aktiven und passiven Wahlrecht für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in einem grenzüberschreitenden europäischen Unternehmen in seine Spitzengremien seit langem auf der politischen Tagesordnung steht. Sie war zuletzt in Deutschland vom Abschlussbericht der sog. Biedenkopf II-Regierungskommission zur Modernisierung der Mitbestimmung im Jahre 2005 aufgeworfen worden. Auch gewerkschaftliche Kommentatoren hatten daraufhin den Gesetzgeber aufgefordert, eine entsprechende Regelung vorzubereiten. Die Gewerkschaften haben überdies nicht nur in Deutschland seitdem Erfahrungen mit der internationalen Zusammensetzung von Aufsichts- und Verwaltungsgremien machen können. So etwas ist auch heute bereits nach geltendem Gesetz möglich. Die Nutzung der Rechtsform einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) durch große mitbestimmte Unternehmen wie die Allianz oder die BASF hat dort zu einer immer alltäglicher werdenden Praxis der Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretern aus verschiedenen Ländern im mitbestimmten SE-Aufsichtsrat geführt.

Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB) und Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) stufen im jetzigen Verfahren einvernehmlich die deutsche Unternehmensmitbestimmung als europarechtskonform ein. Das hatten sie gemeinsam der Bundesregierung signalisiert. Wir wissen, dass diese sich dahingehend im EuGH-Verfahren geäußert hat.

² Siehe zum Beispiel die Ergebnisse des Wettbewerbsranking des World Economic Forums, wonach Länder erfolgreicher sind, wo Arbeitnehmerrechte besonders gut ausgestattet sind. <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2015-2016/>

Politische Unterstützung kommt auch vom amtierenden Präsidenten der EU-Kommission selbst. Jean-Claude Juncker spricht sich dafür aus, das Prinzip Mitbestimmung in Europa verbreitern zu wollen³:



Juncker: (...) „Und deshalb müssen wir auch unsere Wirtschaft und unsere Unternehmen weiter demokratisieren. Ein Weg hierzu ist mehr Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Europas Unternehmen. Deutschland und seine Gewerkschaften haben dabei durchaus Vorbildfunktion für Europa.

Vor allem in der gegenwärtigen Krise, die weder von Europa noch von den europäischen Arbeitnehmern ausgelöst wurde, hat sich die Mitbestimmung bewährt. Denn gerade wenn es stürmt, darf es nicht zur Meuterei kommen. Mitbestimmung verhindert Meuterei. Und nur gemeinsam konnten wir das europäische Schiff auf Kurs halten. (...)

Ich will die Mitbestimmung der Arbeitnehmer weiter vorantreiben. Denn diese bringt uns nicht nur sozial, sondern auch wirtschaftlich weiter. Nichts tut einem Unternehmen besser als motivierte Mitarbeiter. Deshalb brauchen wir sowohl einen neuen Unternehmer- als auch einen neuen Mitarbeitergeist. Und wir brauchen Unternehmen, an die die Menschen wieder glauben. Auch hier haben Politik und Wirtschaft viel gemein. Denn Menschen wollen heute überzeugt werden. Das Obrigkeitsdenken gehört endgültig in die Mottenkiste der Sozialgeschichte. Und der EU-Geschichte auch.“

Der TUI- Kleinaktionär, der gegen die falsche Zusammensetzung des TUI-Aufsichtsrats geklagt hat, will Mitbestimmung nicht europäisieren oder verbessern. Er will mit seiner Klage dafür sorgen, dass sie abgeschafft wird. Darüber muss man sich politisch im Klaren sein.

Hat sich etwa die EU-Kommission diesen Bauplan von Verwässerung, Infragestellung der rechtlichen Grundlagen für Mitbestimmung und letztlich ihre Abschaffung in der heutigen Form nun ebenfalls zu eigen gemacht?

Wir sollten die vermutlich im Herbst 2016 anstehenden mündliche Verhandlung des TUI-Falls vor dem EuGH dazu nutzen, diese Frage im Vorfeld zu klären und einen Sinneswandel bei der EU-Kommission herbeiführen.

Norbert Kluge

Dr. Norbert Kluge ist Leiter der Abteilung Mitbestimmungsförderung bei der Hans-Böckler-Stiftung,
norbert-kluge@boeckler.de,
www.mitbestimmung.de

Düsseldorf, im Juni 2016

Die Deutschen Arbeitgeber haben ihre „Reformagenda“ für die „Modernisierung der Mitbestimmung“ mit ihrer gemeinsamen Kommission von BDA und BDI im Jahr 2004 formuliert. Mit dem ausdrücklichen Begründungszusammenhang Europa lauten die Kernpunkte darin: Verkleinerung der Aufsichtsräte, Drittelbeteiligung ohne gewerkschaftliche Vertreter im Aufsichtsrat und Vertragliche vereinbarte Mitbestimmung für grenzüberschreitende Unternehmen.⁴ Diese Agenda wurde seither und trotz der konstruktiven Diskussionen von Arbeitnehmerseite im Rahmen der Biedenkopfkommission II (2005/2006) nicht zurückgenommen. Im Gegenteil: Sie wurde uns jüngst anlässlich des 40. Geburtstags des Mitbestimmungsgesetzes 76 vom heute amtierenden BDA-Präsidenten Ingo Kramer erneut präsentiert.

3 Interview mit dem Magazin Mitbestimmung, Ausgabe 05/2014, http://www.boeckler.de/47139_47162.htm

4 BDA und BDI (2005), Mitbestimmung modernisieren. Bericht der Kommission Mitbestimmung, [http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/Bericht_der_Kommission_Mitbestimmung.pdf/\\$file/Bericht_der_Kommission_Mitbestimmung.pdf](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/Bericht_der_Kommission_Mitbestimmung.pdf/$file/Bericht_der_Kommission_Mitbestimmung.pdf)

KOMMENTAR ZUR STELLUNGNAHME DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION IM VERFAHREN ERZBERGER/TUI RS. C-566/15

von Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht,
Georg-August-Universität Göttingen

Die Europäische Kommission hat mit einem Schriftsatz vom 9. Februar 2016 zum Vorlageverfahren des Kammergerichts Berlin¹ betreffend die Frage der Unvereinbarkeit der Beschränkung des aktiven und passiven Wahlrechts für die Wahlen von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsorgan eines Unternehmens auf im Inland beschäftigte Arbeitnehmer mit europäischem Recht Stellung genommen. Diese Stellungnahme fällt vergleichsweise kurz aus und enthält keine neuen Argumente, die in der bisherigen Diskussion nicht schon zur Sprache gekommen sind. Vielmehr werden zahlreiche Argumente schlicht übergangen, die für eine solche Unvereinbarkeit, vor allem aber auch gegen die Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmungsregeln vorgebracht werden.

Deutsches Mitbestimmungsrecht nicht unter Rechtfertigungszwang

Die Kommission weist zu Beginn ihrer Ausführungen generös darauf hin, dass es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen bleibe, Regeln über eine Arbeitnehmermitbestimmung zu kreieren, die nach Inhalt und Zweck nur im Inland Anwendung finden. Sofern sich ein Mitgliedstaat aber dazu entschliesse, sein Mitbestimmungsrecht so zu gestalten, dass es Sachverhalte umfasse, die „bei objektiver Betrachtung“ sowohl im selben Mitgliedstaat als auch in anderen Mitgliedstaaten vorliegen können, müsse er rechtfertigen, weshalb Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten von der Mitbestimmung ausgeschlossen seien (Rn. 9). Mit diesem Ansatz drängt die Kommission die mitgliedstaatliche Rechtsordnung – argumentationsstrategisch nicht ungeschickt – von vornherein in die Rolle desjenigen, der sich rechtfertigen muss. Hierdurch wird gleichsam a priori und ohne jede Begründung die These aufgestellt, dass die gegenwärtige Ausgestaltung des deutschen Mitbestimmungsrechts überhaupt einer Rechtfertigung vor dem Forum des an dieser Stelle nicht näher benannten europäischen Rechts bedarf. Demgegenüber müsste gerade umgekehrt begründet werden, warum eine mitgliedstaatliche Regelung gegebenenfalls gegen Unionsrecht verstößt, was zunächst voraussetzt, dass sie überhaupt in dessen Anwendungsbereich fällt. Bei näherer Betrachtung enthält allein dieser Eingangssatz, der die weitere Gedankenführung

der Kommission bis zu einem gewissen Grade präjudiziert, gleich mehrere Schwachstellen. So fällt es schon schwer davon zu sprechen, dass der deutsche Gesetzgeber das Mitbestimmungsrecht so „gestaltet“ hat, dass es Sachverhalte „umfasst“, die in verschiedenen Mitgliedstaaten „vorliegen können“.

Um was geht es? Der deutsche Gesetzgeber hat im MitbestG geregelt, dass den Arbeitnehmern in sämtlichen in Deutschland belegenen Betrieben eines Unternehmens oder Konzerns bei Erreichen eines bestimmten Schwellenwertes ein Mitbestimmungsrecht zusteht, wobei es auf die Staatsangehörigkeit der Beschäftigten (selbstverständlich) nicht ankommt. Eine wie auch immer geartete „Gestaltung“ von im Ausland vorliegenden Sachverhalten wird durch das deutsche Mitbestimmungsrecht nicht vorgenommen. Vielmehr enthält sich der deutsche Gesetzgeber jeder Regelung der Frage, ob und welche Beteiligungsrechte den in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmern zustehen. Diese Arbeitnehmer werden deshalb ebenso wenig durch eine dem Gesetzgeber zurechenbare normative Bestimmung von der Mitbestimmung „ausgeschlossen“ wie die Arbeitnehmer im französischen Tochterunternehmen eines deutschen Konzerns von der Anwendung des deutschen Kündigungsschutzrechts „ausgeschlossen“ werden. Die Kommission gelangt dadurch zu einer gegenteiligen Sichtweise, dass sie sich auf eine „objektive Betrachtung“ beruft, was für sich genommen freilich keine Begründung ist, sondern eine Leerformel darstellt. An diesem Punkt wäre erheblich intensiver über die Frage nachzudenken gewesen, ob grenzüberschreitende Wirkungen, die (bei ausländischen Betrieben) allein auf der arbeitsvertraglichen Bindung zu einem inländischen Unternehmen beruhen bzw. (bei ausländischen Tochtergesellschaften) allein gesellschaftsrechtlich vermittelt werden, dem deutschen Gesetzgeber angelastet werden können, wenn er den im Inland beschäftigten Arbeitnehmern einen bestimmten Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens bzw. Konzerns einräumt. Zudem beruht es nicht auf einer Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, ob sich ein bislang ausschließlich im Inland tätiges Unternehmen, für das auch nach Ansicht der Kommission ohne weiteres ein System der Arbeitnehmermitbestimmung etabliert werden kann, dazu entschliesst, einen Betrieb oder eine Tochtergesellschaft im Ausland zu gründen oder zu erwerben und hierdurch einen Sachverhalt zu kreieren, der bei „objektiver Betrachtung“ dann in mehreren Mitgliedstaaten vorliegt.

Freizügigkeit von Arbeitnehmern in Europa nicht in Frage gestellt

In einem zweiten gedanklichen Ansatz wendet sich die Kommission dem genauen Prüfungsmaßstab

¹ KG v. 16.10.2015 – 14 W 89/15, ZIP 2015, 2172.

des Unionsrechts zu (Rn. 12-17). Das Kammergericht Berlin hatte insoweit sowohl Art. 18 AEUV als auch Art. 45 AEUV als möglicherweise verletzt angeführt. Die Kommission weist durchaus zutreffend darauf hin, dass Art. 45 AEUV in seinem Anwendungsbereich spezieller ist und den Rückgriff auf Art. 18 AEUV ausschließt. Richtig und in der Judikatur des EuGH fest verankert ist auch, dass das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot bzw. der damit korrespondierende Gleichbehandlungsanspruch auch das Wahlrecht zu Arbeitnehmervertretungen umfasst. Der entscheidende Punkt ist indes, ob überhaupt ein freizügigkeitsrelevanter Sachverhalt vorliegt, ob es also um Arbeitnehmer geht, die in irgendeiner Weise von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, während reine Inlandssachverhalte nicht erfasst werden. Hierzu behauptet die Kommission zunächst, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch dann anwendbar sein soll, wenn der Arbeitnehmer sein Heimatland nicht verlassen hat. Zur Begründung wird auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Boukhalfa verwiesen, der nun allerdings ein Sachverhalt zugrunde lag, in dem eine belgische Staatsangehörige bei der deutschen Botschaft in Algier als Ortskraft beschäftigt war und schlechter als Ortskräfte mit deutscher Staatsangehörigkeit behandelt wurde.² In jener Entscheidung hielt der EuGH das Diskriminierungsverbot für anwendbar, weil für mehrere Teilfragen des Arbeitsverhältnisse auf deutsches Recht verwiesen worden war und die Rechtsbeziehung daher einen hinreichend engen Bezug zum Recht eines Mitgliedstaats aufwies. Es erschließt sich nicht, warum dieser Fall als Referenz für die hier in Rede stehende Gestaltung dienen soll, dass beispielsweise ein in einem französischen Tochterunternehmen eines deutschen Konzerns tätiger Arbeitnehmer ausschließlich französischem Arbeitsrecht unterliegt und nicht auch noch zusätzlich in die deutsche Unternehmensmitbestimmung einbezogen wird.

Die Kommission blendet diesen nahe liegenden Gedanken allerdings völlig aus und folgert stattdessen das grenzüberschreitende Element allein daraus, dass sich die fragliche Regelung auf in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer auswirkt, die ihre Tätigkeit für die gleiche Unternehmensgruppe im Ausland fortsetzen wollen. Diese Arbeitnehmer würden nämlich ihr Stimmrecht sowie gegebenenfalls ihr Aufsichtsratsmandat verlieren. Warum die Kommission genau diese Anknüpfungspunkte wählt, bleibt im Dunkeln. Immerhin läge es in der Konsequenz einer solchen Gedankenführung, das grenzüberschreitende Element stets damit zu „begründen“, dass ein Arbeitnehmer die nie auszuschließende Möglichkeit hat, dauerhaft in einen anderen Mitgliedstaat überzuwechseln und dieser Umstand ausweislich des eu-

ropäischen internationalen Arbeitsrechts (Art. 8 Abs. 2 VO (EG) Nr. 593/2008) zu einem Wechsel des Arbeitsvertragsstatuts führen würde. Damit würden indes alle Arbeitsverhältnisse in Europa automatisch ein grenzüberschreitendes Element aufweisen, was offensichtlich verfehlt ist. Aber auch wenn man sich – wie es der Kommission offenbar vorschwebt – auf den Fall beschränkt, dass der Arbeitnehmer in derselben Unternehmensgruppe im Ausland weiterarbeiten will, bleibt das Bedenken, dass mit diesem Ansatz sämtliche mitgliedstaatlichen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften unter einen Diskriminierungsverdacht geraten und „gerechtfertigt“ werden müssten, weil sie grundsätzlich nur dann gelten, wenn das Arbeitsverhältnis dem jeweils anwendbaren nationalen Arbeitsrecht unterliegt, also nicht bei einer dauerhaften Tätigkeit in der ausländischen Tochtergesellschaft. Ferner irritiert die hilfswise vorgebrachte Bemerkung in diesem Abschnitt, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV allein deshalb auf eine mitgliedstaatliche Regelung zur Unternehmensmitbestimmung anwendbar sein soll, weil die Union von ihrer eigenen Kompetenz zur Regelung mitbestimmungsrechtlicher Fragen gemäß Art. 153 Abs. 1 Buchst. f AEUV Gebrauch gemacht hat. Auch insoweit erschließt sich nicht, welcher Zusammenhang zwischen der einen und der anderen Frage bestehen soll, warum also die deutsche Mitbestimmung gerade aus dem Grunde an Art. 18 AEUV gemessen werden soll, weil die Union Vorschriften über die Mitbestimmung in der SE oder über die Mitbestimmung bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung erlassen hat.

Keine gezielte „Verweigerung von Wahlrechten“ durch deutsches Mitbestimmungsrecht

Von ihrem Ausgangspunkt her gelangt die Kommission vorhersehbar zum Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung, weil die Nichteinbeziehung von in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer typischerweise die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats betrifft. Auch insoweit findet sich aber wieder die zweifelhafte Wendung einer „Verweigerung des Wahlrechts“ (Rn. 19), obwohl es lediglich darum geht, dass der deutsche Gesetzgeber die gesellschaftspolitische Grundsatzentscheidung getroffen hat, dass in den großen Kapitalgesellschaften nicht nur die Anteilseigner das Sagen haben sollen, sondern auch den in Deutschland tätigen Arbeitnehmer ein Einfluss auf bestimmte Entscheidungen zustehen soll, die ihr berufliches Schicksal betreffen. Wie in einer solchen Situation, in der eine entsprechende Regelung schlicht nicht vorhanden ist, von einer „Verweigerung des Wahlrechts“ gesprochen werden kann, was eine bewusste Normsetzung impliziert, ist nur schwer nachvollziehbar. Tatsächlich konnte

² EuGH v. 30.4.1996 – C-214/94, Boukhalfa, Slg. 1996, I-2253.

weder das Kammergericht Berlin noch kann jetzt die europäische Kommission eine konkrete deutsche Vorschrift benennen, die unionsrechtswidrig sein soll. Zudem kommen an dieser Stelle nun plötzlich die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten ins Spiel, obwohl die Kommission nur kurz zuvor gerade ausdrücklich offen gelassen hat, ob auch auf diesen Personenkreis abzustellen ist, um das für die Anwendung von Art. 45 AEUV erforderliche grenzüberschreitende Element festzustellen (Rn. 16). Stattdessen wird in der weiteren Begründung nunmehr unvermittelt wieder auf die im Inland beschäftigten Arbeitnehmer umgeschwenkt, bei denen die fraglichen Regelungen dazu führen sollen, dass die Ausübung der Freizügigkeit durch einen dauerhaften Wechsel ins Ausland weniger attraktiv wird, weil sie hierdurch das aktive und passive Wahlrecht bzw. ein Aufsichtsratsmandat einbüßen. Allerdings finden sich jenseits der bloßen Behauptung eines solchen Wirkungszusammenhanges nicht einmal im Ansatz Überlegungen, ob sich ein Arbeitnehmer durch diese möglichen Rechtsfolgen tatsächlich in seiner Entscheidung beeinflussen lässt, einem solchen Wechsel näher zu treten. Auch müsste man zumindest fragen, ob der extreme Sonderfall des Verlustes eines Aufsichtsratsmandats, zu dem es in den letzten Jahrzehnten offenbar nicht ein einziges Mal gekommen ist und der somit einen höchst spekulativen Charakter hat, es rechtfertigt, die Wahlvorschriften in toto einem Rechtfertigungsdruck auszusetzen.

Insoweit ist noch einmal daran zu erinnern, dass das europäische Sekundärrecht im Hinblick auf die Frage, welches Recht auf ein Arbeitsverhältnis bei grenzüberschreitenden Sachverhalten anwendbar ist, als default rule vom Arbeitsortprinzip ausgeht (Art. 8 Abs. 2 VO (EG) Nr. 593/2008), sodass der dauerhafte Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat auch dann zu einem Wechsel des Arbeitsvertragsstatuts führt, wenn der Arbeitnehmer innerhalb desselben Unternehmens bzw. Konzerns verbleibt. Der aktuelle Kommissionsvorschlag für eine Revision der Entsenderichtlinie 96/71/EG sieht sogar vor, dass bei einer vorgesehenen oder tatsächlichen Entsendungsdauer von mehr als 24 Monaten der Aufnahmemitgliedstaat als gewöhnlicher Arbeitsort gilt und es deshalb vorbehaltlich einer Rechtswahl automatisch zu einem Statutenwechsel kommt.³ Auch wenn eine Entsendung und ein freiwilliger Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat nicht dasselbe sind, kann es nicht überzeugen, wenn man das europäische Recht an der einen Stelle so auslegt, dass der Verlust von rechtlichen Positionen aufgrund des Wechsel des anwendbaren arbeitsrechtlichen Regimes eine die Ausübung der Freizügigkeit „weniger attraktiv“ machende Maßnahme sein soll, die einer Rechtfertigung be-

darf, während das europäische Recht an einer anderen Stelle genau diesen Wechsel vorschreibt. Insoweit ist zu fordern, dass sich die Interpretation europäischen Rechts am Grundsatz der Kohärenz orientiert.

Im Hinblick auf die Rechtfertigung macht es sich die Kommission im Ausgangspunkt einfach. So soll „auf den ersten Blick“ schlicht „keine Rechtfertigung ersichtlich“ sein, weshalb im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer vom Wahlrecht im Aufsichtsrat der Konzernmutter „ausgeschlossen“ werden, weil diese Arbeitnehmer der Leitungs- und Organisationsgewalt der Konzernmutter ebenso wie den im Inland Beschäftigten unterworfen seien (Rn. 23). Immerhin werden anschließend gleichwohl zwei aus Sicht der Kommission denkbare Rechtfertigungsgründe geprüft und verworfen. Zum einen geht es um das Territorialitätsprinzip und den damit verbundenen Gedanken, dass es dem deutschen Gesetzgeber nicht möglich ist, in umfassender Weise Auslandssachverhalte zu regeln. Dieses Argument kontert die Kommission mit der Überlegung, dass es nur darum gehe, den in Deutschland ansässigen und nach seinem Recht gegründeten Unternehmen die Pflicht aufzuerlegen, für die Durchsetzung des deutschen Mitbestimmungsrecht ausländischen Tochtergesellschaften Sorge zu tragen (Rn. 25). Damit übergeht die Kommission souverän sämtliche Schwierigkeiten, die entstehen, wenn im Ausland Wahlen für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durchgeführt werden sollen, die den hohen Anforderungen genügen, die aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen an derartige Wahl zu stellen sind. So gibt es, um nur ein einziges Beispiel zu nennen, für den deutschen Gesetzgeber keine Möglichkeit, die Kündigung eines Arbeitnehmers, die vom Management einer ausländischen Konzerntochter mit dem Ziel ausgesprochen wird, die Wahl zu beeinflussen, in einer ein ausländisches Gericht bindenden Weise für unwirksam zu erklären. Die Kommission geht offenbar davon aus, dass es gleichgültig ist, ob die Rechte von Arbeitnehmern durch geltendes Recht oder „irgendwie“ durch eine Einflussnahme der Konzernmutter geschützt werden, wenn für sie die Integrität von Aufsichtsratswahlen nicht ohnehin mehr oder weniger belanglos ist.

Als zweiten potentiellen Rechtfertigungsgrund nennt die Kommission die Geltung der Mitbestimmungsregeln eines anderen Mitgliedstaats (Rn. 26). Fixiert man sich in dieser Weise auf das ausländische Mitbestimmungsrecht als solches, lässt sich dieser Grund in der Tat leicht widerlegen. Selbstverständlich liefert der schlichte Umstand, dass es in Europa unterschiedliche Mitbestimmungsregime gibt, für sich genommen keine Rechtfertigung für die diskriminierende Ausgestaltung eines dieser Regime. Auch dürfen andere

³ Vgl. Art. 2a und Erwägungsgrund 8 des Kommissionsvorschlags, COM(2016) 128 final v. 8.3.2016.

Mitgliedstaaten eine in Deutschland ansässige und nach deutschem Recht gegründete Konzernmutter nicht daran hindern, ihre Leitungsorgane im Einklang mit deutschem Recht zu besetzen. Bei alledem argumentiert die Kommission aber konsequent am eigentlichen Problem vorbei, ob nämlich aus der Gesamtheit der industriellen Beziehungen in einem Mitgliedstaat, die aus zahlreichen Elementen besteht (vor allem betriebliche und unternehmerische Mitbestimmung, Tarifverhandlungsrecht und Arbeitskampfrecht) ein Teilaspekt herausgebrochen werden kann, um ihn isoliert als diskriminierend und nicht rechtfertigbar einzustufen, weil ein in mehreren Mitgliedstaaten operativ tätiger Konzern zwangsläufig unterschiedlichen Arbeitsrechts- und Sozialkulturen unterfällt.

Last not least ist es unverständlich, dass die Kommission zwar mehrere Entscheidungen des EuGH heranzieht, die sich mit der Anwendung des freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots auf Wahlen zu Arbeitnehmervertretungsorganen befassen (Rn. 14), ohne mit einem Wort zu erwähnen, dass es in diesen Entscheidungen stets um den Ausschluss von Arbeitnehmern aus Gründen der Staatsangehörigkeit ging, die im selben Land, also im Aufnahmemitgliedstaat, beschäftigt waren,⁴ während es vorliegend um die völlig andersgelagerte Frage der Nichteinbeziehung von in einem anderen Land dauerhaft beschäftigten Arbeitnehmern geht. Dass die Kommission schließlich die einschlägige Freizügigkeitsverordnung geflissentlich ausblendet, die in Art. 8 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 das aktive und passive Wahlrecht ausdrücklich nur solchen Arbeitnehmern gewährleistet, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und die im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt sind, rundet das Bild einer den Argumentationshaushalt bei weitem nicht ausschöpfenden Stellungnahme ab.

Fazit

Die Europäische Kommission gründet ihre Stellungnahme auf zweifelhafte und wenig zielführende Deutungen („Verweigerung des Wahlrechts“). Vor allem aber schöpft sie den rechtlichen Argumentationshaushalt bei weitem nicht aus und lässt wichtige normative Gesichtspunkte unberücksichtigt. Insgesamt geben die Ausführungen der Kommission daher keinen Anlass, die bereits andersorts⁵ ausführlich begründete Position zu modifizieren, nach der die deutschen Mitbestimmungsregeln nicht unionrechtswidrig sind.

4 Vgl. EuGH v. 4.7.1991 – C-213/90, ASTI, Slg. 1991, I-3507; EuGH v. 18.5.1994 – C-118/92, Kommission/Luxemburg, Slg. 1994, I-1891; EuGH v. 8.5.2003 – C-171/91, Wählergruppe Gemeinsam, Slg. 2003, I-4301; EuGH v. 16.9.2004 – C-465/01, Kommission/Österreich, Slg. 2004 I-8291.

5 Krause, AG 2012 485ff; abgedruckt in: Pütz/Sick, 2015, Nagelprobe EuGH - Mitbestimmung untergraben oder festigen? Reihe: Mitbestimmungsförderung Report, Nr. 17, Düsseldorf, http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_17.pdf; Krause erscheint demnächst auch in ZHR, Sonderheft 2016.

IMPRESSUM

Ausgabe

**Nagelprobe EuGH
Die Stellungnahme der
EU-Kommission
zum TUI-Fall – Ein
kritischer Kommentar**
Mitbestimmungs-Report 23/2016
ISSN 2364-0413

Autor

Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht
Georg-August-Universität
Göttingen
lehrstuhl.krause@jura.
uni-goettingen.de

Redaktion und Kontakt

Dr. Norbert Kluge
Leiter Abteilung Mitbestimmungsförderung
Hans-Böckler-Stiftung
Hans-Böckler-Straße 39
40476 Düsseldorf
Telefon +49 (0)211 7778-198/199
norbert-kluge@boeckler.de
www.boeckler.de
www.mitbestimmungsportal.de

Produktion

**teamADwork
Werbe GbR**
Düsseldorf, Juni 2016