Klaus Barwig | Constanze Janda
Konstanze Jüngling (Hrsg.)

Für eine gerechtere Welt: Solidarität in und durch Europa

Gedenkschrift für Christoph Schumacher

Nomos

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – ein Hindernis für den Binnenmarkt?

Constanze Janda

Die Mitbestimmung bietet den Beschäftigten großer Kapitalgesellschaften die Möglichkeit, bedeutsamen Einfluss auf die Unternehmenspolitik und damit nicht zuletzt auf ihre Beschäftigungsaussichten und -bedingungen zu nehmen. Sie erweist sich folglich als Gegengewicht zu den Interessen von Unternehmensführung und Anteilseignern.[1] Nach §§ 1 I, 4 I DrittelbG müssen in Unternehmen – das Gesetz nennt die nach inländischem Gesellschaftsrechtsstatut gegründete AG, KGaA, GmbH, VVaG und e.G. – mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern 1/3 der Aufsichtsratssitze von Arbeitnehmern besetzt werden. In den als AG, KGaA, GmbH oder e.G. verfassten Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern ordnet §§ 1 I, 7 I MitbestG die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats an. Aufgabe des Aufsichtsrats ist die Überwachung der Geschäftsführung.[2]

Nachdem bereits in den 1970er Jahren eine Verfassungsbeschwerde gegen die Unternehmensmitbestimmung gescheitert war,[3] suchen deren Gegner nun nach Wegen, die Mitwirkung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten über das Europarecht einzuschränken oder gar aufzuheben. Der EuGH hatte sich 2017 aufgrund einer Vorlage des KG Berlin[4] in der Rechtssache Erzberger[5] mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Vorgaben des DrittelbG und des MitbestG zur Zusammensetzung der Aufsichtsräte mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar sind. Der Fall berührt die Grundfrage, ob und wie der Binnenmarkt mit sozialen Zielen in Einklang gebracht werden kann und zeigt damit deutlich, warum Christoph Schumacher sich auch diesem Thema gewidmet hat.

---

1 Die Mitbestimmung überbrückt „den klassischen Antagonismus zwischen Kapital und Arbeit", *Bayer*, NJW 2016, 1930, 1930.
2 vgl. § 111 AktG, auf den § 52 GmbHG auch für die GmbH verweist.
3 BVerfGE 50, 290.
4 KG Berlin, NZA-RR 2015, 661.
5 EuGH, 18.7.2017, Az. C-566/15 (Erzberger / TUI AG).

I. Die Rechtssache Erzberger / TUI

Der Kläger, ein Kleinaktionär, rügte die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der TUI AG. Dieser war entsprechend § 96 AktG paritätisch mit Vertretern der Anteilseignerinnen und Anteilseigner sowie der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer besetzt. Die genaue Zahl der Aufsichtsratsmitglieder richtet sich nach dem Grundkapital der Gesellschaft und der Zahl der Beschäftigten, § 95 AktG, § 7 MitbestG. Nach herrschender Auffassung werden bei der Ermittlung dieser Schwellenwerte lediglich die im Inland beschäftigten Personen mitgezählt. Auch das aktive und passive Wahlrecht steht nur den inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu. Der Kläger sah darin eine nach Art. 18 AEUV unzulässige mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, denn die in anderen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Unternehmens hätten typischerweise eine andere Staatsangehörigkeit als die deutsche. Überdies werde die Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 AEUV beeinträchtigt, würde doch ein Arbeitnehmer seinen Sitz im Aufsichtsrat verlieren, wenn er in eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat annehme. Insgesamt berge das deutsche Modell der Mitbestimmung die Gefahr, dass bei unternehmerischen Entscheidungen einseitig die Interessen der inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bevorzugt werden, selbst wenn diese sich auf die Beschäftigten des Konzerns im europäischen Ausland auswirken.[6]

1. Territorialität der Mitbestimmung

Weder der Wortlaut des AktG noch des MitbestG geben eine Antwort auf die Frage nach den Mitbestimmungsrechten der bei ausländischen Tochterunternehmen beschäftigten Personen. Die Regelungen nehmen allein Bezug auf „*Unternehmen* [Hervorhebung d. Verf.] mit in der Regel nicht mehr als … Beschäftigten".[7] Jedoch ist der Anwendungsbereich von DrittelbG und MitbestG auf bestimmte dem deutschen Gesellschaftsstatut unterliegende Gesellschaftsformen beschränkt. Ob die Arbeitnehmereigenschaft vorliegt, ist gemäß § 3 Abs. 1 DrittelbG bzw. § 3 Abs. 1 MitbestG un-

6 So auch *Rieble/Latzel*, EuZA 2015, 145, 146 und 149; *Habersack*, NZG 2017, 1021, 1022.

7 *Mense/Klie*, DStR 2015, 1508, 1508; *Heuschmid/Ulber*, NZG 2016, 102, 105; *Behme*, EuZA 2016, 411, 413 und 420.

ter Rückgriff auf § 5 Abs. 1 BetrVG zu ermitteln. Die Gesetzessystematik belegt damit, dass nur die im Inland beschäftigten Arbeitnehmer mitbestimmungsberechtigt sind.[8] Die Entstehungsgeschichte des MitbestG bestätigt diesen Befund. [9]

Zur Begründung wird oftmals auch auf das Territorialitätsprinzip verwiesen, nach dem die Hoheitsgewalt des Staates (und damit auch die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers) auf sich im Inland ereignende Umstände beschränkt sei.[10] Derart rigide formuliert, führt dies jedoch nicht weiter. Zweifelsohne steht es den Staaten zu, Regelungen an Sachverhalte anzuknüpfen, die sich außerhalb ihres Territoriums ereignen, soweit sie einen Inlandsbezug aufweisen.[11] Es ist folglich nicht von vornherein ausgeschlossen, den Beschäftigten einer ausländischen Tochter eines im Inland belegenen Unternehmens das aktive wie passive Wahlrecht zu den Mitbestimmungsgremien zu gewähren.[12] Was der deutsche Gesetzgeber jedoch nicht regeln kann, ist die Um- und Durchsetzung dieses Wahlrechts und seiner Folgen – etwa die Freistellung von der Arbeit zur Wahrnehmung von Mitbestimmungsaufgaben, den Kündigungsschutz oder das Benachteiligungsverbot für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.[13] Ungeklärt wäre überdies das Verhältnis zwischen divergierendem nationalem Recht des Sitzstaates der Konzernmutter und des Sitzstaats des Tochterunternehmens.[14]

---

8 *Ott/Goette*, NZG 2018, 281, 283 f.

9 BT-Drs. 7/4845, S. 4: Es habe Einigkeit bestanden, dass „die im Gesetzentwurf festgelegten Beteiligungsrechte nur den Arbeitnehmern der *in der Bundesrepublik* [Hervorhebung d. Verf.] belegenen Betriebe dieser Unternehmen zustehen".

10 Vgl. nur *Mense/Klie*, DStR 2015, 1508, 1509; *Forst*, jM 2018, 22, 23; *Ott/Goette*, NZG 2018, 281, 283.

11 *Winter/Marx/de Decker*, NZA 2015, 1111, 1112. Zur grenzüberschreitenden Geltung nationaler Standards gerade im Binnenmarkt vgl. *Krimphove*, ArbRAktuell 2018, 470, 471.

12 So auch *Behme*, EuZA 2016, 411, 414; *Habersack*, NZG 2017, 1021, 1022; *Krause*, JZ 2017, 1003, 1006.

13 *Winter/Marx/de Decker*, NZA 2015, 1111, 1112; *Heuschmid/Ulber*, NZG 2016, 102, 103 f.; *Forst*, jM 2018, 22, 23; a.A. *Kainer*, IWRZ 2016, 57, 59: Die Mitbestimmungsregeln zählten zu dem auch im Ausland zu beachtenden deutschen Gesellschaftsrechtsstatut.

14 *Krimphove*, ArbRAktuell 2018, 470, 471 f.; vgl. auch *Schanze*, AG 2017, 573, 577.

2. Binnenmarkt vs. Arbeitnehmerinteressen

Hinter dem juristischen Streit um die zutreffende Auslegung von DrittelbG und MitbestG verbirgt sich ein grundlegender Konflikt zwischen der Reichweite der unternehmerischen Freiheit wie auch des Einflusses der Anteilseigner und deren Einhegung durch die Interessen der Beschäftigten. Die der Klage vor dem EuGH verfolgte das Ziel, die Arbeitnehmervertreter aufgrund der Nichtanwendbarkeit der vermeintlich europarechtswidrigen Mitbestimmungsregelungen aus den Aufsichtsräten zu drängen.[15] Im Falle eines Obsiegens wäre jedoch auch die Einbeziehung sämtlicher – auch der in anderen Mitgliedstaaten tätigen – Arbeitnehmer des Unternehmens als Rechtsfolge denkbar gewesen. Dies hätte dazu geführt, dass manche Unternehmen wegen der Überschreitung der jeweiligen Schwellenwerte überhaupt erst mitbestimmungspflichtig würden, und andere aus der Drittel- in die paritätische Mitbestimmung wachsen.[16] Eine solche „Anpassung nach oben" setzte freilich voraus, dass sich die ausländischen Beschäftigten an den Aufsichtsratswahlen in Deutschland beteiligen können oder aber dass im Ausland ein solches („demokratisches und gleiches") Wahlverfahren etabliert würde.[17] Die Begrenzungen der Territorialität werden hier deutlich: der deutsche Gesetzgeber hätte eine solche Regelung kaum treffen können. Dem europäischen Gesetzgeber wiederum fehlte dafür die notwendige Rechtssetzungskompetenz im Gesellschaftsrecht und im kollektiven Arbeitsrecht[18] – ein unlösbares Dilemma.

Entsprechend groß waren die Befürchtungen im Vorfeld der Entscheidung, nicht zuletzt weil der EuGH bereits das Streikrecht in grenzüberschreitenden Konstellationen unter Berufung auf die Niederlassungs- [19] bzw. Dienstleistungsfreiheit[20] stark eingeschränkt und Tariftreueklauseln für die grenzüberschreitende Vergabe öffentlicher Aufträge[21] für binnenmarktwidrig gehalten hatte. Wesentlich bestimmt wurden diese Entschei-

---

15 So bereits *Rieble/Latzel*, EuZA 2011, 145, 166 f.; *Behme*, EuZA 2016, 411, 416; zweifelnd *Krause*, JZ 2017, 1003, 1003, dort Fn. 3 sowie *Kainer*, IWRZ 2016, 57, 61.

16 *Ott/Goette*, NZG 2018, 281, 282.

17 *Heuschmid/Ulber*, NZG 2016, 102, 104 f. Darauf stellt im Wesentlichen ab LG Frankfurt, NZG 2015, 683, 684.

18 vgl. Art. 153 Abs. 1 lit. f) AEUV, *Heuschmid/Ulber*, NZG 2016, 102, 104; *Klengel*, jurisPR-ArbR 20/2018, Anm. 2; *Forst*, jM 2018, 22, 23.

19 EuGH, 11.12.2007, C-438/05 (Viking).

20 EuGH, 18.12.2007, C-341/05 (Laval).

21 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 (Rüffert); 22.10.2013 – C-549/13 (Bundesdruckerei); 17.11.2015 – C-115/14 (RegioPost).

dungen durch die weite Interpretation des Verbots der Beschränkung der Grundfreiheiten; sie hatte gleichsam ein „Deregulierungsgebot" zur Folge.[22] Angesichts dessen wäre es nicht überraschend gewesen, hätte der Gerichtshof die Sichtweise, dass soziale Interessen aufgrund des Beeinträchtigungsverbots hinter den Grundfreiheiten des Binnenmarktes zurückzustehen hätten, auf die Mitbestimmungskonstellation übertragen, zumal sich auch die Kommission zunächst skeptisch gegenüber den deutschen Mitbestimmungsregeln geäußert hatte.[23]

3. Die Entscheidung des EuGH

Der EuGH kam jedoch zu dem Ergebnis, dass die Vorgaben des DrittelbG und des MitbestG mit Unionsrecht vereinbar sind. Der Gerichtshof sah aufgrund des vorrangigen besonderen Benachteiligungsverbots für Arbeitnehmer aus Art. 45 Abs. 2 AEUV von einer Prüfung des Art. 18 AEUV ab.[24] Der Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit sei jedoch nicht eröffnet, wenn Arbeitnehmer nie Gebrauch von ihrer Grundfreiheit gemacht haben bzw. machen wollen. Es fehle daher am erforderlichen grenzüberschreitenden Bezug.[25] Bei im Inland beschäftigten Arbeitnehmern liege dieser indes vor, wenn sie eine Beschäftigung bei einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft aufzunehmen wollen. Art. 45 AEUV verfolge das Ziel, unionsangehörigen Arbeitnehmern die Ausübung einer Berufstätigkeit in allen Mitgliedstaaten zu ermöglichen. Damit seien alle nationalen Maßnahmen unvereinbar die geeignet sind, die Ausübung der Grundfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Nicht geschützt sei jedoch die Erwartung, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat „in sozialer Hinsicht" neutral ist. Unterschiede im nationalen Recht könnten zwar im Einzelfall durchaus Nachteile mit sich bringen. Aus Art. 45 AEUV folge aber kein Recht, im Aufenthaltsstaat nach den Re-

---

22 *Klein/Leist*, ZESAR 2017, 468, 469; kritisch auch *Krause*, JZ 2017, 1003, 1004.

23 *Höpner*, *VerfBlog* 2017/7/25, https://verfassungsblog.de/angriff-auf-die-mitbestimmung-abgewehrt-aber-das-problem-bleibt-zum-erzberger-urteil-des-europaeischen-gerichtshofs/.

24 Kritisch *Kainer*, NJW 2017, 2603, 2605; *Sagan*, NZA-Beilage 2018, 47, 47.

25 EuGH, 18.7.2017, Az. C-566/15 (Erzberger/TUI), Rn. 28 f. a.A. *Rieble/Latzel*, EuZA 2015, 145, 158, die den grenzüberschreitenden Bezug darin sehen, dass die Parteien des Arbeitsvertrags in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig sind und das Arbeitsverhältnis daher zwar nicht tatsächlich, aber rechtlich grenzüberschreitend ausgeübt werde.

geln und Arbeitsbedingungen des Herkunftsstaats behandelt zu werden. Da die Union über keinerlei Kompetenz zur Harmonisierung des Mitbestimmungsrechts verfüge, seien Unterschiede hinzunehmen, solange die nationalrechtlichen Regelungen an objektiven Kriterien anknüpfen und nicht diskriminierend angewandt werden. Die Vorschriften des Gesellschaftsrechts wie auch des kollektiven Arbeitsrechts am Beschäftigungsort anzuknüpfen, sei legitim. Daher sei es hinzunehmen, wenn ein Vertretungsmandat im Aufsichtsrat mit dem Wegzug aus der Bundesrepublik ende.[26]

II. Mitbestimmung als Hindernis für den Binnenmarkt?

In seiner Rechtsprechung hat der EuGH seit der Dassonville-Entscheidung[27] nicht nur Diskriminierungs- sondern auch Beschränkungsgebote für die Grundfreiheiten entwickelt. Die Grundfreiheiten sind danach bereits dann verletzt, wenn ihre Ausübung durch eine nationalrechtliche Maßnahme weniger attraktiv gemacht wird, ohne dass dies durch ein im Gemeininteresse liegendes Ziel gerechtfertigt werden kann. Darauf, ob die betreffende Regelung in irgendeiner Form diskriminierend wirkt, kommt es nicht an. Eine Beeinträchtigung kann auch bei Regelungen vorliegen, die eigene und andere Staatsangehörige gleichermaßen betreffen. Im Unterschied zur positiven Integration, in der das Unionsrecht durch explizite Rechtssetzungsaufträge zur Europäisierung des Rechts beiträgt, bewirkt die sogenannte negative Integration auf diese Weise eine Angleichung infolge der Unanwendbarkeit nationalrechtlicher Regelungen, die die Wahrnehmung der Marktfreiheiten in nicht zu rechtfertigender Weise „weniger attraktiv" machen. Auch das Verfolgen sozialstaatlicher Ziele bedarf nach dieser Logik der Rechtfertigung vor dem unbeeinträchtigten Wirken des Binnenmarktes mit mobilem Kapital, Dienstleistungen und Arbeitskräften. Bedenklich wird dies immer dann, wenn der negativen Integration keine Kompetenzen gegenüberstehen, welche die Durchsetzung sozialer Mindeststandards auf europäischer Ebene ermöglichen, führt diese dann doch womöglich zu einer Anpassung nach unten, nämlich überall dort, wo Sozialstaats von der Mehrheit der Mitgliedstaaten als Hindernis für die Marktfreiheiten angesehen werden.[28] Damit würde der Weg für eine re-

26 EuGH, 18.7.2017, Az. C-566/15 (Erzberger/TUI), Rn. 40.
27 EuGH, 11.7.1974, C-8/74 (Dassonville).
28 *Klein/Leist*, ZESAR 2017, 468, 469.

striktive Würdigung nationalen Rechts geebnet. Dies trifft insbesondere auf Rechtsgebiete zu, die dem Schutz der Schwächeren zu dienen bestimmt sind, deren Interessen der Markt üblicherweise nicht hinreichend würdigt. Gerade das Arbeits- und Sozialrecht, aber auch das Verbraucherschutzrecht sind wesentlich von diesem Gedanken getragen und schränken zur Verfolgung dieses Ziels typischerweise die Freiheiten der Stärkeren ein.[29]

Selbst wenn man die Mitbestimmungsrechte als „sonstige Arbeitsbedingungen" i.S.v. Art. 45 Abs. 2 AEUV qualifiziert, geht ihr Verlust bei einem Wechsel des Arbeitsortes nicht mit einer Beeinträchtigung der europaweiten Mobilität der Beschäftigten einher.[30] Die Gleichbehandlung bezüglich der Beschäftigungsbedingungen bezieht sich nämlich allein auf das am Beschäftigungsort geltende Arbeitsrecht und wirkt gerade nicht transnational.[31] Dies spiegelt auch der die Freizügigkeit der Arbeitnehmer konkretisierende Art. 8 Abs. 1 S. 3 VO (EU) 492/2011 wider: Danach haben Arbeitnehmer, die in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt sind, Zugang zur betrieblichen Mitbestimmung im Beschäftigungsstaat. Aus der auf die Mitwirkung in den Betriebsräten zugeschnittenen Regelung wird deutlich, dass Arbeitnehmer nicht das Gesellschafts- oder Arbeitsrechtsstatut ihrer Herkunftsstaaten mitnehmen, sondern in dem des Aufenthaltsstaates gleich behandelt werden müssen.[32]

Den Kern der Rechtssache Erzberger / TUI bildet denn auch weniger die Unmöglichkeit der Mitnahme des Aufsichtsratsmandats im Falle eines grenzüberschreitenden Arbeitsplatzwechsels, sondern die Festlegung der Anknüpfungsregeln im Gesellschafts-, respektive im kollektiven Arbeitsrecht.[33] Da beide Rechtsgebiete der Harmonisierung nicht zugänglich sind, dürfen die Mitgliedstaaten die Reichweite ihres nationalen Rechts insofern selbst bestimmen. Die lex loci laboris bildet insofern eine klassische Anknüpfungsregel; für das Individualarbeitsrecht ist sie in Art. 8 Abs. 2 Rom-I-VO ausdrücklich getroffen. Es kann daher nicht illegitim sein, Mitbestimmungsrechte an die Inlandsbeschäftigung anzuknüpfen. Denn anderenfalls hätte das Art. 45 AEUV immanente Beschränkungsverbot eine Vollharmonisierung zur Folge, die jedwede Unterschiede zwischen Her-

29 *Klein/Leist*, ZESAR 2017, 468, 476.
30 So aber *Rieble/Latzel*, EuZA 2015, 145, 156; *Habersack*, NZG 2017, 1021, 1022.
31 *Krause*, JZ 2017, 1003, 1004.
32 *Mense/Klie*, DStR 2015, 1508, 1512; *Heuschmid/Ulber*, NZG 2016, 102, 103; *Kainer*, IWRZ 2016, 57, 60.
33 *Kainer*, NJW 2017, 2603, 2605.

kunfts- und Zielstaaten aufhebt.[34] Art. 45 AEUV gebietet gerade nicht die Einbeziehung aller europäischen Beschäftigten in die Mitbestimmung, sondern verbietet lediglich eine nationalrechtliche Ausgestaltung, welche die Freizügigkeit beeinträchtigt und Angehörige anderer Mitgliedstaaten diskriminiert.[35] Eine Beeinträchtigung setzt aber voraus, dass gerade die spezifische Situation derer, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben oder dies beabsichtigen, einen Nachteil begründet, der jenen, die davon keinen Gebrauch machen, nicht zuteilwird. Dass Kollisionsnormen bestimmte im Herkunftsstaat bestehende Rechte ausschließen, indem sie die Anwendbarkeit einer anderen Rechtsordnung anordnen, ist ihnen immanent und daher hinzunehmen,[36] auch und gerade in Rechtsgebieten, in denen das Europarecht keine zweiseitig verbindlichen Kollisionsnormen festlegt.

III. Ausblick

Auch wenn die besondere Bedeutung der Mitbestimmung nach deutschem Modell, welche europaweit ihresgleichen sucht, immer wieder betont wird,[37] hat die Zahl der mitbestimmten Unternehmen in den letzten Jahren abgenommen.[38] Europaweit agierenden Unternehmen steht die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft SE offen, mit der sie im Verhandlungswege auch die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Arbeitnehmer in die Mitbestimmung einbeziehen können.[39] Die Klage über die „deutschtümelnde Mitbestimmungsunwucht"[40] verfängt daher nicht.

In der Literatur wird trotz der klaren Entscheidung des EuGH weiterhin eine Reform der Mitbestimmungsregeln gefordert, brächten die bisherigen Regelungen doch ein Legitimationsdefizit der ausländischen Beschäftigten

---

34 *Mense/Klie*, DStR 2015, 1508, 1512; *Heuschmid/Ulber*, NZG 2016, 102, 103.

35 *Behme*, EuZA 2016, 411, 415.

36 So auch *Klein/Leist*, ZESAR 2017, 468, 476; *Schanze*, AG 2017, 573, 577; *Krause*, JZ 2017, 1003, 1005.

37 Die Bewertung, welcher Mitgliedstaat die höchsten Standards aufweist, ist freilich schwierig. Beispielsweise werden in anderen Mitgliedstaaten mitbestimmungs -und betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkung der Arbeitnehmer miteinander verbunden; für einen kursorischen Überblick vgl. *Krimphove*, ArbRAktuell 2018, 470, 470.

38 Ausführlich *Bayer*, NJW 2016, 1930, 1931 f.

39 Die Wahl dieser Rechtsform wird daher explizit empfohlen, vgl. *Monz/Wendler*, BB 2017, 1785, 1787.

40 *Rieble/Latzel*, EuZA 2015, 145, 170.

im Unternehmen mit sich.[41] Die Berücksichtigung der im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer für die Ermittlung der Schwellenwerte nach DrittelbG oder MitbestG wäre mangels extraterritorialer Wirkungen ohne Weiteres zulässig;[42] sie würde das Erreichen des Schwellenwertes erleichtern[43] und damit den Einfluss der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten einiger Gesellschaften vergrößern. Bleiben sie unberücksichtigt, wirkt sich dies auf die Mitbestimmungsmöglichkeiten der in- wie ausländischen Beschäftigten gleichermaßen aus. Werden sie dagegen berücksichtigt, brächte dies für die im EU-Ausland Beschäftigten keinerlei Vorteile mit sich, wenn diese weder über ein aktives noch passives Wahlrecht zu den betreffenden Gremien verfügten.[44] Zum Handeln gezwungen ist der deutsche Gesetzgeber nach dem Urteil in der Rechtssache Erzberger / TUI jedoch vorerst nicht. Jedoch hat der EuGH tatsächlich keine Entscheidung zur Unionsrechtskonformität der Mitbestimmung als solcher getroffen, sondern sich lediglich mit deren grenzüberschreitenden Implikationen, und dies auch lediglich aus Sicht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auseinandergesetzt.[45] Es ist nicht auszuschließen, dass in Zukunft andere Grundfreiheiten des Binnenmarktes oder das Wettbewerbsrecht als Hebel gegen die Mitbestimmung angesetzt werden. Diskutiert wird beispielsweise, ob das deutsche Modell der Mitbestimmung – aufgrund einer ihr zugeschriebenen protektionistischen Wirkung für die inländischen Unternehmensstandorte – eine unzulässige staatliche Beihilfe nach Art. 107 AEUV darstelle.[46] Ferner wird die Vereinbarkeit mit der Freiheit des Kapitalverkehrs aus Art. 63 AEUV in Frage gestellt.[47] Dies mag verfangen, sofern eine Beeinflussung der Unternehmenspolitik durch die Arbeitnehmervertreter als Investitionshindernis wahrgenommen wird, und das Primärrecht verbietet expressis verbis jedwede Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen den

---

41 Vgl. *Bayer*, NJW 2016, 1930, 1934 f. mit einem Überblick über die überaus diversen Reformvorschläge.

42 *Winter/Marx/de Decker*, NZA 2015, 1111, 1112.

43 *Ott/Goette*, NZG 2018, 281, 286.

44 *Winter/Marx/de Decker*, NZA 2015, 1111, 1114; *Ott/Goette*, NZG 2018, 281, 285; *Schilha*, EWiR 2017, 489, 490; vgl. auch LG Frankfurt, NZG 2015, 683, 684; OLG Zweibrücken, NZG 2014, 740, 740; so im Umkehrschluss auch OLG Frankfurt, NZG 2016, 1186, 1187: „Ohne ein passives Wahlrecht begegnet die nach den bestehenden Regeln praktizierte Zählweise keinen unionsrechtlichen Bedenken".

45 *Krimphove*, ArbRAktuell 2018, 470, 470.

46 *Rieble/Latzel*, EuZA 2015, 145, 153 f.

47 *Wienbracke*, NZA 2017, 1036, 1039; *Höpner*, *VerfBlog* 2017/7/25, https://verfassungsblog.de/angriff-auf-die-mitbestimmung-abgewehrt-aber-das-problem-bleibt-zum-erzberger-urteil-des-europaeischen-gerichtshofs/.

Mitgliedstaaten. Freilich ließe sich auch hier argumentieren, dass Investitionen in anderen Mitgliedstaaten niemals nach den identischen Regeln zu behandeln wären wie solche im Herkunftsland. Ein der Arbeitnehmerfreizügigkeit vergleichbares Diskriminierungsverbot für „fremdes Kapital" ist in Art. 63 AEUV nicht vorgesehen.[48]

Wie sich der EuGH dazu positionieren wird, ist keineswegs sicher. Das Thema verdient daher dringend weitere Aufmerksamkeit – auch und weil es in einem dem Gedanken des Sozialschutzes offenbar fernen Rechtsgebiet zuzuordnen ist.

48 Vgl. *Krause*, JZ 2017, 1003, 1004: anderenfalls würde „aus der Mobilität des Produktionsfaktors Kapital auf die Anwendbarkeit einer Vorschrift geschlossen werden, deren Zweck... in der Mobilität des Produktionsfaktors Arbeit liegt".

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5788-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9876-4 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.