

# REPORT

MBF-Report Nr. 34, 06.2017

## MITBESTIMMUNG MIT EU-RECHT VEREINBAR

**Juristische Kommentierungen zu den Schlussanträgen des Generalanwalts  
im Verfahren Erzberger/TUI**

Rüdiger Krause, Bernhard Johann Mulder

### AUF EINEN BLICK

Am 4. Mai 2017 hat der Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Union Saugmandsgaard Øe seine mit Spannung erwarteten Schlussanträge in der Rechtssache C-566/15 (Erzberger), auch als sogenanntes TUI-Verfahren bekannt, vorgelegt.

Die renommierten Rechtswissenschaftler Prof. Dr. Rüdiger Krause aus Göttingen und assoc. Prof. Dr. Bernhard Johann Mulder aus Oslo nehmen zu den Anträgen Stellung.

So zeigt Prof. Krause auf, dass der Generalanwalt mit seinen klaren und nüchternen Ausführungen die Debatte über einen vermeintlichen Verstoß des deutschen Mitbestimmungsrechts gegen europäisches Recht weiter in ein deutlich ruhigeres Fahrwasser gelenkt hat.

## INHALT

Vorwort	2
1. Juristischer Kommentar zu den Schlussanträgen von Generalanwalt Saugmandsgaard ØE Von Prof. Dr. Rüdiger Krause	3
2. 'When in Rome...' Comments on the Advocate General's opinion by assoc. Prof. Dr. Bernhard Johann Mulder	9

## VORWORT

Am 4. Mai 2017 hat der Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Union Saugmandsgaard Øe seine mit Spannung erwarteten Schlussanträge in der Rechtssache C-566/15 (Erzberger), auch als sogenanntes TUI-Verfahren bekannt, vorgelegt. Nach Ansicht des Generalanwalts verstößt die Tatsache, dass in Deutschland nur die im Inland beschäftigten Arbeitnehmer die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wählen können und in den Aufsichtsrat wählbar sind, weder gegen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer noch gegen das allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Diese Ansicht überzeugt, wie auch die renommierten Rechtswissenschaftler Prof. Dr. Rüdiger Krause aus Göttingen und Prof. Dr. Bernhard Johann Mulder aus Oslo in diesem Report ausführlich darlegen.

”

**„OFFENBAR IST ES MITTLERWEILE AUCH IN LUXEMBURG DURCHGEDRONGEN, DASS MAN DER EUROPÄISCHEN IDEE MIT EINER AUF DIE SPITZE GETRIEBENEN „NEGATIVEN INTEGRATION“ KEINEN GEFALLEN TUT.“**

Prof. Rüdiger Krause

Die Ausführungen des Generalanwalts erteilen jedoch nicht nur den Versuchen, die deutsche Mitbestimmung über Europa zu schwächen, eine Absage, sondern zeigen auch, dass die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und insbesondere auch das dazugehörige demokratische Wahlverfahren ein hohes Gut sind.

”

**„IN MEINEN AUGEN BESTEHT ABER KEIN ZWEIFEL DARAN, DASS DIESE REGELUNG EIN WESENTLICHER BESTANDTEIL DES DEUTSCHEN ARBEITSMARKTS UND - ALLGEMEINER - DER DEUTSCHEN SOZIALORDNUNG IST“**

Aus den Schlussanträgen des Generalanwalts

Diese Aussagen werden durch die Rechtswissenschaftler genauer analysiert. So hat Prof. Rüdiger Krause Recht, wenn er schreibt: „Europa sollte mehr als ein großer Marktplatz sein.“ Eine Abwärtsspirale bei den demokratischen Errungenschaften, wie der Unternehmensmitbestimmung, würde der europäischen Idee keinen Gefallen tun. „Dies ist nicht zuletzt deshalb zu betonen, weil [...] es Zeiten gab, in denen es sich der EuGH auf die Fahnen geschrieben hatte, mitgliedstaatliche Sozialpolitiken im Interesse eines verabsolutierten Binnenmarktes zu torpedieren“, schreibt Krause und zeigt auf, welche Bedeutung das Urteil des EuGH haben wird.

Es ist zu hoffen, dass der Gerichtshof den Schlussanträgen des Generalanwalts folgen wird! Hiermit wäre nicht nur die Diskussion über die angebliche Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmung beendet, sondern, je nachdem welche Begründung der EuGH wählt, auch ein wichtiger Meilenstein für die Zukunft der Mitbestimmung gesetzt.

Lasse Pütz & Sebastian Sick

# JURISTISCHER KOMMENTAR ZU DEN SCHLUSSANTRÄGEN VON GENERAL- ANWALT SAUGMANDSGAARD ØE IM VERFAHREN ERZBERGER/TUI RS. C-566/15

Am 4. Mai 2017 hat der Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Union Saugmandsgaard Øe seine mit Spannung erwarteten Schlussanträge in der Rechtssache C-566/15 (Erzberger) vorgelegt. Das vom Kammergericht Berlin eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren,<sup>1</sup> auch bekannt als TUI-Fall, hat es in sich, geht es doch um nichts Geringeres als um die Zukunft der deutschen Unternehmensmitbestimmung in allen Unternehmen bzw. Konzernen mit Beschäftigten im europäischen Ausland. Im *worst case* könnte die Situation eintreten, dass die gegenwärtige Nichteinbeziehung der Auslandsbeschäftigten in das aktive und passive Wahlrecht für die Wahlen von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsorgan der Unternehmen einerseits als ein Verstoß gegen europäisches Recht gewertet wird, während andererseits *de lege lata* die Möglichkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung des deutschen Mitbestimmungsrechts verneint wird und dem deutschen Gesetzgeber darüber hinaus auch *de lege ferenda* die Hände weitgehend gebunden werden.<sup>2</sup> Konsequenz dieser gewundenen juristischen Konstruktionen wäre die künftige Unanwendbarkeit der deutschen Mitbestimmungsgesetze auf alle international aufgestellten deutschen Unternehmen und Konzerne mit der Folge, dass die Aufsichtsorgane bis auf weiteres ausschließlich mit Anteilseignervertretern zu besetzen wären. Nachdem die Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 9. Februar 2016<sup>3</sup> Befürchtungen in diese Richtung geweckt hatte, war die Kommission in der mündlichen Verhandlung vor der Großen Kammer des Gerichtshofes der Europäischen Union am 24. Januar 2017<sup>4</sup> wieder zurückgerudert und hatte in einer anschließenden Pressemitteilung ihre Einschätzung verlautbart, dass die bestehenden deutschen Vorschriften als mit dem EU-Recht vereinbar angesehen werden könnten.<sup>5</sup> Im selben Sinne hatten sich neben der Bundes-

republik Deutschland auch Frankreich, Luxemburg, die Niederlande und Österreich geäußert. Mit seinen überzeugenden Schlussanträgen setzt Generalanwalt Saugmandsgaard Øe diese Linie fort. Es bleibt zu hoffen, dass sich der Gerichtshof diesem Votum bei seiner noch in diesem Jahr erwarteten Entscheidung anschließen wird und der juristischen Geisterfahrt damit ein endgültiges Ende bereitet.

## Zuständigkeit des Gerichtshofes

Schon der Ausgangsrechtsstreit ist einigermaßen bizarr: Als Antragsteller in einem aktienrechtlichen Feststellungsverfahren über die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach § 98 AktG war nicht etwa ein bei einer Tochtergesellschaft der TUI-AG im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer aufgetreten, der sich über sein nicht vorhandenes aktives oder passives Wahlrecht im Hinblick auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des Mutterkonzerns beschwert hätte. Auch war der Ausgangsrechtsstreit nicht von einem im Inland beschäftigten Arbeitnehmer der TUI-AG angestoßen worden, der sich durch den drohenden Verlust seines aktiven und passiven Wahlrechts oder sogar seines Aufsichtsratsmandats daran gehindert gefühlt hätte, zu einer zur TUI-Gruppe gehörenden Tochtergesellschaft ins europäische Ausland zu wechseln. Zu derartigen Streitigkeiten ist es seit dem Inkrafttreten des Mitbestimmungsgesetzes im Jahr 1976 trotz der schon damals verbreiteten Auslandsaktivitäten deutscher Unternehmen soweit ersichtlich niemals gekommen. Als Antragsteller trat vielmehr ein Kleinaktionär auf, der es sich zum Ziel gesetzt hat, unter Berufung auf eine angebliche Verletzung der Rechte der Arbeitnehmer die Arbeitnehmervertreter gänzlich aus dem Aufsichtsrat zu entfernen. Ohne eine allzu intensive Motivforschung zu betreiben, kann man die Frage aufwerfen, ob es nicht objektiv rechtsmissbräuchlich ist, wenn sich ein Kleinaktionär zum scheinbaren Verteidiger von Arbeitnehmerinteressen aufschwingt, um die Interessen der Arbeitnehmerseite nachhaltig zu schädigen. Der Generalanwalt geht indes auf den Aspekt einer etwaigen rechtsmissbräuchlichen Berufung auf Unionsrecht<sup>6</sup> nicht ein, sondern befasst sich nur mit der davon zu unterscheidenden Frage der Zuständigkeit des Gerichtshofes (Rn. 25 ff.), die man angesichts der Einschätzung des vorlegenden Kammergerichts Berlin, nach der es für seine Entscheidung auf die Auslegung von Art. 18 AEUV (allgemeines Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) und Art. 45 AEUV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) ankomme, auch schwerlich verneinen kann. Darüber hinaus ist es zu begrüßen, wenn mit dem vor-

1 KG v. 16.10.2015 – 14 W 89/15, ZIP 2015, 2172. Von einem weiteren Vorabentscheidungsverfahren hat das OLG Frankfurt/M. v. 17.6.2016 – 21 W 91/15, ZIP 2016, 2223 (Deutsche Börse), mit Rücksicht auf das hiesige Verfahren abgesehen (Vorinstanz LG Frankfurt v. 16.2.2015 – 3-16 O 1/14, ZIP 2015, 634 m. Anm. Krause).

2 So die unmissverständliche Position von Wansleben, MPI Research Paper Series No. 17/6, der sich praktisch nur noch eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Wunsch der Aktionäre (!) vorstellen kann (S. 50).

3 Hierzu kritisch Krause, Mitbestimmungs-Report Nr. 23, S. 5 ff.

4 Dazu Heuschmid/Hlava, NZA 2017, 429 f.

5 Statement/17/141 v. 24.1.2017.

6 Dazu jüngst EuGH v. 28.7.2016 – C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604 (Kratzer).

liegenden Verfahren die schon seit Jahren schwe-  
lende Diskussion über eine vermeintliche Unions-  
rechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmung  
endlich einer Klärung zugeführt wird.

Im Anschluss an die Ausführungen des Kammer-  
gerichts Berlin arbeitet der Generalanwalt in seinen  
klar gegliederten Schlussanträgen zunächst heraus,  
dass zwischen zwei verschiedenen Kategorien von  
Arbeitnehmern als Anknüpfungspunkte für einen  
etwaigen Verstoß gegen Art. 18 und 45 AEUV zu  
unterscheiden ist, nämlich auf der einen Seite die in  
anderen Mitgliedstaaten als Deutschland beschäf-  
tigten Arbeitnehmern der TUI-Gruppe, denen nach  
deutschem Mitbestimmungsrecht kein aktives und  
passives Wahlrecht zusteht, und auf der anderen  
Seite die in Deutschland selbst beschäftigten Ar-  
beitnehmer der TUI-Gruppe, die durch den drohen-  
den Verlust des aktiven und passiven Wahlrechts  
möglicherweise davon abgehalten werden, ins eu-  
ropäische Ausland zu wechseln (Rn. 33 ff.). Dabei  
beschränkt der Generalanwalt seine Ausführungen  
ausdrücklich auf die konkret vorliegende Konstel-  
lation, dass die Auslandsbeschäftigten bei rechtlich  
selbstständigen Tochterunternehmen von TUI ange-  
stellt sind. Das andere grundsätzlich denkbare Sze-  
nario, nämlich die Beschäftigung bei rechtlich un-  
selbstständigen Niederlassungen im Ausland, wird  
dagegen ausgeklammert (Rn. 35), an späterer Stelle  
allerdings noch einmal aufgegriffen (Rn. 58 Fn. 37).

Ein weiterer Aspekt betrifft das Verhältnis von  
Art. 18 AEUV zu Art. 45 AEUV. Insoweit hebt der  
Generalanwalt zu Recht den Spezialitätscharakter  
von Art. 45 AEUV gegenüber Art. 18 AEUV hervor,  
soweit es um mögliche Diskriminierungen geht,  
die in einem Zusammenhang mit der Freizügigkeit  
der Arbeitnehmer stehen (Rn. 39). Genau dies ist  
nach Ansicht des Generalanwalts der Fall, weil der  
Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ so zu  
verstehen sei, dass er auch das aktive und das pas-  
sive Wahlrecht bei den Wahlen der Arbeitnehmer-  
vertreter im Aufsichtsrat umfasse (Rn. 44). Konse-  
quenz dieses überzeugenden Ansatzes ist, dass  
das in Art. 18 AEUV geregelte allgemeine Diskrimi-  
nierungsverbot durch Art. 45 AEUV verdrängt wird  
und deshalb (zumindest im Ausgangspunkt) nicht  
als eigenständiger Prüfungsmaßstab heranzuzie-  
hen ist.

### **„Gespaltene Lösung“ bei der Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit**

Soweit es anschließend um das Vorliegen eines  
Bezugs des Ausgangsrechtsstreits zum Unions-  
recht und damit um die Anwendbarkeit von Art. 45  
AEUV geht, wendet sich der Generalanwalt zu-  
nächst den bei Tochtergesellschaften mit Sitz in  
anderen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitneh-  
mern der TUI-Gruppe zu (Rn. 48 ff.). Der Kernge-  
danke der auf diese Arbeitnehmergruppe bezoge-

nen Argumentation geht dahin, dass Art. 45 AEUV  
nicht betroffen ist, weil diese Vorschrift die Freizü-  
gigkeit der Arbeitnehmer zwar sowohl gegen Maß-  
nahmen des Aufnahmemitgliedstaats als auch ge-  
gen Maßnahmen des Herkunftsmitgliedstaats  
schützt, für die Anwendbarkeit der Vorschrift aber  
stets erforderlich ist, dass ein Arbeitnehmer eine  
berufliche Tätigkeit im Gebiet eines anderen Mit-  
gliedstaats als des Herkunftsmitgliedstaats ausge-  
übt hat bzw. ausüben will. Tatsächlich haben die  
insoweit in Rede stehenden Beschäftigten aber  
von ihrem Recht auf Freizügigkeit nie Gebrauch ge-  
macht. Deshalb liege im Hinblick auf diese Arbeit-  
nehmer ein rein innerstaatlicher Sachverhalt vor,  
weil sich alle für ihre Beschäftigungsverhältnisse  
maßgeblichen Elemente nur auf einen Mitgliedstaat  
beschränken würden (Rn. 53). Damit weist der Ge-  
neralanwalt unter ausdrücklicher Berufung auf das  
Telos der Arbeitnehmerfreizügigkeit zutreffend alle  
Überlegungen zurück, aus der grenzüberschreiten-  
den Verklammerung von Unternehmen auf der ge-  
sellschaftsrechtlichen Ebene zu schließen, dass  
auch die Beschäftigungsverhältnisse der bei Toch-  
tergesellschaften angestellten Arbeitnehmer selbst  
einen grenzüberschreitenden Charakter hätten,<sup>7</sup>  
obwohl sich alle ihre Arbeitsbedingungen aus-  
schließlich nach dem Recht des Arbeitsortes rich-  
ten. Der Anwendungsbereich von Art. 45 AEUV  
wird mit anderen Worten nicht dadurch erweitert,  
dass die juristische Person, die als Anstellungs-  
rechtsträger fungiert, im Eigentum oder unter der  
Kontrolle einer juristischen Person steht, die ihren  
Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat.

Mit diesem Ansatz folgt der Generalanwalt in  
der Sache einer bereits anderenorts entwickelten  
Sichtweise.<sup>8</sup> Von einem grenzüberschreitenden Ele-  
ment als Voraussetzung für eine Anwendbarkeit  
der Arbeitnehmerfreizügigkeit kann in der Tat nur  
dann die Rede sein, wenn dieses Element in ir-  
gendeiner Weise mit dem Verhalten des Arbeitneh-  
mers selbst zu tun hat. Der schlichte Umstand,  
dass die Gesellschaft, bei welcher der Arbeitneh-  
mer angestellt ist, einem ausländischen Einfluss  
unterliegt, führt nicht dazu, dass das Arbeitsver-  
hältnis selbst nunmehr einen grenzüberschreiten-  
den Charakter aufweist. Bemerkenswerterweise  
geht der Generalanwalt an dieser Stelle auf die in  
Deutschland geführte Diskussion ein und zitiert ei-  
nige Fundstellen zum angeblichen „Legitimations-  
defizit“ der deutschen Mitbestimmung aufgrund  
des Ausschlusses der im Ausland beschäftigten  
Arbeitnehmer (Rn. 56 Fn. 36), wobei dieser Aspekt  
aber ausdrücklich dem „nationalen politischen  
Kontext“ (Rn. 57) zugewiesen wird, der nicht die  
Wirkung habe, den Anwendungsbereich von  
Art. 45 AEUV zu erweitern. Der Generalanwalt er-

<sup>7</sup> So etwa Hellgardt, ZHR Beiheft 78 (2016), S. 24 (31 f.).

<sup>8</sup> Vgl. Krause, AG 2012, 485 (492); ferner Krause, ZHR Bei-  
heft 78 (2016), S. 46 (59).

teilt damit allen Ansätzen eine klare Absage, die Freizügigkeit gemäß Art. 45 AEUV unter Berufung auf solche Beschäftigte gegen die unternehmerische Mitbestimmung in Stellung zu bringen, die zu keinem Zeitpunkt den Wechsel auf den Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaats auch nur in Erwägung gezogen haben. Die Gegenansicht hatte sich von der Grundkonzeption der Arbeitnehmerfreizügigkeit, zu einer Integration der Arbeitsmärkte beizutragen, vollständig gelöst und Art. 45 AEUV zu einer Vorschrift umfunktioniert, die den in internationalen Konzernen beschäftigten Arbeitnehmern nur deshalb einen Einfluss auf die Entscheidungen an der Konzernspitze einräumen will, weil ein Mitgliedstaat aufgrund einer autonomen sozialpolitischen Entscheidung den auf *seinem* Gebiet tätigen Arbeitnehmern einen solchen Einfluss zubilligt. Der Gedanke der gleichen Betroffenheit der Beschäftigten in allen Konzernunternehmen im In- und Ausland durch Entscheidungen des Aufsichtsrats der Konzernmutter ist als Leitbild für die Ausgestaltung der Wahlen der Arbeitnehmervertreter zwar für sich genommen nicht von der Hand zu weisen. Mit Art. 45 AEUV hat dies aber nichts zu tun. Der Versuch, insoweit eine Verbindungslinie herzustellen, beruht schlicht auf einem Fehlverständnis der Funktion der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Nicht näher auseinandergesetzt hat sich der Generalanwalt mit dem immerhin denkbaren Einwand, dass infolge der Nichtanwendbarkeit von Art. 45 AEUV das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV gleichsam wiederaufleben müsse, weil eine nicht anwendbare Vorschrift keine verdrängende Wirkung entfalten könne.<sup>9</sup> Tatsächlich hatten die Mitbestimmungskritiker im Hinblick auf die Auslandsbeschäftigten wohl deshalb nicht selten auf Art. 18 AEUV rekurriert, um dem (scheinbar) engeren Anwendungsbereich von Art. 45 AEUV zu entkommen. Eine solche Überlegung dürfte indes ein Fehlschluss sein. Denn das entscheidende Argument für die Unanwendbarkeit von Art. 45 AEUV auf die im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer besteht darin, dass es an einem Bezug zum Unionsrecht fehlt, weil die Grundfreiheiten einen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraussetzen. Auch für das allgemeine Diskriminierungsverbot ist es aber erforderlich, dass es um einen Sachverhalt geht, der in den „Anwendungsbereich der Verträge“ fällt und nicht außerhalb des Unionsrechts liegt. Da im Hinblick auf die Auslandsbeschäftigten die primärrechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht berührt ist und die Unternehmensmitbestimmung auch sekundärrechtlich nicht harmonisiert ist, kommt Art. 18 AEUV somit nicht zum Tragen.<sup>10</sup> Allerdings wäre es angesichts verschiedener Versuche, den Anwendungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbots

sehr weit auszudehnen,<sup>11</sup> um Art. 18 AEUV für die vorliegende Gestaltung nutzbar zu machen, sowie vor dem Hintergrund einer nicht immer ganz eindeutigen Rechtsprechung des EuGH zur Anwendungsreichweite des allgemeinen Diskriminierungsverbots wünschenswert gewesen, wenn der Generalanwalt diesen Aspekt klargestellt hätte.

Im Übrigen weist der Generalanwalt ausdrücklich darauf hin, dass sich seine Ausführungen nicht auf den Fall einer Beschäftigung des Arbeitnehmers bei einer unselbstständigen Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitz der Gesellschaft beziehen (Rn. 58 Fn. 37). Das Arbeitsverhältnis hat in diesen Konstellationen, in denen der Arbeitsvertrag mit einer im Ausland domizilierten Gesellschaft abgeschlossen worden ist, unstreitig einen grenzüberschreitenden Charakter, wobei es nach den Regeln des internationalen Arbeitsrechts in den meisten Fällen gleichwohl ausschließlich dem Recht des Arbeitsorts unterliegen wird.<sup>12</sup> Wie der Generalanwalt zum Ausdruck bringt, ergibt sich aus diesem Umstand aber noch nicht zwangsläufig, dass auch Art. 45 AEUV zur Anwendung berufen ist, weil selbst bei einem grenzüberschreitenden Bezug des Arbeitsverhältnisses noch geklärt werden muss, wie weit der Gewährleistungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit tatsächlich reicht, die wie gesagt auf eine Integration der Arbeitsmärkte abzielt. Insoweit ist es jedoch durchaus zweifelhaft, ob sich ein Arbeitnehmer allein dadurch auf den Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaats begibt, dass er einen Arbeitsvertrag mit einem dort ansässigen Unternehmen schließt, sofern er seine Tätigkeit als Ortskraft ausschließlich in seinem Heimatstaat erbringt. Dass der Arbeitgeber in einem solchen Fall in bestimmten Situationen möglicherweise kraft nationalen Arbeitsrechts zu einer Gleichbehandlung verpflichtet ist, bedeutet nicht, dass automatisch auch Art. 45 AEUV betroffen ist, wenn eine Gleichbehandlung durch mitgliedstaatliches Recht unterbleibt. Wie sich an den Entscheidungen zur grenzüberschreitenden Leiharbeit einerseits<sup>13</sup> und zur grenzüberschreitenden Entsendung andererseits<sup>14</sup> zeigt, pflegt der EuGH für die Frage der Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nämlich durchaus darauf zu achten, ob tatsächlich eine Integration in den Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaats erfolgt.

Von vornherein anders beurteilt der Generalanwalt die Situation der in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer der TUI-Gruppe. Insoweit hält er Art. 45 AEUV klar für anwendbar. Weder soll es

9 Vgl. Hellgardt, ZHR Beiheft 78 (2016), S. 24 (33).

10 Ebenso Rödl, JZ 2016, 980 (985).

11 Hellgardt, ZHR Beiheft 78 (2016), S. 24 (33); Kainer, IWRZ 2016, 57 (58); Wansleben, MPI Research Paper Series No. 17/6, S. 11.

12 Vgl. Art. 8 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I).

13 EuGH v. 10.2.2011 – C-307/09 bis C-309/09, ECLI:EU:C:2011:64 (Vicoplus).

14 EuGH v. 27.3.1990 – C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142 (Rush Portuguesa).

sich beim Wechsel auf einen Arbeitsplatz in einen anderen Mitgliedstaat um eine rein hypothetische Situation handeln, noch führe die fehlende Harmonisierung der Unternehmensmitbestimmung auf Unionsebene dazu, dass darauf bezogene mitgliedstaatliche Regelungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit herausfallen würden (Rn. 60 ff.). Diesem Ansatz kann man grundsätzlich folgen, wenn man, wie es der Generalanwalt tut, zwischen der bloßen Anwendbarkeit von Art. 45 AEUV als dem ersten Schritt und dem Vorliegen einer Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit als dem zweiten Schritt differenziert.

Etwas überraschend, wenn auch im Ergebnis unerheblich ist es, dass der Generalanwalt in diesem Zusammenhang auch die allein auf Verlangen des Arbeitgebers durchgeführte Versetzung des Arbeitnehmers in einen anderen Mitgliedstaat in den Anwendungsbereich von Art. 45 AEUV zieht, obwohl der Beschäftigte selbst eine solche Versetzung unter Umständen gar nicht wünscht. Dies dürfte über die vom EuGH bislang entschiedenen Fälle von „Korrelarrechten“<sup>15</sup> hinausgehen. Geht man zutreffend davon aus, dass bei einer dauerhaften oder jedenfalls langfristigen Versetzung, die der Generalanwalt vor Augen gehabt haben dürfte, der Arbeitsmarkt des Zielstaates berührt wird, bedeutet das offenbar, dass sich auch der Arbeitgeber auf Art. 45 AEUV berufen kann, falls mitgliedstaatliche Vorschriften eine Versetzung „weniger attraktiv“ machen, weil sie möglicherweise besondere Widerstände beim Arbeitnehmer hervorrufen oder aber vom Arbeitgeber finanziell kompensiert werden müssen, um die Motivation des Beschäftigten bei seiner Tätigkeit für die Unternehmensgruppe im Ausland aufrechtzuerhalten.

### **Keine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit**

Trotz prinzipiell bejahter Anwendbarkeit der Freizügigkeit vertritt der Generalanwalt die Auffassung, dass Art. 45 AEUV nicht beschränkt wird (Rn. 70 ff.). Dies ist umso bemerkenswerter, als er die gängige Formel, nach der jede mitgliedstaatliche Regelung die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt, die auch nur geeignet ist, ihre Ausübung durch einen Unionsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, keineswegs in Frage stellt (Rn. 71). Tatsächlich ist es gerade die praktisch uferlose Weite dieses Ansatzes, die eine Reihe von Stimmen zu der Idee veranlasst hatte, dass es für einen Arbeitnehmer „weniger attraktiv“ sei, aus einem deutschen Unternehmen zu einer ausländischen

Tochtergesellschaft zu wechseln, weil er hierdurch sein aktives und passives Wahlrecht verliert.<sup>16</sup>

Der Generalanwalt beginnt seine Argumentation zu diesem zentralen Punkt der Auseinandersetzung mit der richtigen Feststellung, dass Art. 45 AEUV dem Wanderarbeitnehmer das Recht auf Gleichbehandlung mit den inländischen Arbeitnehmern im Aufnahmemitgliedstaat verschafft. Dabei muss der Wanderarbeitnehmer den einzelstaatlichen Arbeitsmarkt so nehmen, wie er ist. Insbesondere kann er die möglicherweise günstigeren Arbeitsbedingungen in seinem Herkunftsmitgliedstaat nicht deshalb „exportieren“, weil ihr Verlust den Wechsel „weniger attraktiv“ macht. Dies alles muss auch für die Vorschriften über die Arbeitnehmermitwirkung gelten, was im Übrigen durch das vom Generalanwalt allerdings nicht herangezogene Sekundärrecht in Gestalt von Art. 8 Abs. 1 der Freizügigkeitsverordnung (EU) Nr. 492/2011 bestätigt wird. Dabei besteht der entscheidende weitere Gedanke darin, dass der Verlust des aktiven und passiven Wahlrechts nicht nur für den Fall gilt, dass der Arbeitnehmer zu einem nicht gesellschaftsrechtlich verbundenen Unternehmen wechselt.<sup>17</sup> Dies dürfte selbstverständlich sein, auch wenn sich die Anhänger der These von der Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmungsregelungen mit dieser Fallgruppe als Einstieg in eine sachgerechte Lösung der Problematik selten auseinandergesetzt haben. Vielmehr gilt der Gedanke, dass sich ein Arbeitnehmer, der sich dauerhaft auf den Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaats begibt, damit „im Guten wie im Bösen“ künftig allein dessen arbeitsrechtlichem Regime unterliegt, auch für den Fall, dass es sich um einen Wechsel innerhalb einer Unternehmensgruppe handelt. Der Generalanwalt bringt zwar zum Ausdruck, dass ihm der Gedanke einheitlicher Mitwirkungsrechte der bei einer unionsweiten Unternehmensgruppe beschäftigten Arbeitnehmer „sympathisch“ sei (Rn. 82), hebt aber doch zugleich hervor, dass der gegenwärtige Stand des Unionsrechts mangels einer entsprechenden Harmonisierung eine solche Pflicht der Mitgliedstaaten nicht vorsehe. Aus der Perspektive des europäischen Rechts bestehen somit zwar keine Hindernisse für eine Einbeziehung der in anderen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer in ein nationales System der Arbeitnehmermitwirkung. Die Mitgliedstaaten sind aber nicht dazu verpflichtet, eine solche Erstreckung des aktiven und passiven Wahlrechts auf im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer vorzusehen. Kurz: Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist keine Brechstange, um eine politisch nicht erreichbare positive Harmonisierung der Unternehmensmitbestimmung zu erzwingen. Und sie ist erst recht keine Brechstange, um durch negative Harmonisierung ihre Abschaffung herbeizuführen.

<sup>15</sup> Vgl. EuGH v. 7.5.1998 – C-350/96, ECLI:EU:C:1998:205 (Clean Car); EuGH v. 2.10.2003 – C-232/01, ECLI:EU:C:2003:535 (van Lent).

<sup>16</sup> So vor allem Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (268 f.).

<sup>17</sup> So bereits Krause, AG 2012, 485 (490).

## Hilfswise: Rechtfertigung einer Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Der Generalanwalt bleibt allerdings nicht bei diesem Ergebnis stehen, sondern führt für den Fall, dass der EuGH im Hinblick auf das Vorliegen einer Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu einer anderen Sichtweise gelangt, hilfswise aus, dass eine solche Beschränkung jedenfalls gerechtfertigt wäre (Rn. 86 ff.).

Ausgehend von der erstmals in der Rechtssache Gebhard<sup>18</sup> entwickelten Formel, nach der es – abgesehen von den hier nicht einschlägigen legitimen Zwecken im Sinne von Art. 45 Abs. 3 AEUV – zwingender Gründe des Allgemeininteresses bedarf, kann eine solche Rechtfertigung nach Auffassung des Generalanwalts nicht schon auf das Territorialitätsprinzip gestützt werden (Rn. 90 ff.). Das durchaus schillernde Territorialitätsprinzip betrifft nicht die nicht zu bestreitende Kompetenz eines Staates, Auslandssachverhalte zu regeln, sofern diese eine „echte Verknüpfung“ („*genuine link*“) zum eigenen Staat aufweisen, sondern soll zum Ausdruck bringen, dass es völkerrechtlich unzulässig ist, in die Souveränität und Hoheitsgewalt anderer Staaten einzugreifen,<sup>19</sup> wobei dieses Prinzip trotz der Verklammerung in einem Staatenbund auch horizontal zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union gilt. Dass das Territorialitätsprinzip gleichwohl kein grundsätzliches Hindernis für eine Ausdehnung der Arbeitnehmermitbestimmung sein soll, begründet der Generalanwalt mit einer Differenzierung: Danach führt nicht schon die Einbeziehung der Auslandsbeschäftigten in die unternehmerische Mitbestimmung als solche, sondern erst die konkrete Ausgestaltung der Wahlvorschriften zu einem Kompetenzkonflikt (Rn. 96 ff.). Man kann sich fragen, ob es wirklich ohne weiteres möglich ist, zwischen der Grundidee der Mitbestimmung einerseits und ihrer realen Ausprägung andererseits zu unterscheiden, weil sich erst anhand der konkreten Regelungen zeigt, wie die Macht zwischen „Arbeit“ und „Kapital“ im Einzelnen austariert ist. Wenn man dies aber tut, wird man dem Generalanwalt in der Sache darin beipflichten können, dass es Mitbestimmungsmodelle gibt, die auch ohne einen Eingriff in die Kompetenzen eines anderen Mitgliedstaates auf die in diesem Mitgliedstaat angesiedelten Tochtergesellschaften ausgedehnt werden können.

Umso wichtiger ist der letzte Aspekt, dass es im Rahmen der Rechtfertigung auch darum gehen kann, die nationalen sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Besonderheiten zu gewährleisten. Insofern zählt der Generalanwalt die Unternehmensmitbestimmung zwar nicht „ohne Weiteres“ zur

nationalen Identität im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EUV, stuft sie aber gleichwohl als einen wesentlichen Bestandteil der deutschen Sozialordnung ein, was wohl auch ihre erbittertsten Gegner kaum in Abrede stellen dürften. Der entscheidende Punkt besteht nun darin, dass die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens zur Wahl der Arbeitnehmervertreter erstens nicht nur als eine rechtstechnische Frage von untergeordneter Bedeutung, sondern als Ausdruck bestimmter sozialpolitischer Entscheidungen begriffen werden, und es zweitens gerade diese Wahlvorschriften sind, deren Erstreckung auf Auslandsbeschäftigte zu einem Konflikt mit den Kompetenzen anderer Mitgliedstaaten führen würde<sup>20</sup>. Die Vermeidung eines solchen Konflikts wäre zwar dadurch möglich, dass der deutsche Gesetzgeber allein die Konzernmutter adressiert und ihr die Verpflichtung auferlegt, für eine Einbeziehung der Auslandsbeschäftigten in die Aufsichtsratswahlen zu sorgen. Eine in hohem Maße vom Goodwill der Konzernmutter abhängige Wahl würde aber deren Charakter grundlegend verändern. Hierzu werden die Mitgliedstaaten durch das europäische Recht indes nicht gezwungen. Vielmehr können die Mitgliedstaaten nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts selber darüber entscheiden, ob sie bei der Ausgestaltung der Wahlen der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat stärker auf die Konzernleitungsmacht oder stärker auf das Handeln der Arbeitnehmerseite sowie die Gewährung unmittelbar einklagbarer Rechte bauen, um ihre Vorstellungen von einer demokratischen Legitimation der Unternehmensführung zu verwirklichen.<sup>21</sup>

Mit diesen Ausführungen setzt der Generalanwalt einen neuen Akzent, indem er im Rahmen der Rechtfertigung nicht einfach vom Kriterium des Arbeitnehmerschutzes ausgeht und danach fragt, ob die konkret in Rede stehenden Regelungen zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind. Eine solche Argumentation wäre auch wenig zielführend, weil man schwerlich behaupten kann, dass die im Inland beschäftigten Arbeitnehmer gerade durch eine Nichteinbeziehung der Auslandsbeschäftigten geschützt werden müssten. Der entscheidende Aspekt besteht vielmehr darin, den Mitgliedstaaten einen breiten Spielraum bei ihren nationalen Vorschriften und Praktiken im Bereich der Sozialpolitik einzuräumen. Dies entspricht der in Art. 151 Abs. 2 und Art. 152 Abs. 1 AEUV zum Ausdruck kommenden Konzeption des Unionsrechts und wird zudem durch Art. 153 Abs. 2 Buchstabe b Satz 1, Abs. 4 Spiegelstrich 2 AEUV gestützt, der im

<sup>20</sup> Krause, AG 2012, 485 (493 f.).

<sup>21</sup> In der Stoßrichtung ähnlich die Argumentation von Rödl, JZ 2016, 980 (982 ff.), der allerdings nicht auf die Rechtsetzungsgewalt, sondern auf die fehlende deutsche Rechtsprechungsgewalt und Rechtsdurchsetzungsgewalt im Hinblick auf die bei Auslandstöchtern stattfindenden Wahlen und die dadurch beeinträchtigte demokratische Integrität der Aufsichtsratsmitbestimmung abstellt.

<sup>18</sup> Vgl. EuGH v. 30.11.1995 – C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (Gebhard).

<sup>19</sup> Dazu näher Epping, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. (2014), § 5 Rn. 60 ff., 69 ff.

Hinblick auf eine Harmonisierung der Unternehmensmitbestimmung durch Richtlinien ausdrücklich nur Mindestvorschriften zulässt. Offenbar ist es mittlerweile auch in Luxemburg durchgedrungen, dass man der europäischen Idee mit einer auf die Spitze getriebenen „negativen Integration“<sup>22</sup> keinen Gefallen tut. Dies ist nicht zuletzt deshalb zu betonen, weil es mit dem sogenannten „Laval-Quartett“ Zeiten gab, in denen es sich der EuGH auf die Fahnen geschrieben hatte, mitgliedstaatliche Sozialpolitiken im Interesse eines verabsolutierten Binnenmarktes zu torpedieren. Wie an verschiedenen neueren Entscheidungen deutlich wird, scheint diese Phase indes vorbei zu sein.<sup>23</sup>

Tatsächlich wäre es fatal, wenn das europäische Projekt von großen Teilen der Bevölkerung nur als eine Angelegenheit wirtschaftsliberaler Eliten wahrgenommen würde. Europa sollte mehr als ein großer Marktplatz sein.

## Fazit

Nachdem schon in der mündlichen Verhandlung im Januar 2017 Signale der Entspannung festgestellt werden konnten, hat Generalanwalt Saugmandsgaard Øe mit seinen klaren und nüchternen Ausführungen die von manchen Akteuren immer aufgeregter geführte Debatte über einen vermeintlichen Verstoß des deutschen Mitbestimmungsrechts gegen europäisches Recht weiter in ein deutlich ruhigeres Fahrwasser gelenkt. Es bleibt zu hoffen, dass der Gerichtshof den Schlussanträgen des Generalanwalts im Wesentlichen folgen wird und die Diskussion über die angebliche Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmung damit ihr Ende findet. Die Argumente hierfür liegen auf dem Tisch.

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

---

22 Dazu näher Scharpf, in: Höpner/Schäfer (Hrsg.), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration (2008), S. 49 ff.

23 Vgl. EuGH v. 12.2.2015 – C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86 (Sähköalojen ammattiliitto); EuGH v. 17.3.2015 – C-533/13, ECLI:EU:C:2015:173 (AKT); EuGH v. 17.11.2015 – C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 (RegioPost); siehe aber auch EuGH v. 21.12.2016 – C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 (AGET Iraklis).

## ‘WHEN IN ROME...’

### COMMENTS ON THE ADVOCATE

### GENERAL’S OPINION IN

### KONRAD ERZBERGER V TUI AG,

### C566/15, 4 MAY 2017

#### The proposal for judgment

The case concerns about two fundamental rules in European Union (EU) law and in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU): prohibition against discrimination and workers’ freedom of movement. The case also concerns when a situation has enough cross-border relevance for EU law to be applicable. It is also to some extent about the relationship between Member States’ legislative powers and the EU’s legislative competence.

The Kammergericht Berlin asks in this connection whether German law on the election of employees’ representatives in an internationally active company’s board is compatible with EU law. The question referred for the request for a preliminary ruling is the following.

‘Is it compatible with Article 18 TFEU (principle of non-discrimination) and Article 45 TFEU (freedom of movement for workers) for a Member State to grant the right to vote and stand as a candidate for the employees’ representatives in the supervisory body of a company only to those workers who are employed in establishments of the company or in companies of the group within the national territory?’

The Advocate General concludes by suggesting that the CJEU should answer the question referred in the affirmative: German law on electing board-level employee representatives *is* compatible with EU law.

‘Articles 18 and 45 TFEU must be interpreted as meaning that they do not preclude legislation, such as that at issue in the main proceedings, which provides that only employees employed in the establishments of a company or in the companies of the group situated on national territory have a right to vote and to stand for election as employee representatives on the supervisory board of that company.’

The reasoning in the Advocate General’s opinion in the case *Konrad Erzberger v TUI AG* is altogether logical and well documented in referring to legal sources, namely CJEU case law. The Advocate General carefully analyses the application of Article 45 TFEU in the situation concerned, points 42–69, and the compatibility of the German legislation with Article 45 TFEU, points 70–85, and, additionally, the

possible existence of justification, points 86–112. The CJEU judgment is expected during the summer.

#### Jurisdictional aspects

As for the procedural aspects, points 25–32, the Advocate General considers that the circumstances in the case are such that the CJEU has jurisdiction to answer the question referred to it. Thus, the interpretation of EU law that is sought does bear a relation to the facts of the main action or its purpose. Furthermore, consistent with the Advocate General, the issues in the question referred are not hypothetical in character. The Advocate General elaborates in points 60–69 of his opinion why he believes that Article 45 TFEU may be applicable to a situation in which an employee in Germany leaves or wishes to leave Germany in order to take up a position in a subsidiary belonging to the group established in another Member State. Such a situation is not to be regarded as a purely hypothetical occupational prospect, rendering Article 45 TFEU inapplicable, but instead, according to the Advocate General, ‘perfectly conceivable’, point 62. Finally, the Advocate General states, the court has the factual and legal material necessary to give a useful answer to the questions submitted to it.

#### Suffrage as a condition of work and employment

Initially, points 42–44, the Advocate General considers, by following CJEU case law, that the right to vote (active suffrage, *aktives Wahlrecht*) and the right to stand in elections to the supervisory board (passive suffrage, *passives Wahlrecht*) is a condition of work and employment within the meaning of Article 45.2 TFEU. Being ‘intrinsically linked’ to passive suffrage, a seat on the supervisory board (*Aufsichtsmandat*) equally falls within the scope of Article 45.2 TFEU, cf. footnote 21. The relationship with the exercise of an activity as an employee in Germany is manifested by the fact that the electoral rights (both active and passive suffrage) depend on whether a person is considered to be an employee in accordance with German legislation.

The Advocate General then continues examining whether there is the necessary connection with EU law for Article 45 TFEU to be applicable, points 45–69, cf. point 27. After doing so, the Advocate General states that the question referred by the Kammergericht Berlin refers to two different situations concerning two categories of employees, point 47, cf. points 33–37, 41 and 51: those who are *employed in other* Member States and those who are *employed in Germany*. Thus, one situation is whether the German legislation gives rise to *discrimination* on grounds of nationality against

employees of the TUI group employed in the subsidiaries of the group established in other Member States than Germany. Germany is regarded as the home state because TUI has its headquarters (seat, *Sitz*) in Berlin and Hanover. The Advocate General does not discuss the possible consequences of a company having seats in more than one country. Another situation is whether German legislation constitutes a *restriction* of freedom of movement for workers employed in Germany. If these employees make use of this freedom they risk losing the right to vote for and to stand for election as a board member. The referred question concerns the extent to which the situation at issue has cross-border relevance. Only when such relevance pertains is Article 45 TFEU applicable.

**Employees employed in other Member States: Article 45 TFEU does not apply (no discrimination)**

The Advocate General considers, points 50–59, that it is not enough for the application of Article 45 TFEU that an employee be employed in a subsidiary controlled by a company established in another Member State. Such an ‘acquisition constitutes an external factor unconnected with the acts of the employee’, point 55. Furthermore, this situation is simply not covered by the purpose of the provisions of freedom of movement in the Treaty. Employees must have exercised their right to freedom of movement and the situation must not be purely domestic. It ‘would therefore involve a significant extension of the scope of that article’, point 52. This is still true, even if the employees are directly affected by the decisions of TUI’s supervisory board, even if they concern establishments and subsidiaries in other Member States. Moreover, that the German system of employee participation might lead to the interests of national employees being overrepresented within the supervisory board does not mean that there is a ‘democratic deficit’ in the system.

This reasoning leads the Advocate General to the conclusion that Article 45 TFEU does not apply to the employees of the TUI group employed in the subsidiaries of the group situated in other Member States. Since the situation is wholly internal, the Advocate General likewise concludes, with reference to CJEU case law, that Article 18 TFEU is not applicable.

**Employees employed in Germany: Article 45 TFEU is applicable (the issue of restriction)**

The absence of harmonised legislation on European Union level on employee involvement does not have any impact on the applicability of Article 45

TFEU, according to the Advocate General, points 60–69. This means that the Member States are free to determine the degree of employee involvement. However, the Member State must exercise that competence in compliance with EU law *de lege lata*, including the Treaty provisions on freedom of movement for workers. But the lack of harmonisation at EU level cannot in this case be overcome by applying general provisions on freedom of movement for workers; for such an administration of justice there is no support in EU legislation.

The Advocate General believes that Article 45 TFEU is applicable as regards the employees of the TUI group employed in Germany. Why the article should be applicable is not entirely apparent. The Advocate General supports his findings with the reasoning that the situation of leaving Germany and therefore losing electoral rights is not a hypothetical one, that the situation at issue is not excluded from the application of Article 45.3 (c) TFEU, and that Article 45 TFEU is applicable regardless of harmonisation at EU level.

Having found Article 45 TFEU to be applicable to employees employed in Germany, the Advocate General states that it is necessary to examine whether the German legislation is compatible with that article. Therefore, according to the Advocate General, there is no need to examine the German legislation concerned in light of Article 18 TFEU.

In the following, the Advocate General presents the reasons why the German legislation at issue does not restrict freedom of movement for workers, points 70–85. Supplemental, ‘In the interest of completeness’, point 85, the Advocate General discusses whether there might be a restriction on whether that legislation is justified by overriding reasons in the public interest, points 86–112. By marshalling the reasoning in this way, the Advocate General determines that Article 45 TFEU is applicable and that German law on electing board-level employee representations is compatible with that article. This is important: taking the position that the restriction could be justified means that there is a restriction and an incompatibility with Article 45 TFEU. Although the German legislation is justified, that is a much looser legal basis for recognition of the German legislation at issue.

**The absence of a restriction**

According to the Advocate General, Article 45 TFEU does not grant workers the right to ‘export’ the conditions of employment which they enjoy in their Member State of origin to another Member State when they exercise freedom of movement. Therefore, Article 45 TFEU is not concerned with any disparities in treatment resulting from differences existing between the laws of the various Member States. Importantly, the Advocate General

observes that, indeed with regard to Article 18 TFEU, 'the application of national legislation cannot be held contrary to the principle of non-discrimination merely because other Member States allegedly apply rules which are less strict', point 76. With reference to the opinion of the Advocate General in *Graf*, the Advocate General notes that a migrant worker must simply take the national employment market as he or she finds it, point 75.

Consequently, changing employment between companies established in different Member States belonging to the same group of companies should be treated in the same way as if an employee changes his or her employment between two unconnected companies in different Member States. It is the view in terms of employees that counts, not the cross-border nature of the group of companies. Furthermore, according to the Advocate General this standpoint follows from the fact that the employee involvement in the management of national companies of the Member States has not been harmonised at EU level. It is a matter for each Member State to choose whether employees in other Member States should be included in the national employee participation system.

For example, Denmark grants employees employed in other Member States electoral rights (suffrage) to the administrative or management bodies of national companies. Norwegian law provides that employees of the group employed abroad may be subject to the system of participation in the supervisory board of the Norwegian parent company. Swedish legislation does not articulate the right for employees of the group employed abroad to be subject to the national board level representation system, but does not, as German law does, restrict the system's application only to domestic employees. (Note that none of the Scandinavian countries' governments submitted observations to the CJEU.)

### Possible justification

Finally, the Advocate General investigates the alternative that the German legislation entails a restriction of freedom of movement for workers. He believes that such a restriction would in any event be justified.

Neither Konrad Erzberger nor TUI nor the interested parties have relied upon the legitimate objectives expressly set out in Article 45.3 TFEU. However, they rely on overriding reasons in the public interest, in the event that the CJEU should find that the German legislation at issue entails a restriction of freedom of movement for workers. In points 88–100, the Advocate General evaluates justification derived from the principle of territoriality. The reasoning in this section is very close to the reasoning in points 75–84. There the Advocate

General concludes that it follows from the principle of territoriality that Germany is *not required* to grant leaving employees the same rights of involvement as those enjoyed by the employment in Germany. Likewise, the principle of territoriality *does not prevent* Germany from including leaving employees in its employee participation system. The Advocate General draws this conclusion *e contrario* from an unnecessary detour into tax law. Nothing prevents that an employee in that case would benefit from electoral rights and representation according to both the state of origin and the host state. An employee would therefore be 'benefiting from "double representation", namely within the subsidiary, under the legislation of the Member State of employment, and within the parent company, in accordance with the legislation of the Member State in which the latter is established', point 95.

The Advocate General concludes as to the application of the territoriality principle that the exclusion from the German employee participation system of employees employed in other Member States cannot be regarded as emanating from the principle of territoriality.

Inclusion in the German participation system does not entail interference with the sovereignty or the legislative powers of other Member States. Thus, 'the question as to which employees may participate in the elections of the members of the supervisory board of a German company is wholly within the competence of the German legislature'. Whether this also means that, as to the question of enforcement, German legislation shall prevail, even if the enforcement takes place in a German subsidiary abroad, is not reflected on by the Advocate General.

The final question dealt by the Advocate General is – if the German legislation at issue is to be regarded as not compatible with EU law – whether the specific conception of the German employee participation system excluding employees employed in other Member States from that system might be justified by the objective of ensuring the participation of employees in the company. Such a justification might be in accordance with national social, economic and cultural particularities, points 101–112.

The Advocate General does not qualify the German employee participation system in terms of its being covered by Article 4.2 TEU. That article contains provisions on respecting the equality of Member States before the Treaties. However, the Advocate General finds that the German system 'constitutes an essential element of the German employment market and – more broadly – of the German social order', point 103.

In connection with his previous discussion on the meaning of lack of harmonisation at EU level in the area of the board-level employee participation

of national companies of the Member States, see points 65 f. and 82 f., the Advocate General finds the German legislation justified by the objective of ensuring employee participation within the company, in accordance with national social, economic and cultural particularities. With reference to CJEU case law, footnote 89, the Advocate General finds that differences between the Member States' systems of protection does not itself constitute incompatibility with EU law. Thus, the Advocate General finds that the German system is compatible with EU law.

However, not relying on the principle of territoriality, the Advocate General finds that employees employed outside Germany cannot be brought into the scope of the German employee participation system. In order to achieve that, the fundamental characteristics of that system must be modified, the Advocate General believes, because responsibility for the elections would have to be transferred from the employees and companies of the group to the management of the German parent company. What approach might be taken in the context of the relevant Member State's system of employee involvement is for that Member State to choose.

### Concluding comments

The Advocate General concludes that the German legislation concerned is very much compatible with EU law. This is not surprising, but instead in line with how the relationship between national legislation and EU law and the application of EU law are to be understood *de lege lata*, at least from one (Scandinavian) perspective outside Germany. Furthermore, and perhaps more important, an outcome from the CJEU in accordance with the opinion of Advocate General would make it possible to maintain and develop a democratic workplace which makes it possible to consider the interests of both capital investors (shareholders) and labour investors (workers), in the interest of a sustainable economy.

The mere fact of being employed in a company

controlled by a company in another Member State does not constitute a cross-border element. Applying Article 45 TFEU on employees in other Member States would involve significant extension of the scope of that article. Besides, that would be crossing the border between the field of interpreting the law and the field of legislation. The cross-border element of an employment relationship is not more present in this case than in the situation in which an employee is employed in a company controlled by a company in the same Member State.

That should be the position also for employees employed in Germany. However, the Advocate General finds that such employees are not excluded from the application of Article 45 TFEU. In this case a cross-border element exists, mainly because of the view that there is, according to the Advocate General, a possibility for an employee to be transferred between two companies in the group stated in different Member States. But is it more possible – or less hypothetical – that an employee employed in Germany might be transferred to another Member State, than that an employee employed in other Member State might be transferred to Germany? Should one take the same view when considering the right to take collective actions or redundancy provisions?

The opinion of the Advocate General is, nevertheless, quite an instructive explanation of the legal situation *de lege lata*. His briefing shows robustly that Germany can maintain its system of employee participation. However, given the long since internationalised nature of working lives perhaps it is time for the German trade unions to prepare themselves to allow employees from other states to represent the workers. The trade union principle of equal treatment of all employees, regardless of union membership, nationality, place of employment and so on should guarantee that the interests of all workers be taken into consideration.

One could perhaps conclude from the Advocate General's proposal that one should not necessarily howl with the wolves, but rather heed the principle 'when in Rome, do as the Romans do'.

Associate Professor Dr Bernard Johann Mulder,  
University of Oslo

## WEITERFÜHRENDE LINKS



Die Schlussanträge des Generalanwalts am Gerichtshof der Europäischen Union vom 4. Mai 2017 in der Rechtssache C-566/15 (Erzberger) sind abrufbar unter:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190334&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=323444>

(deutsch)

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190334&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=323444>

(englisch)

Die dazugehörige Pressemitteilung, mit der Überschrift „Nach Ansicht von Generalanwalt Saugmandsgaard Øe ist das deutsche Mitbestimmungsgesetz mit dem Unionsrecht vereinbar“, ist abrufbar unter:

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-05/cp170043de.pdf>

(deutsch; Stand: 31.5.2017)

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-05/cp170043en.pdf>

(englisch, Stand: 31.5.2017)

## ABSTRACT

Am 4. Mai 2017 hat der Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Union Saugmandsgaard Øe seine mit Spannung erwarteten Schlussanträge in der Rechtssache C-566/15 (Erzberger), auch als sog. TUI-Verfahren bekannt, vorgelegt. Die renommierten Rechtswissenschaftler Prof. Dr. Rüdiger Krause aus Göttingen und Prof. Dr. Bernard Johann Mulder aus Oslo nehmen zu den Anträgen Stellung. So zeigt Prof. Krause auf, dass der Generalanwalt mit seinen klaren und nüchternen Ausführungen die Debatte über einen vermeintlichen Verstoß des deutschen Mitbestimmungsrechts gegen europäisches Recht weiter in ein deutlich ruhigeres Fahrwasser gelenkt hat.

## IMPRESSUM

### Herausgeber

Hans-Böckler-Stiftung

Hans-Böckler-Straße 39, 40476 Düsseldorf

Telefon +49 211 7778-0, Telefax +49 211 7778-120

[zentrale@boeckler.de](mailto:zentrale@boeckler.de)

[www.boeckler.de](http://www.boeckler.de)

[www.mitbestimmung.de](http://www.mitbestimmung.de)

Redaktion und Kontakt:

Lasse Pütz, +49 211 7778-311, [lasse-puetz@boeckler.de](mailto:lasse-puetz@boeckler.de)

Sebastian Sick, +49 211 7778-257, [sebastian-sick@boeckler.de](mailto:sebastian-sick@boeckler.de)

ISSN 2364-0413

Nachdruck und sonstige Verbreitung –

auch auszugsweise –

nur mit Quellenangabe zulässig.