



**Tagung zur sozialen Dimension Europas**  
Europäische arbeitsrechtliche Entwicklungen,  
Arbeitnehmerentsendung  
und Arbeitnehmerüberlassung  
25. / 26. Januar 2013

# Inhalt

Ingrid Heinlein Einführung	3
Guntram Schneider Faire Mobilität ohne Sozialdumping	7
Angelica Schwall-Düren Die europäische Union als sozialer Rechtsraum	10
Gemeinsame Erklärung: Ergebnisse und Handlungsbedarf	14
Dagmar Schiek A Constitution of Social Governance – zur Überbrückung der Kluft zwischen der „Wirtschaftsverfassung“ der EU und ihren sozialen Werten	16
Antonio Baylos & Francisco Trillo „Europa in der Krise“ Die soziale Dimension der Europäischen Union und der gegenwärtige Zustand des Arbeitsrechts in den Mitgliedstaaten: Der Fall Spanien	22
Lukas Pisarczyk Flexibilisierung des polnischen Arbeitsrechts in Zeiten der europäischen Krise	33
Wolfgang Däubler Soziale Mindeststandards im Primärrecht der EU	37
Zusammenfassung der Diskussion I: Arbeitsrechtliche Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene	43
Marta Böning Warum entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen den Weg zu den Gerichten nicht finden	45
Catherine Taillandier & Yves Garcin Welches sind die kollektiven Verteidigungsmittel der Arbeitnehmer in Frankreich?	48
Christian Wolf Gewinnabschöpfungs- und Unterlassungsklage als Vorbild für einen neuen kollektiven Rechtsschutz im Arbeitsrecht	53
Helga Nielebock Effektiver Rechtsschutz für grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer durch Beteiligung von Gewerkschaften an Gerichtsverfahren? - Art. 11 des Vorschlags der EU-Kommission zur Durchsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie	58
Jan Cremers Strategien zur Umgehung von Mindestlöhnen und des equal-pay-Prinzips bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung Teil I: Impulsreferat Teil II: Entsendung und Arbeitsbedingungen in der Praxis	61 64
Marta Böning Besondere Probleme im Bereich der häuslichen Pflege	71

## Soziale Mindeststandards im Primärrecht der EU

Vielen Dank!

Durch den Lissabon-Vertrag haben sich im Bereich der Sozialstandards gravierende Änderungen ergeben. In den Jahrzehnten zuvor hatte es im Grunde nur Kompetenznormen gegeben, von denen ein spezifischer, nämlich ein sozialpolitischer Gebrauch gemacht wurde. Dabei dominierten Vorgehensweisen von beschränkter Reichweite. Zum einen wurden Gleichheitsrechte konkretisiert und ein Antidiskriminierungsrecht geschaffen, das in einer Reihe von Punkten über das US-Vorbild hinausgeht. Auch die Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer gehört unbestritten zum *acquis communautaire*. Vorschriften dieser Art haben den „Vorzug“, nichts über das absolute Schutzniveau auszusagen. Lohngleichheit und Verbot der Rassendiskriminierung kann man gleichermaßen auf dem litauischen wie auf dem luxemburgischen Niveau praktizieren. Zum zweiten hat man Verfahrensrechte geschaffen, insbesondere Regeln über Information und Konsultation der Arbeitnehmervertretungen. Das gilt etwa für die Massenentlassungsrichtlinie oder auch für die Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz sowie für die Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat. Selbst die Nachweisrichtlinie sagt im Prinzip nichts über den Inhalt von Arbeitsverträgen, sondern nur darüber etwas aus, welche Gegenstände in einem Arbeitsvertrag angesprochen werden müssen. Es gab nur wenige Ausnahmen; eine davon ist die Wahrung der erworbenen Rechte beim Übergang von Betrieben, eine zweite sind die vier Wochen bezahlten Jahresurlaubs, die in der Arbeitszeitrichtlinie garantiert sind.

Der Vertrag von Lissabon hat nun weniger die Kompetenzen verändert als erstmals inhaltliche Vorgaben geschaffen. Dies geschah einmal durch die Grundrechte-Charta, die zum Bestandteil des verbindlichen Primärrechts erklärt wurde. Daneben stehen die so genannten Querschnittsklauseln, wobei Artikel 9 des AEU-Vertrags den sozialen Schutz zum Gegenstand hat. Weiter gibt es über die traditionelle Garantie der Lohngleichheit von Mann und Frau hinaus (die jetzt in Art. 157 des AEU-Vertrages verankert ist) eine Reihe von Einzelbestimmungen, die man in den beiden Verträgen, dem EU-Vertrag und dem AEU-Vertrag, finden kann. Als Beispiel mag der Datenschutz stehen, der in Artikel 39 des EU-Vertrages garantiert ist, fast gleichlautend aber auch in Artikel 18 des AEU-Vertrags und in Art. 8 der Grundrechte-Charta. Ob ihm diese Vielfalt nach dem Alltagsmotto „Dreifach genäht hält besser“ wirklich gut tut, ist eine ganz andere Frage.

Eine weitere, selten beachtete Erscheinungsform des Primärrechts sind die völkerrechtlichen Verträge, die von der EU ratifiziert wurden. Dazu gehört zum Beispiel die UN-Behindertenrechtskonvention. Sie spricht – für ein UN-Dokument recht ungewöhnlich – eine relativ präzise Sprache und kann deshalb praktische Bedeutung gewinnen. Die Union ist an diese Konvention kraft Ratifikation gebunden, es liegt nicht nur ein allgemeiner Rechtsgrundsatz vor, der durch die Ratifikation seitens aller Mitgliedstaaten entstehen könnte.

Schließlich dürfen wir nicht die weit über den sozialpolitischen Bereich hinausreichenden Grundwerte vergessen, die in den Verträgen ihren Niederschlag gefunden haben. Weil sie gewissermaßen die Sonntagsexistenz der EU zum Ausdruck bringen, darf ich Art. 2 EU-Vertrag hier ausdrücklich im Wortlaut zitieren. „Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedsstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.“ Wenn das alles verwirklicht wäre, würden wir uns in unmittelbarer Nähe des Paradieses befinden.

In Konkretisierung dieser Vorgabe gibt es unter der Überschrift „Solidarität“ einen eigenen Abschnitt in der Grundrechte-Charta. Dazu gehört etwa das Recht der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Konsultation, bevor im Unternehmen wichtige arbeitnehmerbezogene Entscheidungen getroffen werden, dazu gehören nach Art. 28 das Recht auf Kollektivverhandlungen sowie das Recht der Arbeitnehmer, bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen einschließlich Streiks ergreifen zu können. Hier ist – wenn ich recht sehe – zum ersten Mal im EU-Recht das Wort „Streik“ ausdrücklich erwähnt. Das ist eine Art Grenzüberschreitung, schon fast ein Tabubruch, denn bislang hatte die Arbeitnehmerseite als Form der Interessenvertretung bestenfalls die „Konsultation“ zu erwarten. Dann gibt es weiter einen Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung und ein Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen in Artikel 31. Dass ein so positiv stimmendes Instrument auch die Kinderarbeit verbietet, die Familie schützt und den Zugang zu den Systemen sozialer Sicherheit garantiert, versteht sich im Grunde von selbst.

Es ist ein bekanntes Charakteristikum von Menschenrechtsgarantien, oft so allgemein formuliert zu sein, dass sie nur bei viel gutem Willen auf die konkrete Anwendungsebene herab gebrochen werden können. Man denke etwa an Artikel 9 EU-Vertrag, der den Gleichheitsgrundsatz betrifft. Wörtlich heißt es dort: „Die Union achtet in ihrem gesamten Handeln den Grundsatz der Gleichheit ihrer Bürgerinnen und Bürger, denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zuteilwird.“ Das ist irgendwie eine erfreuliche Formulierung, die bei mir allerdings bisweilen etwas aus dem Rahmen fallende Assoziationen weckt. Ich stelle mir einen Sozialhilfeempfänger nach deutschem, griechischem oder französischem Recht vor, der zur Vertretung der Union in seinem Land geht und dort die „gleiche Aufmerksamkeit“ für seine Probleme wie zum Beispiel ein Investor einfordert. Derlei soziale Fantasie ist normalerweise nicht gefragt; die Dinge wörtlich zu nehmen, war seit jeher die Aufgabe von Narren (was ja nicht ausschließt, dass sie genau wie Kinder die Wahrheit sagen). Auch dem Normalbürger könnte freilich deutlich werden, dass es sich primär um schöne Worte, nicht aber um einklagbare Ansprüche handelt.

Neben dem Problem der Abstraktheit der Garantien gibt es die ausdrücklichen Ausnahmen und Durchbrechungen. Sie finden sich traditionellerweise im zweiten Absatz des fraglichen Artikels; dies ist jedenfalls die Regelungstechnik des deutschen Grundgesetzes und vieler anderer Verfassungen. Die Grundrechte-Charta geht einen abweichenden Weg. Ihr Artikel 52 Abs. 1 enthält eine Globalermächtigung, die alle Grundrechte unter Gesetzesvorbehalt stellt, doch darf ihr Wesensgehalt nicht angetastet werden. Letzteres ist aus dem deutschen Recht bekannt, doch kenne ich keinen Fall aus der Rechtsprechung, in dem selbst bei weitreichenden Eingriffen der Wesensgehalt als „angetastet“ betrachtet worden wäre. Höhere praktische Bedeutung hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der auch im Gemeinschaftsrecht auf eine gewisse Tradition zurückblicken kann.

Die Grundrechte-Charta hat einen eingeschränkten Anwendungsbereich. Sie gilt nicht anders als die „Querschnittsbestimmungen“ nur für Organe der Union und für die Mitgliedstaaten, soweit diese Unionsrecht ausführen. Was bedeutet das in der Praxis? Nehmen wir als konkretes Beispiel die Umsetzung der Massenentlassungsrichtlinie. Durch sie ist ersichtlich das Verfahren der Information und Konsultation EG/EU-rechtlich determiniert. Heißt dies, dass bei Massenentlassungen nunmehr auch eine Berufung auf Artikel 30 der Grundrechte-Charta möglich ist, der einen angemessenen Kündigungsschutz garantiert? Oder ist das EU-Recht auf den ausdrücklich geregelten Aspekt „Verfahren bei Massenentlassungen“ beschränkt? Ich vermute mal, die Rechtsprechung wird die zuletzt genannte Alternative wählen und die des Art. 30 der Charta außen vor lassen, aber ganz sicher ist das nicht; die Frage wäre zu diskutieren. Vielleicht könnte man auch daran denken, dass Personen, die sich auf einer Namensliste befinden und die deshalb nach jedem Strohalm greifen, Art. 30 der Charta für sich ins Feld führen; schließlich sind sie ja bei einem bestimmten, auf Massenentlassungen bezogenen Verfahren unter die Räder gekommen.

Interesse verdienen weiter die Diskriminierungsverbote, die in Art. 21 der Charta enthalten sind und die über den alten Art. 12 EG und das deutsche AGG erheblich hinausgehen. Bislang hat man wenig davon gehört, dass niemand mehr diskriminiert werden darf wegen seiner sozialen Herkunft, seiner genetischen Merkmale, seiner Sprache und seiner politischen und sonstigen Anschauungen. Nach

Vermögen, Geburt und Staatsangehörigkeit darf gleichfalls nicht differenziert werden. Auch diese Verbote spielen nur beim Verhalten der Unionsorgane und bei der Umsetzung des Unionsrechts eine Rolle, doch könnte man durchaus die Frage stellen, ob EU-finanzierte Projekte im kulturellen, wissenschaftlichen und entwicklungspolitischen Bereich immer diesen Vorgaben gerecht werden. Müsste nicht bisweilen eine weniger stromlinienförmige Wissenschaft gefördert werden, dürfen doch politische und sonstige Anschauungen keine Rolle spielen? Und darf man Ortskräften eine bescheidenere Vergütung als entsandten Arbeitnehmern gewähren, ohne gegen das Verbot der Benachteiligung wegen der Staatsangehörigkeit zu verstoßen?

Das Problem der sozialen Garantien im primären Gemeinschaftsrecht besteht jedoch nicht allein darin, aus abstrakten Bekundungen konkrete Ansprüche und Handlungsorientierungen abzuleiten und Grenzen nur dort zu ziehen, wo sie unbedingt erforderlich sind. Weiter geht es auch nicht nur um den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Vielmehr gibt es zusätzlich so etwas wie einen ungeschriebenen Generalvorbehalt. Dagmar Schiek hat darüber ja schon gesprochen. Das heutige EU-Recht garantiert, wie seine Vorgänger, die so genannten wirtschaftlichen Grundfreiheiten: Freier Warenverkehr, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Diese Rechte waren ursprünglich reine Diskriminierungsverbote. Ein Anbieter aus Frankreich durfte rechtlich nicht schlechter als ein Anbieter aus Deutschland behandelt werden. Da hatte niemand etwas dagegen, da konnte auch niemand etwas dagegen haben. Im Laufe einer längeren Entwicklung machte die Rechtsprechung des EuGH daraus jedoch so genannte Beschränkungsverbote. Nicht nur die Schlechterstellung wegen der Herkunft aus einem anderen Mitgliedsstaat ist nunmehr verboten; jede Beschränkung der freien grenzüberschreitenden Betätigung auf dem Markt bedarf deshalb der Rechtfertigung, auch wenn sie gleichermaßen für Fremde wie für Einheimische gilt.

Dieses neue Prinzip ist beispielsweise bei der Überprüfung des Verbots zur Sonntagsarbeit in Großbritannien durch den EuGH deutlich geworden. Der Gerichtshof hat lange Ausführungen zu der Frage gemacht, was den Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen kann. In der Tat kann man diese als betroffen ansehen, denn am Sonntag können die meisten Waren nicht mehr frei zirkulieren, oder in Alltagssprache übersetzt: das Streben nach Profit muss Pause machen. Dafür bedurfte es einer Rechtfertigung im Vertrag, die auch gefunden wurde. Hätte es sich bei der Warenverkehrsfreiheit um ein bloßes Diskriminierungsverbot gehandelt, wäre das ganze Problem mit einem Satz zu erledigen gewesen, da Engländer und Nichtengländer in gleicher Weise betroffen waren. Natürlich ist immer auch der Fall denkbar, dass es keinen grenzüberschreitenden Bezug gibt, doch er wird immer seltener und er ändert auch nichts an der Grundsatzfrage. Das Beschränkungsverbot läuft inhaltlich auf eine umfassende Garantie der unternehmerischen Freiheit hinaus, sofern irgendein aktueller oder potentieller grenzüberschreitender Bezug vorhanden ist. Ohne dass die wirkliche Tragweite diskutiert worden wäre, hat man gewissermaßen unter der Decke ein umfassend geschütztes Unternehmergrundrecht geschaffen, das nur unter besonderen Umständen beschränkt werden kann. Ob man davon jemals wieder loskommt, ist eine schwierige, heute nicht zu beantwortende Frage.

In den Fällen „Viking“ und „Laval“ hat der EuGH diese unternehmerische Betätigungsfreiheit mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattet, ihr also – wie man anderwärts sagt – Horizontalwirkung beigemessen. Konkret heißt das, dass sich ein Unternehmer oder ein Unternehmerverband den Arbeitnehmern und den Gewerkschaften gegenüber auf diese Grundfreiheit berufen kann. Diese sind dann darauf beschränkt, sich auf einen Rechtfertigungsgrund zu berufen. Sie können einzelne sozialpolitische Ziele verfolgen, die gegebenenfalls vom Gerichtshof als zulässige Beschränkung anerkannt werden. Im Fall „Viking“ hat der EuGH nicht etwa das Streikrecht gegen die Niederlassungsfreiheit abgewogen. Vielmehr ging es um das Gewicht des mit dem angekündigten Streik verfolgten Zieles, das gegen die Niederlassungsfreiheit abzuwägen war. Für „gute“ Ziele wie zum Beispiel die Verteidigung der eigenen Arbeitsplätze darf man gegebenenfalls streiken, für weniger „gute“ Ziele darf man es nicht. Was nun gute oder was nun weniger gute Ziele sind, das entscheidet letztlich der EuGH. Ob z. B. auch Solidaritätsaktionen „gute“ Aktionen sind, erscheint eher zweifelhaft. Übertragen auf den innerstaatlichen Bereich würde dies bedeuten, dass man nur um 3 % Lohnerhöhung Tarifverhandlungen führen und ggf. streiken darf; 5 % könnten den in der Streikdrohung und im Streik liegenden Eingriff in die unternehmerische Freiheit nicht mehr rechtfertigen. Wollte das BAG ernsthaft eine solche (verfassungswidrige)

Rechtsprechungsentwickeln, würde vermutlich sogar die Arbeitgeberseite heftigen Protest anmelden: Auch sie will keine gerichtliche Zwangsschlichtung.

In dieser Rechtsprechung zu den sog. ökonomischen Grundfreiheiten spiegelt sich eine politische Entwicklung wider, die mehr Markt und mehr Liberalismus will. Sie lässt sich in gleicher Weise im Vergaberecht, insbesondere in der Rüffert-Entscheidung wiederfinden. Die Wissenschaft vom Europarecht hat diesen Entwicklungen bislang im Grunde völlig untätig zugeschaut. Es hat sich keine kritische Stimme erhoben gegen die Umdefinition von Diskriminierungsverboten in Beschränkungsverbote, weil es keine kritische Wissenschaft zum Europarecht gab. Es gab natürlich sozialpolitisch engagierte Leute, aber ihre Argumente bewegten sich im herrschenden Rahmen. Anders als im Zivilrecht und im nationalen Arbeitsrecht gab es praktisch niemanden, der mit kritischen Augen an diese europäischen Entwicklungen herangegangen wäre. Vielmehr gab es so etwas wie einen umfassenden Konsens „Das europäische Projekt ist gut“. Man kann vielleicht an Einzelheiten das eine oder andere kritisieren und da und dort Verbesserungsvorschläge machen, aber immer nur in der Perspektive des „besseren“, die wirtschaftlichen Grundfreiheiten voraussetzenden Europas. Das schuf faktische Denkverbote, die erst durch Viking und Laval durchbrochen wurden, weil es in diesen Fällen allzu evident wurde, wohin die Reise gehen sollte. Jetzt gibt es in der Tat, wie Dagmar Schiek gesagt hat, auch Kritiker, die sagen: Mehr Europa muss nicht immer das Richtige sein. Es sei wünschenswert und notwendig, den bisherigen Zustand beizubehalten, das heißt den Mitgliedstaaten das Recht zu belassen, über ihre Sozialpolitik selbst zu entscheiden, also darüber zu befinden, wie man am besten auf Marktentwicklungen reagiert. Man kann selbstredend ein Stück weitergehen und auch in wirtschaftlicher Hinsicht mehr Eigenständigkeit verlangen; auch dies ist eine vertretbare Position geworden.

Die Frage stellt sich, ob und wie man in diesem Bereich etwas durchsetzen kann. Die Viking- und Laval-Rechtsprechung und das Rüffert-Urteil haben viele auch deshalb so schockiert, weil eine Änderung im Grunde nur dadurch möglich ist, dass sich der EuGH eines Besseren besinnt. Theoretisch kann man die Verträge ändern, aber das setzt Einstimmigkeit voraus. Bei der großen Zahl der Mitgliedstaaten und bei einem so brisanten Thema wie der Sozialpolitik ist dies faktisch nicht erreichbar; realistischer Weise kann man nicht damit rechnen, dass die Grundfreiheiten beispielsweise wieder auf Diskriminierungsverbote reduziert werden oder ein allgemeiner Sozialvorbehalt in den Vertrag aufgenommen wird. Also wird man nur hoffen können, dass sich die Richter in Luxemburg eines nicht allzu fernen Tages von ihrer bisherigen Rechtsprechung distanzieren. Das halte ich für recht unwahrscheinlich, genauer: Ich glaube nicht daran. Das hängt auch ein wenig damit zusammen, dass die politische Ausrichtung der nationalstaatlichen Regierungen letztlich dafür maßgebend ist, wer als Richter nach Luxemburg kommt. Insoweit gibt es deutsche und ausländische Erfahrungen, wonach ein bestimmtes politisches Vorverständnis eines Richters über die Chancen der Wahl und Wiederwahl ganz wesentlich mitentscheidet. Diese Rahmenbedingungen müssten sich schon ganz gravierend ändern, bevor im EuGH eine andere Denkweise vorherrschen würde.

Zunächst müssen wir uns realistischerweise mit der Situation abfinden, dass sozialpolitische Ziele auf europäischer Ebene eine durchaus prekäre Existenz besitzen. Wie wenig wir trotz aller schönen Bekundungen, die ich hier zum Teil wörtlich vorgetragen habe, sozialpolitisch von der EU erwarten können, wird an den Entwicklungen in Südeuropa deutlich. Zur Troika, die die Griechen, Spanier, Portugiesen und andere nicht nur zum Sparen, sondern auch zum Abbau von Sozialstandards zwingt, gehört auch ein Vertreter der EU-Kommission und ein Vertreter der Europäischen Zentralbank. Die EU-Vertreter sind somit ersichtlich in der Mehrheit. Dies wirft die Frage auf, ob die EU-Organe nicht auch in dieser Funktion an die Grundrechte-Charta gebunden sind. Ich sehe insoweit keine grundsätzlichen Bedenken, zumal es um die Lösung von Problemen geht, die durch die (Währungs-)Union entstanden sind.

Das genaue Ausmaß des Sozialabbaues im Süden ist hier wenig bekannt. In Bezug auf Spanien sind schon Beispiele genannt worden. Ich will kurz auf die griechische Situation eingehen. Vor einiger Zeit haben griechische Rentner das Athener Gesundheitsministerium gestürmt, weil sie ihre Medikamente nunmehr selbst bezahlen müssen, und das auf der Grundlage eines um 30% abgesenkten Rentenniveaus. Die Grundrechte-Charta garantiert doch die Menschenwürde, und diese ist tangiert, wenn ein Mitbürger ein notwendiges Schmerzmittel nicht mehr kaufen kann.

Und die Charta garantiert weiter in ihrem Artikel 35 den Zugang zur ärztlichen Versorgung. Darf er verweigert werden, weil jemand nicht genügend Geld hat? Vermutlich war keiner der Demonstranten so informiert (oder so naiv), sich auf diese Vorschriften zu berufen. Aber eigentlich hätte man erkennen müssen, dass die EU-Grundrechte-Charta auch in diesem Kontext verbindlich ist. Griechenland ist ein Mitgliedsstaat der EU und die Leute, die die Maßnahmen dort nicht „angeordnet“, sondern mit zwingender Wirkung „empfohlen“ haben, sind nun einmal Funktionsträger der EU und handeln in amtlicher Eigenschaft. Das ist also, die Schlussfolgerung sei erlaubt, die soziale Realität der EU.

Ich habe Ihnen bewusst zunächst die schönen Proklamationen dargelegt, damit der Gegensatz einigermaßen deutlich wird. Allerdings besteht zwischen Recht und Realität schon immer ein Widerspruch. Das weiß man als Jurist, und man ist sich bewusst, dass nicht alles eins zu eins umgesetzt werden kann. Nur wenn von den Garantien für viele gar nichts mehr übrig bleibt, sollte das Ende von europafreundlicher Nachsicht erreicht sein. Die sozialen Grundrechte werden dann zu schlichten Ideologien, zu Verheißungen, die den blauen Europahimmel schöner machen sollen, aber so gut wie nichts bewirken. Mich erinnert das spontan an das Bekenntnis, das man in DDR-Dokumenten finden konnte: alle schöpferischen Fähigkeiten der Menschen sollten sich entfalten, und gleichzeitig fand dieses beifallswerte Prinzip ein schnelles Ende an den zahlreichen Verboten, die an jeder Straßenecke vorzufinden waren. Das ist ein ähnlich weitgehender Gegensatz wie heute in der EU. Eine Differenz besteht nur insoweit, als die Betroffenheit in der EU eine sehr unterschiedliche ist; nicht für alle sind die Mängel der Realität unmittelbar spürbar.

Von ihrer praktischen Wirkung her sind die sozialen Mindeststandards im Unionsrecht politische Deklarationen. Man kann ihre Verwirklichung einfordern, aber dies hat nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn man für sich mehr als nur eine einsichtige juristische Auslegung ins Feld führen kann. Man benötigt ein Konzept für ein soziales Europa und Argumente, die es stützen können; insoweit lassen sich vorhandene Ansätze sicherlich ausbauen. Hinzukommen muss aber eine politische Konstellation, die einer Realisierung günstig ist. Wie könnte sie entstehen?

Die EU hat heute sehr viel mehr Legitimationsprobleme als vor zwanzig Jahren. Die Schaffung einer Verfassung ist aufgrund der Volksabstimmungen in Frankreich und in den Niederlanden gescheitert. Der mit dem abgelehnten Verfassungstext weitgehend identische Vertrag von Lissabon wurde keinem demokratischen „Härtetest“ unterzogen; ein zweiter Fehlschlag hätte unabsehbare Konsequenzen haben können. Als der damalige griechische Ministerpräsident Papandreu von einer Volksabstimmung über die „Wirtschaftsreformen“ sprach, sah er sich plötzlich Widerständen ausgesetzt, die so massiv waren, dass er nicht mehr im Amt bleiben konnte. Auch der britische Regierungschef Cameron hatte eine schlechte Presse, als er die Frage zur Diskussion stellte, ob denn nicht eigentlich das britische Volk als Träger der Souveränität über das weitere Verbleiben des Vereinigten Königreichs in der EU entscheiden müsse. Die Angst vor dem Volk signalisiert Legitimationsprobleme. In der Vergangenheit hat man sie dadurch bewältigt, dass man durch Inhalte überzeugt hat: Die Politik war konsensfähig, und sie schien vielen Vorteile zu bringen. Speziell auf abhängig Beschäftigte bezogen, kamen aus Brüssel nützliche Ergänzungen zum nationalen Arbeits- und Sozialrecht. Dies hat dazu geführt, dass die EU gerade auch im Bereich der Gewerkschaftsbewegung ein hohes Ansehen erworben hat.

Ändert die EU nun ihre Politik und baut nationale Sozialstandards ab (statt sie vorsichtig weiter zu entwickeln), dann untergräbt sie ihre eigene Basis. Sie kann nicht mehr durch Inhalte überzeugen. In einer solchen Situation kommen die Mängel des demokratischen Verfahrens wieder voll zur Geltung. Auch die Intransparenz zahlreicher Verfahren, die mit der Vergrößerung der Union noch um einiges zugenommen hat, tritt wieder stärker ins Bewusstsein.

Dies ist nicht nur eine abstrakte Vermutung. In vielen Gesprächen kann man feststellen, dass es zum ersten Mal auch in Gewerkschaften, bei Betriebsräten und Arbeitnehmern eine eher kritische Grundhaltung zur EU gibt. Vor zehn Jahren konnte man allenfalls die Bürokratensprache der EU-Instanzen kritisieren, die Kritik an dem Projekt als solchem und seiner Ausgestaltung war im Grunde tabu. Das ist heute anders geworden.

Dieses Legitimationsdefizit muss den Entscheidungsträgern der EU immer wieder vor Augen geführt werden. Angesichts der besonderen Struktur der Union und ihres nur bedingt demokratischen Charakters kann man nicht damit rechnen, dass beispielsweise die Kommission von sich aus zu einer solchen Einsicht kommt. Dafür ist nicht nur die soziale und räumliche Distanz zur Bevölkerung maßgebend. Vielmehr fehlt es auch an einer europäischen Öffentlichkeit. An ihrer Stelle gibt es zahlreiche nationalstaatliche Öffentlichkeiten, was auf eine Segmentierung und damit auf eine relative Wirkungslosigkeit hinausläuft. Wenn man also das europäische Projekt nicht aufs Spiel setzen will, muss die EU bei der großen Mehrheit der Bevölkerung wieder Akzeptanz gewinnen. Dies ist nur dann zu erwarten, wenn sie für mehr oder weniger vorsichtigen sozialen Fortschritt, nicht aber für sozialen Kahlschlag und Sanierung auf Kosten der Schwachen steht.

Mir scheint das Legitimationsdefizit der eigentliche Kernpunkt zu sein. Seine Bedeutung kann dadurch unterstrichen werden, dass es einzelne europaweite Aktionen gibt. Einige positive Erfahrungen seien genannt. Erinnerung sei etwa an die Demonstrationstreiks gegen die Hafengerichtlinie, aber auch an die Aktionen gegen die ursprüngliche Fassung der Dienstleistungsrichtlinie. In beiden Fällen musste die Kommission nachgeben: Das Projekt der Hafengerichtlinie wurde fallen gelassen, die Dienstleistungsrichtlinie wurde deutlich entschärft. Dies alles hat - genau wie viele Resolutionen - nach meiner Einschätzung nur unterstützende Funktion. Viel gravierender sogar als ein (bisher utopischer) europäischer Generalstreik von einem Tag ist die Gefahr, dass sich die abhängig Beschäftigten, die die große Mehrheit der EU-Bevölkerung darstellen, nicht mehr mit diesem Projekt identifizieren. Wenn dies zu einem dauerhaften Zustand wird, werden sich - jetzt auf die juristische Ebene übertragen - die Europarechtler in Rechtshistoriker umqualifizieren müssen. Ihr Forschungsgebiet wird der Vergangenheit angehören, die Schlachten werden nur noch beim Veteranentreffen geschlagen.

42

Ich halte diese Perspektive nicht für überwiegend wahrscheinlich, weil ich immer noch an die politische Vernunft glaube. Aber man kann dies nach den Erfahrungen mit der Behandlung der Staatsschuldenkrise auch ganz anders sehen. Wo bleibt die politische Vernunft, wenn man einzelne Volkswirtschaften zu einem „Sparkurs“ zwingt, der die Krise noch verschlimmert und der - wie im Falle Griechenlands - zu einem Rückgang des Sozialprodukts um 30 % führt?

Soviel dazu! Ich nehme an, dass einige provokatorische Thesen zur Diskussion anregen werden.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

# Zusammenfassung der Diskussion I: Arbeitsrechtliche Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene

## Nachfragen

Prof. Schiek wurde um ein Beispiel zur Offenen Methode der Koordinierung (OMK) gebeten. Sie verwies auf eine Studie zur Anpassung des Kündigungsschutzes. Allerdings werde der Begriff OMK bei den Austeritätsprozessen nicht verwendet. Es gebe keine gesetzlichen Vorgaben, sondern nur Diskussionsprozesse. Die Auswirkungen der OMK könnten sehr viel stärker sein als die von Richtlinien (Beispiel: Arbeitszeitrichtlinie).

Prof. Trillo wurde danach gefragt, auf welche Art die Tarifautonomie in Spanien eingeschränkt werde und ob es auch juristische Abwehrstrategien gebe.

Er präziserte, der Schutz durch Branchentarifverträge sei effektiver, nun hätten jedoch betriebliche Regeln Vorrang. Außerdem erlaube das Gesetz die Nichtanwendung von Tarifverträgen. Bei der ILO sei eine Beschwerde, und beim Verfassungsgericht sei eine Verfassungsbeschwerde erhoben worden. Die Gewerkschaften hätten an Ansehen verloren. Viele Menschen hielten sie für schwach.

Prof. Pisarczyk wurde gefragt, ob in Polen Abweichungen zum Equal-Pay-Prinzip bei der Arbeitnehmerüberlassung möglich sind, wie die Debatte zum europäischen Mindestlohn in Polen bewertet wird, wer die Krisenvereinbarungen abschließt, was nach ihrem Ablauf geschieht und wie das Verhältnis der Änderungskündigung zur Beendigungskündigung in Polen geregelt ist.

Er erklärte, das Anti-Krisen-Gesetz habe Abweichungen vom Equal-Pay-Prinzip zugelassen. Jetzt seien die Möglichkeiten geringer. Ein europäischer Mindestlohn werde von manchen in Polen abgelehnt. Es gebe auch Arbeitgeber, die den polnischen Mindestlohn (ca. 400 Euro) als zu hoch ansähen. Es werde diskutiert, ob der Mindestlohn nach Regionen differenziert werden solle (höher in Warschau, niedriger in anderen Regionen). Durch die Umsetzung der europäischen Richtlinien habe sich das polnische Arbeitsrecht insgesamt positiv verändert. Die Krisenvereinbarungen würden mit den Gewerkschaften abgeschlossen und könnten nach ihrem Ablauf neu abgeschlossen werden. Wenn keine Gewerkschaften vorhanden seien, würden ad-hoc-Vertretungen gebildet, eine problematische Lösung. Die Änderungskündigung sei unter denselben Voraussetzungen wie die Beendigungskündigung möglich, aber es gebe Konstellationen, z.B. bei älteren Arbeitnehmern und bei Massenentlassungen, in denen Änderungen leichter möglich seien als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Prof. Däubler wurde gefragt, wie er die Absenkung der Sozialstandards unter dem Gesichtspunkt der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit sehe. In der GD Wettbewerb herrsche die Auffassung vor, dass es dazu keine Alternative gebe.

Er antwortete, soweit Sozialstandards nicht kostenwirksam seien, greife dieses Argument ohnehin nicht. Bei kostenwirksamen Sozialstandards führe deren Absenkung auch zur Senkung der Kaufkraft. Es sei riskant, nur für den Export zu produzieren.

## Diskussion

Eine Teilnehmerin aus Griechenland erklärte, dass auch in ihrem Land Reformen mit dem Ziel durchgeführt würden, die Wettbewerbsfähigkeit zu stärken und die Lohnstückkosten zu senken. Dies führe zu großen sozialen Verwerfungen. Ein Teilnehmer aus Italien wies darauf hin, auch in seinem Land werde der Schutz der Arbeitnehmer eingeschränkt. Der Schutz habe sich wegbewegt von der Stabilität zu einem Konzept der Antidiskriminierung. Nach seiner Meinung seien die Reformen von ideologischen Vorstellungen getrieben.

Im Übrigen lag der Schwerpunkt der Diskussion auf der Rolle des EuGH.

Auf die Frage, ob die Gerichte wirklich eine Schlüsselrolle haben oder ob die rechtlichen Vorgaben vielleicht nicht so sind, dass ein soziales Europa geschaffen werden kann, antwortete Prof. Schiek,

man könne auf die "governance by judges" nicht verzichten. Es gebe viel Auslegungsspielraum. Der Umfang des Spielraums hänge vom Handeln des EU-Gesetzgebers ab. Wichtig sei, dass die gerichtlichen Entscheidungen rechtsmethodisch korrekt und nachvollziehbar seien. Unpolitische Entscheidungen seien nicht möglich.

Auf die Frage, ob der Lissabon-Vertrag nicht eine Chance auf Veränderung enthält, antwortete Prof. Däubler: die optimistische Variante gehe davon aus, dass die Charta der Grundrechte das soziale Element innerhalb des institutionellen Rahmens der EU verstärke. Die pessimistische Variante weise darauf hin, dass die Charta der Grundrechte schon im Jahr 2000 unterschrieben worden sei, sie als Rechtserkenntnisquelle für die Rechtsüberzeugungen der Mitgliedstaaten gegolten habe und sich daher nichts ändern werde. In rechtlicher Hinsicht mache es einen Unterschied, ob es sich um eine Rechtserkenntnisquelle handle, oder eine formale Aufnahme in das Primärrecht vorliege. Aber der EuGH nehme nicht nur Subsumtionsakte vor. Die Entscheidungen "Viking", "Laval" und "Rüffert" seien Ausdruck einer bestimmten politischen Entwicklung. Er sei skeptisch, ob die Bereitschaft bestehe, sich von der neoliberalen Politik der vergangenen Jahre zu verabschieden.

Prof. Schiek wies darauf hin, dass sich die Entscheidungen des EuGH sehr verändert hätten. Seit der Erweiterung um die neuen Mitgliedstaaten hätten sich die sozialen und wirtschaftlichen Gegensätze vervielfältigt. Es gebe auch ein Nachdenken beim EuGH und interessante Entwicklungen. So habe die Generalanwältin im Verfahren Kommission ./. Deutschland (Dienstleistungsverträge über betriebliche Altersversorgung ohne europaweite Ausschreibung) anstelle der Rechtfertigung der Einschränkung der Grundfreiheiten eher im Sinne einer gegenseitigen Abwägung von Grundfreiheiten und sozialen Grundrechten argumentiert. Diese Argumentationslinie könne sich verstetigen. Aber es werde langsam gehen.

Die weitere Diskussion drehte sich primär darum, wie die Rechtsprechung des EuGH im kollektiven und individuellen Arbeitsrecht zu bewerten ist, wie der EuGH beeinflusst wird und wie erreicht werden kann, dass er die sozialen Grundrechte stärker berücksichtigt. Von einem Teilnehmer wurde anhand des Beispiels "soziale Kriterien im Vergaberecht" darauf aufmerksam gemacht, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Legitimierung politischer Entscheidungen herangezogen werde. Es werde erklärt, man könne sie nur soweit berücksichtigen, wie es das Europarecht zulasse.

Ein anderer Teilnehmer verwies darauf, dass die Regierungen in Rechtsstreitigkeiten vor dem EuGH oft offen politisch argumentierten und politische Interessen verträten. So sei etwa von Polen und Tschechien die Grundrechtecharta im Zusammenhang mit dem Urlaubsrecht heruntergespielt worden. Verschiebungen hätten sich in der Rechtsprechung durch die Erweiterung der EU und die damit verbundene Erweiterung der Spruchkörper um Richter aus den neuen Mitgliedstaaten ergeben. Positiv sei, dass der EuGH weiterhin seine Rolle bei der Auslegung der Richtlinien wahrnehme. Auch zwei weitere Teilnehmerinnen betonten, dass der EuGH im individuellen Arbeitsrecht oft zur Stärkung der Arbeitnehmerrechte beitrage. Problematisch sei das kollektive Arbeitsrecht.

Es bestand Einigkeit, dass der Diskurs mit den Richterinnen und Richtern des EuGH wichtig sei. Eine Teilnehmerin vertrat die Auffassung, ein Rückzug auf die nationalen Möglichkeiten sei eine Defensivposition. Demgegenüber betonte Prof. Däubler, die grundsätzliche Kritik sei wichtig. Es dürfe kein Denkverbot hinsichtlich des Umfangs der europäischen Integration geben.

*Tanja Keller, Achim Klueß, Ingrid Heinlein*