

Schriftenreihe des  
Vereinigten Instituts für Europäisches  
Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V.

herausgegeben von  
Prof. Dr. Hans-W. Micklitz

Band 3

Ludwig Krämer/Hans-W. Micklitz/  
Klaus Tonner (eds./Hrsg.)

Law and diffuse Interests in the  
European Legal Order

Recht und diffuse Interessen in der  
Europäischen Rechtsordnung

Liber amicorum Norbert Reich

 Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

## V. PERSONAL COMMENTARY/BEOBACHTUNGEN

Homo Sapiens, Homo Faber, Homo Ludens, Homo Europeus.  
Ein zweiter Versuch, Norbert Reich zu ehren

DR. CHRISTIAN JOERGES, Professor an der Universität Bremen und  
am Europäischen Hochschulinstitut, Florenz 913

The Trip to Bremen

JOSEPH H.H. WEILER, Professor at the University of Harvard 927

## VI. LIST OF PUBLICATIONS/PUBLIKATIONSLISTE — NORBERT REICH 935

## AUF DEM WEG ZU EINEM EUROPÄISCHEN ARBEITSRECHT?

WOLFGANG DÄUBLER

### Inhalt

1. Einleitung	441
2. Arbeitsrechtliche Normierungen der Gemeinschaft	442
3. Strukturelle Besonderheiten	446
4. Implementationsprobleme	447
5. Zu den Ursachen	448
5.1 Ökonomische Ursachen	448
5.2 Politische Gründe	449
6. Notwendigkeiten künftiger Sozialpolitik	451
6.1 Schwindende Kompetenz des Nationalstaats	451
6.2 Sozialpolitik als Stabilisator	452
7. Der große Entwurf: Sozialstaat Europa	453
8. Eine Politik der kleinen Schritte	456
8.1 EG-Interventionen	456
8.2 Sozialer Dialog oder Koordinierung der Tarifpolitik?	458

### 1. Einleitung

In der Gegenwart gibt es ein deutsches, ein französisches, ein italienisches, aber kein europäisches Arbeitsrecht. Die Gemeinschaft verfügt zwar über ein ausdifferenziertes System an Regeln, z.B. in der Landwirtschaft oder im Wettbewerbsrecht; die vorhandenen Bestimmungen mit Bezug zur abhängigen Arbeit als eigenständiges Rechtsgebiet zu titulieren, würde aber eher einem Wunsch als der Realität entsprechen. Daran ändern auch Lehrbücher mit entsprechendem Titel nichts<sup>1</sup>.

Zu dieser ein wenig provokatorischen These tritt eine zweite: Schutz und Förderung diffuser Interessen<sup>2</sup> besitzen in der Politik der Gemeinschaft einen sehr viel höheren

- 
- 1 Siehe etwa *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EG, Wien 1993; *Krimphove*, Europäisches Arbeitsrecht, München 1996; *Barnard*, EC Employment Law, Revised Edition, Chichester u.a. 1996; *Roccella-Treu*, Diritto del Lavoro della Comunità Europea, 2<sup>a</sup> edizione, Padova 1995; *Colina Robledo/Ramirez Martinez/Sala Franco*, Derecho Social Comunitario, 2<sup>a</sup> Edición, Valencia 1995.
  - 2 Dazu grundlegend *Reich*, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1987 (1. Aufl. zu "Europäisches Verbraucherrecht", Baden-Baden 1996).

Stellenwert als das "organisierte Interesse" der Arbeitnehmer. Der Skeptiker möge einen Blick in die "Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen"<sup>3</sup> werfen und diese mit der "Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen"<sup>4</sup> vergleichen: Während im ersten Fall Verträge einer dezidierten Inhaltskontrolle unterworfen werden (müssen), geht es im zweiten Fall um die schlichte Frage, daß das Vereinbarte innerhalb einer bestimmten Frist schriftlich niederzulegen ist.

Bevor die Ursachen dieser "Disparität" angegangen und Überlegungen zu den Zukunftsperspektiven angestellt werden, ist zunächst der Status quo der EG-Aktivitäten im Arbeitsrecht darzustellen.

## 2. Arbeitsrechtliche Normierungen der Gemeinschaft

In drei Teilgebieten hat sich aufgrund von Richtlinien und auch einzelner Verordnungen sowie durch die Rechtsprechung des EuGH eine europäisch-nationalstaatliche Gemengelage ergeben: Das europäische Recht durchdringt hier in weitem Umfang die nationalen Regeln, ohne daß diese allerdings ihre Bedeutung völlig eingebüßt hätten.

- Die in Art. 48 ff. EG-Vertrag garantierte Freizügigkeit soll Ausländer aus einem anderen EG-Mitgliedstaat auf dem Arbeitsmarkt gleichstellen. Dies bedeutet nicht nur freie Einreise und Wegfall der sonst bei Ausländern vorausgesetzten Arbeiterlaubnis; es verlangt auch volle Gleichbehandlung am Arbeitsplatz sowie bei betrieblichen und sonstigen Sozialleistungen<sup>5</sup>. Bisherige Benachteiligungen, wie z.B. fehlendes Wahlrecht zu Interessenvertretungen, wurden damit beseitigt. Auf diese Weise ist ein Teil der ausländischen den einheimischen Arbeitskräften gleichgestellt — allerdings nicht in der politischen Sphäre, wo man bislang über das Kommunalwahlrecht nicht hinausgekommen ist. Quantitativ geht es um weniger als 5 % aller Erwerbstätigen in der Gemeinschaft<sup>6</sup>. Diese sind typischerweise bereits vor längerer Zeit in ihr aktuelles "Gastland" eingewandert, da angesichts der Arbeitslosigkeit in der Gegenwart nur relativ wenige Personen von ihrer Freizügigkeit Gebrauch machen (können)<sup>7</sup>. Weiter sind die Arbeitsmärkte keineswegs integriert. Erworbene Ansprüche auf Arbeitslosen-

3 ABl. v. 21.4.1993, Nr. L 95/29.

4 ABl. v. 18.10.1991, Nr. L 288/32, abgedruckt auch bei *Däubler-Kittner-Lörcher*, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl., Köln 1994, Nr. 434.

5 Darstellung der Rechtslage einschl. der Rechtsprechung des EuGH bei *Wölker*, in: Von der Groeben-Thiesing-Ehlermann, Erläuterungen zu Art. 48-51. Zur sozialrechtlichen Seite siehe *Watson*, ZIAS 1991, S. 41 ff.

6 *Schulte*, KJ 1990, 96.

7 *Roccella-Treu*, a.a.O., S. 30.

unterstützung können grundsätzlich nicht in einen anderen Mitgliedstaat "mitgenommen" werden<sup>8</sup>, eine Arbeit jenseits der eigenen Grenzen kann anders als eine zumutbare Beschäftigung im Inland nicht mit Sanktionen (in Deutschland: Verhängung einer Sperrfrist nach § 119 AFG) erzwungen werden.

- Die in Art. 119 EG-Vertrag garantierte Lohngleichheit von Mann und Frau, die insbesondere durch die Lohngleichheits- und die Gleichbehandlungsrichtlinie ergänzt wird<sup>9</sup>, hat Konsequenzen nicht nur für Eingruppierungskataloge, die nicht mehr allein auf das Kriterium "Muskelkraft" abstellen dürfen<sup>10</sup>. Viel weitreichender ist unter den gegebenen Umständen die gleichfalls vom EuGH getroffene Feststellung, daß jede Schlechterstellung von Teilzeitkräften in der Regel eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts sei<sup>11</sup>. Zwar besteht die Möglichkeit, den so geschaffenen Zustand mit nicht geschlechtsbezogenen, wichtigen unternehmerischen oder sozialpolitischen Interessen zu rechtfertigen, doch gelingt dies nur selten: So war etwa der Ausschluß von Teilzeitkräften mit weniger als 10 Wochenstunden von der Lohnfortzahlung nicht begründbar, die entsprechende Vorschrift des deutschen Rechts wurde nicht mehr angewandt<sup>12</sup> und ist inzwischen aufgehoben worden<sup>13</sup>. Eine Korrektur ist auch insofern erfolgt, als der sog. Bewährungsaufstieg im öffentlichen Dienst Teilzeitkräften nach denselben Dienstzeiten offenstehen muß wie Vollzeitkräften, sofern das Maß an gesammelter Erfahrung ohne größere Bedeutung ist<sup>14</sup>. Erhebliche praktische Konsequenzen hat es auch, daß Teilzeitkräfte grundsätzlich nicht aus der betrieblichen Altersversorgung ausgenommen werden dürfen<sup>15</sup> und daß insoweit sogar unterschiedliche Altersgrenzen für Frauen und Männer gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen<sup>16</sup>. Schließlich hat der EuGH überkommene Grundsätze in Frage gestellt, als er die Nichteinstellung wegen Schwangerschaft als unmittelbare Diskriminierung qualifizierte, die nicht einmal mit einer Zwangslage des Arbeitgebers gerechtfertigt werden kann<sup>17</sup>. Damit ist auch die Frage nach der Schwangerschaft im Einstellungsgespräch

8 Dazu etwa *Bieback*, Der Sozialstaat der Bundesrepublik in der Europäischen Gemeinschaft, in: Sozialökonomische Beiträge 1991, 60: Wird der Staat des bisherigen Arbeitsorts verlassen, erlöschen die Ansprüche nach 3 Monaten.

9 Text der Richtlinien bei *Däubler-Kittner-Lörcher*, a.a.O., unter Nr. 421 ff.

10 EuGH DB 1986, 1877.

11 Vgl. etwa EuGH EuZW 1991, 217 — Nimz.

12 EuGH DB 1989, 574 — *Rinner-Kühn*; BAG DB 1992, 330.

13 Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall v. 26.5.1994 (BGBl I, 1014).

14 EuGH EuZW 1991, 217 — Nimz.

15 EuGH DB 1996, 1525; BAG DB 1987, 994. Dies gilt jedoch nicht für die sog. geringfügig Beschäftigten (BAG DB 1996, 1827).

16 EuGH EuZW 1990, 283 — *Barber*.

17 EuGH DB 1991, 286 — *Dekker*.

grundsätzlich unzulässig geworden<sup>18</sup>. Die Gleichbehandlung von Mann und Frau beschränkt sich allerdings auf die Sphäre der Arbeit als solche; Initiativen der Kommission, die die Vereinbarkeit von Familie und Beruf erleichtern sollen, hatten bislang keinen Erfolg. Die Richtlinie über den Elternurlaub hat daran nichts geändert<sup>19</sup>.

- Im Arbeitsschutz wird das Gemeinschaftsrecht eine erhebliche Umgestaltung der nationalen Rechtsordnungen bewirken<sup>20</sup>. Die sog. Rahmenrichtlinie vom 12. Juni 1989<sup>21</sup> hat mittlerweile zum Erlaß des Arbeitsschutzgesetzes geführt<sup>22</sup>. Nach dessen § 5 hat der Arbeitgeber beispielsweise für jeden Arbeitsplatz eine "Risikoanalyse" zu erstellen und diese sowie die getroffenen Maßnahmen zur Minderung der Gesundheitsgefahren zu dokumentieren. Auch sind die Arbeitnehmer nach § 12 über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit während ihrer Arbeitszeit "ausreichend und angemessen zu unterweisen", was mehr als bloße Information bedeutet. § 11 sieht einen (allerdings sehr allgemein formulierten) Anspruch auf ärztliche Vorsorgeuntersuchungen vor.
- In den übrigen Teilen des Arbeit- und Sozialrechts tauchen an einzelnen Stellen EG-rechtliche Elemente auf. Ihre Bedeutung ist sehr unterschiedlich. Immer wichtiger geworden ist die Richtlinie über den Fortbestand von Arbeitnehmerrechten beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen<sup>23</sup>. Insbesondere die Tatsache, daß kollektivvertragliche Rechte mindestens ein Jahr lang nach Betriebsübergang bzw. Fusion weitergelten müssen, hat zu einer Verbesserung für die Arbeitnehmer im deutschen Recht geführt. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat die Richtlinie allerdings erst relativ spät zur Kenntnis genommen. Große Aufmerksamkeit fand die Frage, ob das vom BAG dem einzelnen Arbeitnehmer eingeräumte Widerspruchsrecht gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist; der EuGH hat dies in positivem Sinne entschieden<sup>24</sup>. Kontrovers war und ist weiter, wann von einem Übergang eines "Betriebsteils" die Rede sein kann. Daß auch schon die Auslagerung der von einer Arbeitskraft erfüllten Reinigungsaufgabe auf einen anderen Unternehmer genügen soll<sup>25</sup>, hat erhebliche Unsi-

18 BAG DB 1993, 435. Nach BAG DB 1993, 1978 besteht dann eine Ausnahme, wenn durch die in Aussicht genommene Tätigkeit die Gesundheit von Mutter und Kind gefährdet wäre.

19 Vgl. BT-Drucksache 13/4682.

20 Dazu grundlegend *Büker-Feldhoff-Kohte*, Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt. Europäische Herausforderungen für das deutsche Arbeitsrecht, Neuwied u.a. 1994.

21 ABl. Nr. L 183/1 vom 29.6.1989

22 Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz und weiterer Arbeitsschutz-Richtlinien vom 7.8.1996, BGBl I 1246.

23 ABl. Nr. L 61/26 v. 4.3.1977.

24 EuGH DB 1993, 230.

25 EuGH DB 1994, 1370.

cherheiten ausgelöst<sup>26</sup>. Inzwischen haben sich die Gemüter wieder etwas beruhigt, da der EuGH klargestellt hat, es komme auf die gesamten Umstände des Einzelfalls an, die Übernahme einer Funktion sei für sich allein nicht ausreichend<sup>27</sup>. Ungleich weniger Aufmerksamkeit hat demgegenüber die Richtlinie über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers erfahren<sup>28</sup>.

Schaut man sich diese Rechtsetzung im Zusammenhang an, so werden zwei Dinge deutlich:

Zum einen wäre der Eindruck falsch, das EG-Recht durchdringe einen immer größeren Teil des nationalen Arbeits- und Sozialrechts. Zwar war in den letzten Jahren eine Zunahme an EG-Einfluß unverkennbar, doch muß man sich vor einer Verkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses hüten. Betrachtet man nämlich die Gesamtheit aller Probleme, auf die sich das Arbeits- und Sozialrecht bezieht, ist nur ein ganz kleiner Teil vom EG-Recht erfaßt. Ob man an Kündigungsschutz, Lohnhöhe, Weihnachtsgratifikation, Arbeitskampf oder Tarifrecht denkt — aufs Ganze gesehen läßt sich von europäischen "Farbtupfern" sprechen, einer da und dort auftauchenden Zugabe, die nichts daran ändert, daß das Arbeits- und Sozialrecht zu 98 % nationales Recht geblieben ist.

Zum zweiten haben sich die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in den weiten "gemeinschaftsfreien" Feldern keineswegs aufeinander zuentwickelt; vielmehr hat die Differenzierung zugenommen<sup>29</sup>. Während etwa das englische Arbeitsrecht in der Ära Thatcher und Major eine grundlegende Transformation im Sinne des Abbaus von Schutzstandards erfuhr, war Entsprechendes etwa in Deutschland bis zum Inkrafttreten des arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes<sup>30</sup> nicht zu verzeichnen<sup>31</sup>; auch der Einsatz des Tarifvertrags als Mittel zur Absenkung gesetzlicher Sicherungen war nur in bestimmten Mitgliedstaaten besonders ausgeprägt, spielte in anderen jedoch fast keine Rolle<sup>32</sup>.

Während in Form der technischen Handelshemmnisse die letzten Hindernisse auf dem Weg zu einheitlich verfaßten Märkten für Waren und Dienstleistungen beseitigt werden, ist "das Soziale" weiter eine Domäne der Nationalstaaten. Dies zeigt sich nicht nur im

26 Überblick bei *Wendeling-Schröder* AuR 1995, 126 ff.; *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., Reinbek 1995, S. 678 ff.

27 EuGH DB 1997, 628; dazu *Heinze* DB 1997, 677.

28 ABl. v. 28.10.1980, Nr. L 283/23, zuletzt geändert durch Richtlinie 87/164/EWG des Rats v. 2. März 1987, ABl. Nr. L 66/11.

29 Ebenso *Roccella-Treu*, a.a.O., S. 29, 344.

30 Vom 25. September 1996, BGBl I, 1476.

31 Näher dazu *Däubler*, in: *Wedderburn* u.a., *Labour Law in the Post-Industrial Era. Essays in Honour of Hugo Sinzheimer*, Aldershot u.a. 1994, p. 112-121.

32 *Roccella-Treu*, a.a.O., S. 29 ff.

Recht, sondern insbesondere auch in den für soziale Zwecke zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln.

### 3. Strukturelle Besonderheiten

Die von der Gemeinschaft geschaffenen Arbeitsrechts-Normen unterscheiden sich vom nationalen Arbeitsrecht nicht nur durch ihren "fragmentarischen" Charakter, sondern auch durch ihre Struktur.

Auffallend ist zunächst, daß es bei den EG-Vorschriften primär um Gleichbehandlung geht: Männer und Frauen, ausländische und einheimische Arbeitskräfte sollen dieselben Rechte haben. Insoweit kann man von "Negativ-Integration" sprechen<sup>33</sup>. Auch die Schutzvorschriften beim Übergang von Betrieben und Unternehmen lassen sich als spezifische Gleichheitssätze interpretieren: Beschäftigte mit wechselndem Arbeitgeber sollen nicht anders als diejenigen behandelt werden, bei denen auf Arbeitgeberseite alles beim Alten bleibt. Gleichstellung dieser Art sagt nichts aus über das Niveau, das Maßstab für alle sein soll: Dem nationalen Gesetzgeber steht es frei, bestimmte Schutzstandards mit Rücksicht auf einen verbreiterten Anwendungsbereich abzusenken. Werden etwa die Teilzeitkräfte in die betriebliche Altersversorgung einbezogen, wird für die Zukunft derselbe Kuchen eben unter mehr Köpfen aufgeteilt.

Zweiter Regelungsschwerpunkt sind Verfahrensnormen. Beispiel hierfür ist die Richtlinie über europäische Betriebsräte<sup>34</sup> oder das Gebot, vor Durchführung einer Massenentlassung die Interessenvertretung der Arbeitnehmer zu konsultieren<sup>35</sup>. Auch hier finden sich keine substantiellen Vorgaben. Der Gemeinschaftsgesetzgeber läßt es völlig offen, zu welchen Resultaten die "Konsultation" der Arbeitnehmer führt; das Verfahren ist alles, das Ergebnis nichts.

Inhaltliche Schutzstandards finden sich am ehesten noch im Arbeitsschutz- und Arbeitszeitrecht, wobei der vierwöchige Erholungsurlaub als Beispiel stehen mag<sup>36</sup>. Gleichwohl ist auch hier eine gewisse Prozeduralisierung unverkennbar; die Pflicht des Arbeitgebers

33 Dazu Reich, Europäisches Verbraucherrecht, S. 48 ff.

34 Richtlinie des Rates über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen vom 22. September 1994 (ABl. v. 30.9.1994, Nr. L 254/64); dazu der Überblick in: Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), BetrVG, Kommentar für die Praxis, 5. Aufl., Köln 1996, S. 2229 ff.

35 Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen idF der Richtlinie 92/56/EWG des Rates v. 24.6.1992, ABl. v. 22.2.1975, Nr. L 48/29, Änderungen: ABl. v. 26.8.1992, Nr. L 245/3, abgedruckt auch bei Däubler-Kittner-Lörcher, a.a.O., unter Nr. 431.

36 Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie (Richtlinie 93/104/EG des Rates v. 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. v. 13.12.1993, Nr. L 307/18, abgedruckt auch bei Däubler-Kittner-Lörcher, unter Nr. 446).

etwa, eine Risikoanalyse zu erstellen und die getroffenen Maßnahmen zu dokumentieren, sagt nichts Konkretes über ein hinnehmbares "Restrisiko" aus.

Die Konzentration auf Gleichheit und Verfahren schafft "marktverträgliche" Normen. Die "Schutzpolitik" verzichtet auf Eingriffe in das Marktgeschehen. Ähnlichkeiten bestehen insoweit mit dem Arbeitsrecht der USA; die Tatsache, daß sich der EuGH in seiner Rechtsprechung zum Verbot der mittelbaren Diskriminierung unausgesprochen am Vorbild des US-Supreme Court orientierte<sup>37</sup>, ist mehr als eine historische Marginalie.

### 4. Implementationsprobleme

Das EG-Recht bedarf der Umsetzung in den Mitgliedstaaten. Dies ist bei Richtlinien von vornherein evident, die ihrer Natur nach keine Rechte und Pflichten zwischen Privatpersonen begründen, sondern lediglich die Mitgliedstaaten zur Anpassung ihrer Rechtsordnungen verpflichten. Aber auch bei Verordnungen und beim Recht der Gründungsverträge selbst gilt nichts anderes: Nationale Instanzen müssen es zur Kenntnis nehmen und in Einzelfällen umsetzen. Dies ist keineswegs generell gewährleistet. Symptomatisch ist insoweit schon die Reaktion der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit auf das Gemeinschaftsrecht: Etwa bis Mitte der 80er Jahre wurde es allenfalls am Rande zur Kenntnis genommen und als zusätzliche Begründung für ein Ergebnis herangezogen, das sich eh schon aus dem nationalen Recht ergab<sup>38</sup>. Auch in der Gegenwart fällt auf, daß Vorlagen an den EuGH zur verbindlichen Interpretation von Gemeinschaftsrecht immer nur von ganz bestimmten Arbeitsgerichten bzw. Richtern ausgehen; niemand wird jedoch ernsthaft behaupten können, daß in der Praxis außerhalb der Arbeitsgerichte Hamm, Oldenburg, Bremen, Hamburg, Kiel und Reutlingen keinerlei gemeinschaftsrechtliche Fragen auftauchen<sup>39</sup>. Auch in anderen Ländern muß mit einem derartigen selektiven Umgang mit dem Gemeinschaftsrecht gerechnet werden. Noch nicht einmal berücksichtigt ist dabei, daß die Rolle des Rechts keineswegs überall dieselbe ist; in bestimmten Mitgliedstaaten ist die rechtliche Austragung von Konflikten sehr viel verbreiteter als in anderen. Von daher schafft eine von Finnland bis Gibraltar geltende Rechtsnorm auch in dem geregelten Lebensbereich keineswegs Einheitlichkeit.

37 Zur heutigen Rechtslage in den USA siehe Gould, A Primer on American Labor Law, 3<sup>rd</sup> edition, MIT 1993, S. 193 ff.

38 Einzelheiten bei Däubler, Völkerrecht und Europarecht in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, Neuwied u.a. 1994, S. 619 ff.

39 Vgl. auch Schwarze, Die Befolgung von Vorabentscheidungen des EuGH durch deutsche Gerichte — Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Bestandsaufnahme, Baden-Baden 1988, S. 12, wonach im Zeitraum von 1965-1985 zwar 60 bundesdeutsche Gerichte eine Vorlage gemacht hatten, aber mehr als dreiviertel aller Vorlagen (301 von 388) von nur 13 Gerichten stammten. Da die Arbeitsgerichtsbarkeit in jener Zeit nur 6 Vorlagen aufzuweisen hatte, muß sich die "Konzentration" auf die anderen Gerichtsbarkeiten beziehen.

## 5. Zu den Ursachen

Wie ist es zu erklären, daß die Bilanz gemeinschaftsrechtlicher Aktivitäten im Arbeitsrecht vergleichsweise bescheiden ausfällt? Ist es nicht eine geradezu paradoxe Erscheinung, daß der Schutz diffuser Interessen etwa an Verbraucher- und Umweltschutz stärkere Berücksichtigung findet als das hochorganisierte "special interest" der Arbeitnehmer? Eine Antwort soll hier in der Weise versucht werden, daß zunächst nach den ökonomischen, dann nach den politischen Ursachen gefragt wird. Keine entscheidende Rolle spielt die Verankerung im Text des EG-Vertrages. Der Verbraucherschutz ist dort erst durch Maastricht I in Form des Art. 129A EGV hineingekommen, während der Sozialpolitik seit Gründung der Gemeinschaft ein besonderes Kapitel gewidmet war (Art. 117 ff.). Das Maastrichter Abkommen über die Sozialpolitik zwischen den Elf hat die Gemeinschaftskompetenzen speziell auch im Bereich der abhängigen Arbeit klargestellt und so den Rückgriff auf Art. 100 oder Art. 235 EGV überflüssig gemacht; gleichwohl hat dies nicht dazu geführt, daß ein "Normierungsschub" im Arbeitsrecht eingetreten wäre. Die Gründe müssen also woanders gesucht werden.

### 5.1 Ökonomische Ursachen

Die Asymmetrie der Integration besteht nicht nur im Verhältnis zu direkten, marktbezogenen Normen wie dem Wettbewerbsrecht, sondern auch in Relation zu anderen Schutzpolitiken. Diese zeichnen sich dadurch aus, daß sie sich unmittelbar auf das Funktionieren der Märkte beziehen; an den Beispielen der Produktsicherheit und der Umweltverträglichkeitsprüfung wird dies am deutlichsten. Wollte man hier national verschiedene Wege beschreiten, wäre das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erheblich beeinträchtigt; was im einen Land auf den Markt gebracht würde, könnte deshalb noch lange nicht in ein anderes weiterverkauft werden. Auch soweit eine so unmittelbare Verkoppelung fehlt, besteht immer die Gefahr, daß ein Mitgliedstaat im Interesse von Gesundheit, Umwelt usw. Normen erläßt, die nach Art. 36 EGV der Warenverkehrsfreiheit vorgehen<sup>40</sup>. Dies legt es nahe, nach gemeinsamen Regeln zu suchen, um so die an sich zulässigen Alleingänge zu vermeiden. Bisweilen mögen auch industriepolitische Erwägungen und die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der EG eine Rolle spielen — so wenn etwa eine verschuldensunabhängige Produkthaftung eingeführt wird, die die Unternehmen zur Wahrung hoher Qualitätsstandards zwingt<sup>41</sup>.

Gründe dieser Art fehlen im Arbeits- und Sozialrecht wie auch in fast der gesamten Sozialpolitik. Unterschiedliche Schutzstandards erhöhen allenfalls Kosten, lassen im übrigen aber das Funktionieren der Märkte für Güter und Dienstleistungen unberührt. Das

40 Grundlegend Reich, Förderung und Schutz diffuser Interessen, S. 35 ff.

41 Näher Däubler, Das Zivilrecht 2, Reinbek 1997, Rn 1217.

Beispiel des Bundesstaates Kanada belegt etwa, daß innerhalb eines einheitlichen Wirtschaftsraumes sehr unterschiedliche Arbeitsrechtsnormen bestehen können. Auch im eigenen Land findet sich die Einheitlichkeit nur bei Gesetzen und Richterrecht; Tarifverträge können je nach Branche, Region und Unternehmen höchst unterschiedliche Schutzstandards enthalten. Eine Wettbewerbsverzerrung entsteht dadurch nicht; in Hochlohnländern wie der Bundesrepublik ist die Arbeitsproduktivität so hoch, daß die Lohnstückkosten durchaus nicht höher (sondern eher niedriger) als in anderen EU-Mitgliedstaaten liegen<sup>42</sup>. Soweit dies im Einzelfall nicht funktioniert, beispielsweise Arbeitskräfte aus einem Billig- in ein Hochlohnland entsandt werden, läßt das Gemeinschaftsrecht Abwehrstrategien zu<sup>43</sup>.

Nationale Schutzpolitiken stellen kein dauerhaftes Hindernis für die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes dar. Unternehmen können im Extremfall an einem anderen Standort produzieren, schon die Möglichkeit als solche kann genügen, um zu einer "Erosion" der bestehenden Vorschriften beizutragen. Ein entsprechender Druck auf Verbraucherschutzvorschriften ist schwer vorstellbar; eine Liefersperre würde bei den in dem betreffenden Land ansässigen Konkurrenten vermutlich helle Freude auslösen.

### 5.2 Politische Gründe

Fehlt es an einer wirtschaftlichen Notwendigkeit, die nationalen Arbeitsrechtsordnungen anzugleichen oder gar zu vereinheitlichen, so könnte es gleichwohl politische Gründe geben, einen solchen Weg zu beschreiten. Bisher war insoweit kein Durchbruch zu verzeichnen. Dies mag einmal mit sozialpsychologischen Faktoren zusammenhängen: Arbeitsrecht ist Alltagsrecht für fast 90 % der erwerbstätigen Bevölkerung, das im Bewußtsein vieler Arbeitnehmer tief verankert ist und dessen Änderung erhebliche Akzeptanzprobleme herbeiführen könnte<sup>44</sup>. Besonders deutlich wird dies im kollektiven Arbeitsrecht, wo es nachgerade absurd erschiene, wollte man deutsche Belegschaften mit shop stewards beglücken und Betriebsräte nach England exportieren oder irgendeine Mischform in die Welt setzen<sup>45</sup>.

42 S. Deakin, in: Davies u.a., European Community Labour Law: Principles and Perspectives, Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton, Oxford 1996, S. 66.

43 Zur Problematik der Entsenderichtlinie und des deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 26.2.1996 (BGBl II, 227) siehe zusammenfassend Koberski-Sahl-Hold, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar, München 1997.

44 S. etwa Reiter, Vorwort zu Schulz, Maastricht und die Grundlagen einer Europäischen Sozialpolitik, Köln u.a. 1996, S. IX, der von einem "Stück vertrauter sozialer Heimat" spricht. Anders Simitis, FS Kissel, München 1994, S. 1097 ff.

45 Roccella-Treu stellen S. 341 mit Recht fest, daß sich das kollektive Arbeitsrecht gegenüber Angleichungsbemühungen als besonders resistent erweist.

Ein weiterer Grund lag darin, daß die Arbeitsrechtspolitik der einzelnen mitgliedstaatlichen Regierungen durchaus unterschiedlich war. In den 80er Jahren stand der geradezu fanatischen Deregulierung in Großbritannien ein sehr viel behutsameres Vorgehen auf dem Kontinent gegenüber. Hier gab es sogar Elemente von Re-Regulierung etwa im Bereich der Teilzeitarbeit oder der Gleichberechtigung von Mann und Frau<sup>46</sup>. Das Einstimmigkeitsprinzip, das auch nach der Vertragsrevision 1986 mit der einzigen Ausnahme des Art. 118a EG-Vertrag bestehen blieb, sorgt dafür, daß schon die abweichende Auffassung einer Regierung gemeinschaftsrechtliche Regelungen blockiert. Weiter würde eine Harmonisierung materiell relevanter Arbeitsbedingungen die komparativen Kostenvorteile beseitigen, die die weniger entwickelten Mitgliedstaaten aufgrund ihrer geringeren Arbeitskosten besitzen<sup>47</sup>.

Vergleichbar wichtig, aber weniger wahrgenommen ist schließlich die Tatsache, daß die industriellen Beziehungen einen zentralen Teil des Gesellschaftssystems betreffen — ein Nationalstaat, der die Verfügung hierüber aus der Hand gibt, verzichtet auf einen großen Teil seiner Souveränität. Der Gegenstand "Organisation der abhängigen Arbeit" ist nicht weniger sensibel als z.B. die Währung. Für einen solchen Verzicht fehlen derzeit zum einen die politisch-bewußtseinsmäßigen Voraussetzungen. Zum anderen besitzt die Gemeinschaft noch gar nicht das Instrumentarium, das sie benötigen würde, um europäische industrielle Beziehungen auch im Krisenfall steuern zu können — insofern besteht ein entscheidender Unterschied zur Wettbewerbs- und auch zur künftigen Währungspolitik<sup>48</sup>. Alle Beteiligten würden sich in ein Abenteuer mit unbestimmtem Ausgang stürzen, wollten sie an die Stelle der sehr detaillierten gesetzlichen, richterrechtlichen und tariflichen Normen des nationalen Rechts mit ihren spezifischen staatlichen Interventionsmöglichkeiten eine notwendigerweise zunächst sehr viel pauschalere Ordnung setzen, bei der schon die Instanzen fehlen, deren Verhalten im Konfliktfalle Akzeptanz finden würde.

Schließlich gibt es auf EG-Ebene keinen "Motor", der die Arbeitsrechtsentwicklung vorantreiben könnte. Der Europäische Gewerkschaftsbund verfügt weder über ein Verhandlungsmandat noch über ausreichende Ressourcen, um im freien Spiel der Kräfte die Interessen der angeschlossenen Organisationen und ihrer Mitglieder wenigstens teilweise

46 Zum italienischen Gesetz über die sog. positiven Aktionen vom 10.4.1991 siehe *Gaeta-Zoppoli* (a cura di), *Il Diritto Diequale, La Legge sulle Azione Positive. Commentario alle L.10 Aprile 1991 n.125*, Torino 1992.

47 Zur Frage, daß ein ausgebauten Arbeitsrechtssystem auch einen Standortvorteil darstellen kann, siehe *Däubler*, DB 1993, 781 ff.

48 Auf das Defizit an adäquaten EG-Institutionen verweist im Zusammenhang mit der Sozialstaatlichkeit im allgemeinen nachdrücklich *Pitschas*, DöV 1992, 277 ff.

durchsetzen zu können<sup>49</sup>. Die Parallele zur Ungeschütztheit diffuser Interessen liegt insofern auf der Hand — allerdings fehlen die Mechanismen, die letzteren allen Widrigkeiten zum Trotz ein Stück Realisierung verschaffen.

## 6. Notwendigkeiten künftiger Sozialpolitik

### 6.1 Schwindende Kompetenz des Nationalstaats

Relative sozialpolitische Enthaltbarkeit der Gemeinschaft ist solange tolerabel, wie den Mitgliedstaaten genügend wirtschaftlicher und politischer Spielraum verbleibt, um Fehlentwicklungen der Märkte zu verhindern oder zumindest auftretende soziale Mißstände zu beseitigen oder mildern zu können<sup>50</sup>. Diese Bedingung ist immer weniger gegeben.

Zum einen ist die staatliche Intervention in das Wirtschaftsgeschehen insofern an die marktwirtschaftliche Struktur gebunden, als Subventionen nur nach Maßgabe der Art. 92 ff. EG-Vertrag zulässig sind<sup>51</sup>. Dies bedeutet nicht nur, daß die Genehmigungskompetenz zur EU-Kommission nach Brüssel abgewandert ist; auch die recht engen inhaltlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts sind zu beachten. Die Handhabung der Vorschriften ist überdies streng; schon die Befreiung von Abgaben ist eine unzulässige "Beihilfe". Den nationalen Regierungen sind so wichtige Instrumente zur Rettung von Arbeitsplätzen oder zur Verfolgung anderer sozialpolitischer Ziele aus der Hand genommen.

Zum zweiten setzt die Gemeinschaft Rahmenbedingungen, die die Erhebung von Steuern und Abgaben durch den Nationalstaat zumindest erschweren. Zwar ist die "Vergemeinschaftung" des Steuerrechts noch relativ wenig vorangeschritten (was sich u.a. in Steueroasen wie Luxemburg oder in den unterschiedlichen Mehrwertsteuersätzen zeigt), doch führt die Globalisierung der Wirtschaft, die Öffnung hin zum Weltmarkt dazu, daß jedenfalls die Besteuerung von Unternehmen verstärkte Belastungen und die Vorzüge alternativer Standorte berücksichtigen muß. Die Entscheidung über die Öffnung der wirtschaftlichen Grenzen liegt aber nach Art. 113 EG-Vertrag bei der Gemeinschaft; sie repräsentiert bei den Verhandlungen innerhalb der WTO die Mitgliedstaaten.

49 Zur Bildung und Durchsetzung von Interessen bei der Rechtsentwicklung allgemein Grimm, in: *Däubler-Gmelin/Adlerstein* (Hrsg.), *Menschengerecht*, 6. Rechtspolitischer Kongreß der SPD, Dokumentation, Heidelberg 1986, S. 392 ff.

50 In diesem Sinne etwa die Überlegungen in dem bei der Ausarbeitung des EWG-Vertrags herangezogenen Ohlin-Report der ILO sowie im Spaak-Bericht — wiedergegeben bei Deakin, a.a.O. (oben Fn 42), p. 65 ff.

51 Überblick bei v. *Wallenberg*, in: *Grabitz-Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, München (Looseblatt, Stand Okt. 1996), Erl. zu Art. 92-94 EGV.

Zum dritten führen die Konvergenzkriterien für die Herstellung der Währungsunion dazu, daß die Mitgliedstaaten einen rigiden Sparkurs fahren müssen, wollen sie die vom Maastrichter Vertrag gesteckten Ziele erreichen. Beschränkungen des Haushaltsdefizits und der Gesamtverschuldung gehen in beträchtlichem Umfang zu Lasten kompensatorischer Politiken, insbesondere der Sozialpolitik. Zumindest kann auf neu auftauchende Probleme nicht mehr durch stärkeren Mitteleinsatz reagiert werden.

Kommt es effektiv zur Währungsunion, setzt sich nicht nur die Politik absoluter Geldwertstabilität fort. Vielmehr verlieren die Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit, durch Anpassung ihrer Währungen auf Unterschiede in der Produktivitätsentwicklung zu reagieren. Bleibt ein Land in seiner Entwicklung hinter den übrigen zurück, steht ihm als "Variable" nur die Senkung der Sozialkosten zur Verfügung; in einer neueren englischen Untersuchung ist von "social devaluation" die Rede<sup>52</sup>.

Die reduzierten Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten führen nicht dazu, daß sozialpolitische Probleme verschwinden; soweit sich die Betroffenen nicht widerspruchslos in ihr Schicksal fügen, entsteht verstärkter Handlungsbedarf für die Gemeinschaft.

## 6.2 Sozialpolitik als Stabilisator

Sozialpolitik zu betreiben und den einzelnen zu einem mitgestaltenden, bei Lebensrisiken gesicherten Individuum zu machen, liegt auch im Interesse der Gemeinschaft selbst. Wollte sie diese Fragen in ihrer Prioritätenskala auf den 5. oder 6. Rang verbannen, käme sie in anderen als Schönwetterzeiten in schwere Legitimationsprobleme.

Die Situation der EU ist eine andere als die des Nationalstaats. Als "Staatsfragment" ist sie bis auf weiteres im wesentlichen auf den Sektor "Wirtschaft" konzentriert. Außen- und Sicherheitspolitik beruhen auf freiwilliger und nicht immer gelingender Koordination. Daß kulturelle Fragen normalerweise außerhalb der Gemeinschaftskompetenzen liegen, hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit dem Verbot der Sonntagsarbeit zumindest angedeutet<sup>53</sup>. Werden in der Wirtschaft nun in großem Umfang Erwartungen enttäuscht, wird z.B. die Gemeinschaft als (realer oder vermeintlicher) Verursacher von Arbeitslosigkeit und sozialen Verwerfungen ausgemacht, hat sie im Grunde keine Möglichkeit der Gegensteuerung: Ihr fehlt die Kompetenz, über eine kulturelle Identität oder über öffentliche Güter wie innere und äußere Sicherheit die prinzipielle Loyalität der großen Mehrheit ihrer Bürger sicherzustellen. Dazu kommen drei weitere Defizite:

- Das Europäische Parlament ist zwar demokratisch gewählt, besitzt jedoch nur ein eingeschränktes Vetorecht gegenüber Normativakten der Gemeinschaft. Es hat kein

52 Deakin, a.a.O., S. 82.

53 EuGH EuZW 1996, 751, 754.

Recht zur Gesetzesinitiative; in diesem Punkt hatte selbst der Reichstag unter der Verfassung von 1871 eine stärkere Stellung.

- Die Entscheidungsprozesse der Gemeinschaft sind wenig transparent. Der Ministerrat als der eigentliche Gesetzgeber tagt hinter verschlossenen Türen. Anders als in den Parlamenten der Mitgliedstaaten ist auch für den interessierten Bürger nicht nachvollziehbar, wo das Pro und Kontra bestimmter Entscheidungen liegt.
- Das Demokratie- wie das Publizitätsdefizit werden dadurch verstärkt, daß es keine europäische Öffentlichkeit gibt. Presse, Rundfunk und Fernsehen, aber auch Interessenverbände sind noch immer nationalstaatlich organisiert. Dies bedeutet, daß sie auch ihre Kontrollfunktion nur im nationalen Rahmen wirksam ausüben können. Brüssel, Luxemburg oder Straßburg erscheinen für den Bürger wie "Sphären", die außerhalb des eigenen Landes liegen; wechselt ein Mitglied der Kommission, ist dies kaum wichtiger als ein Mißtrauensvotum im niederländischen Parlament.

Wer auf so schwachen Beinen steht, muß sicherstellen, daß der einzelne Bürger seine Interessen und Wünsche (zwar nicht voll, aber doch) irgendwie in der Gemeinschaft wiederfindet. Wenn diese schon keine formale, verfahrensmäßige Legitimation hat, muß sie wenigstens eine inhaltliche besitzen. Dies gilt insbesondere für die kommenden Jahre: Soweit die Währungsunion etabliert wird, steigt die wirtschaftspolitische Kompetenz, gleichzeitig aber auch die Verantwortung der Gemeinschaft. Zu schnell hat man vergessen, daß das Schicksal des Maastrichter Vertrages an einem seidenen Faden hing; die dänischen Volksabstimmungen, das äußerst knappe Ergebnis des französischen Referendums sowie die gerade noch vermiedene Verwerfung als grundgesetzwidrig durch das Bundesverfassungsgericht hätten Warnsignale sein müssen. Wer als Artist unter der Zirkuskuppel ohne Netz arbeitet, sollte auch dann ein wenig Risikobewußtsein entwickeln, wenn bislang alles gut gegangen ist. Um es zu wiederholen: Die Gemeinschaft benötigt die Massenloyalität ihrer Bürger wie die Luft zum Atmen<sup>54</sup>.

## 7. Der große Entwurf: Sozialstaat Europa

Entfernt man sich für einen Augenblick aus den Zwängen der europäischen Tagespolitik, so wäre die Konsequenz an sich eindeutig: Ohne eine soziale Korrektur kann die europäische Marktwirtschaft nicht überleben. Diese sollte — nicht anders als dies in den Verfassungen der meisten Mitgliedstaaten geschehen ist — in ihren Grundzügen auf höchster normativer Ebene angesiedelt sein: Die Gründungsverträge als Verfassung der Europäischen Union müßten um eine soziale Dimension erweitert werden. Der europä-

54 Vgl. Reiter, a.a.O., S. IX: Die Sozialpolitik hat eine Schlüsselrolle beim Ringen der EG um ihre Akzeptanz. Ähnlich auch der Bericht des Komitees der Weisen (unter Vorsitz von Maria de Lourdes Pintasilgo): Für ein Europa der politischen und sozialen Grundrechte, Luxemburg 1996, S. 13 ff.

schen Tradition würde am ehesten ein Katalog sozialer Grundrechte entsprechen, wie er zuletzt in die belgische Verfassung aufgenommen wurde<sup>55</sup>.

Was ist der Vorzug sozialer Grundrechte im Gegensatz zu punktuellen sozialpolitischen Interventionen, die auf aktuelle Mangellagen und Unterprivilegierungen reagieren? Zwei Gesichtspunkte sprechen für eine solche Lösung<sup>56</sup>.

Ihrer heutigen wie ihrer mutmaßlichen künftigen Entscheidungsstruktur nach ist die Gemeinschaft wenig geeignet, "Feuerwehrfunktion" zu erfüllen, d.h. dort, wo es am dringendsten ist, in angemessener Zeit die notwendige Abhilfe zu schaffen. Allzusehr liegt die Gefahr auf der Hand, daß selbst auf Gebieten mit Mehrheitsprinzip langwierige Entscheidungsprozesse dominieren werden. So erstaunlich es klingen mag — die Vertragsrevisionen durch die Einheitliche Europäische Akte und den Maastrichter Vertrag nahmen bei weitem nicht so viel Zeit in Anspruch wie ein durchschnittliches sozialpolitisches Vorhaben. Dieses steht immer im Verdacht, eine eigentlich illegitime Ausnahme von der "offenen Marktwirtschaft" zu sein, zu der sich seit 1993 der EG-Vertrag in seinem Art. 102a ausdrücklich bekennt. Wären soziale Grundrechte als eine Basis der Gemeinschaft anerkannt, ließe sich auch eine leichtere Durchsetzung von Einzelvorhaben vorstellen.

Von dieser mehr politisch-pragmatischen Einschätzung abgesehen, hat die Verabschiedung eines Grundrechtskatalogs den entscheidenden Vorteil, der Gemeinschaft Akzeptanz zu verschaffen, einen Teil jener Defizite zu beseitigen, die ihre Legitimation bisher aufweist. Grundrechte sind — wie uns nicht zuletzt Federico Mancini lehrt<sup>57</sup> — Basis des sozialen Lebens, ein wichtiges "Orientierungselement"<sup>58</sup> für den europäischen Einigungsprozeß, ja im Ergebnis ein zentrales Element der europäischen Identität. Mit einer Gemeinschaft, die den sozialen Fortschritt nicht nur mit einer abstrakten Formel, sondern mit konkreten Garantien zugunsten des einzelnen auf ihre Fahnen geschrieben hat, kann sich der Bürger identifizieren; ihm wird erkennbar, daß ggfs. auch Schwierigkeiten hinzunehmen sind, geht es doch um einen Zukunftsentwurf, aus dem auch er materielle und immaterielle Vorteile ziehen wird. Das Gemeinschaftsrecht gewinnt durch einen Grundrechtskatalog an Glaubwürdigkeit<sup>59</sup>, die Gemeinschaft wird wieder zum Hoffnungsträger<sup>60</sup>. Ein Flickenteppich an Einzelmaßnahmen könnte diese Wirkung nicht herbeiführen; Reparaturbetriebe sind keine attraktiven Modelle.

55 Flämischer, französischer und deutscher Text, in: Belgisch Staatsblad — Moniteur belge vom 17.2.1994, S. 4054 ff.

56 Ausführlicher Däubler, Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarktes, Gütersloh 1989, S. 56 ff. Vgl. auch Simitis, FS Kissel, S. 1097 ff.

57 Costituzione e movimento operaio, Bologna 1976, insbes. S. 163 ff.

58 Weidenfeld, Europa 2000. Zukunftsfragen der europäischen Einigung, München-Wien 1980, S. 53.

59 Pescatore, EuR 1979, 2.

60 Vgl. auch Genscher, EA 1988, S. D 154.

Inhaltlich sollte man sich an jenen sozialen Grundrechten orientieren, die schon heute in Verfassungen der Mitgliedstaaten garantiert sind<sup>61</sup>. Dies entspricht im Grundsatz der Rechtsprechung des EuGH, die sich bislang allerdings fast ausschließlich auf Freiheitsrechte beschränkte (und mit Rücksicht auf den Prozeßstoff beschränken mußte). Die nationalen Erfahrungen vermögen auch darüber Auskunft zu geben, welchen rechtlichen Stellenwert ein einzelnes Grundrecht hat. Insoweit ist zu differenzieren.

Soweit es um Abwehrrechte geht — wozu u.a. die Koalitionsfreiheit insoweit gehört, als sie vor staatlichen Eingriffen schützt — kann an sich die traditionelle Regelungstechnik von Grundrechten beibehalten werden. Dem Anspruch einer europäischen Grundrechtsgarantie würde man allerdings auch hier nicht damit gerecht, wollte man nur ein Minimum wie z.B. die Koalitionsfreiheit als individuelle Beitrittsfreiheit garantieren; vielmehr muß die Gemeinschaft vorwärtsweisende Orientierungen geben.

Soweit "Beteiligungsverfahren" im weitesten Sinne, soweit Partizipation der Arbeitnehmer in Rede steht, ist ein hohes Maß an Zurückhaltung angebracht. Die Kollektivvertragsfreiheit als solche sowie der Gedanke der Mitbestimmung im Betrieb und Unternehmen kann verankert werden; die konkrete Ausgestaltung muß schon aus Gründen der fest in der Bevölkerung verwurzelten Traditionen den Mitgliedstaaten überlassen bleiben.

Das eigentliche Problem liegt in solchen Grundrechten, die dem Bürger Anspruch auf bestimmte staatliche Leistungen einräumen oder die den Staat verpflichten, einen bestimmten Zustand herbeizuführen. Als Beispiel für den ersten Typ kann das Recht auf Sozialhilfe, als Beispiel für den zweiten das Recht auf Arbeit stehen, das nicht zu einem einklagbaren Anspruch, sondern nur zu einer bestimmten Vorprogrammierung der Beschäftigungspolitik führen kann<sup>62</sup>. Hier zuviel zu normieren, könnte die Spielräume der Mitgliedstaaten über Gebühr einengen und ihre wirtschaftliche Belastbarkeit nicht ausreichend berücksichtigen. So kann etwa nicht ein in ECU bzw. Euro ausgedrückter Sozialhilfesatz gemeinschaftsweit garantiert werden, wohl aber das Auffangnetz "Sozialhilfe" als solches sowie wesentliche Kriterien, die bei der Bestimmung der Höhe zu beachten sind. Ähnliches gilt für das mit dem "Recht auf Arbeit" gemeinte Vollbeschäftigungsziel: Seine relative Bedeutung im Verhältnis zu anderen Zielen der Wirtschaftspolitik läßt sich normieren, eine Festlegung auf konkrete Beschäftigungsprogramme nicht.

61 Siehe den als Diskussionsbeitrag im Vorfeld des Straßburger Gipfels 1989 gedachten Formulierungsvorschlag des Verfassers in: Däubler, Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarktes, Gütersloh 1989, S. 109 ff. Mit ähnlicher Funktion in der Debatte um Maastricht II *Blainpain-Hepple-Sciarra-Weiss*, Fundamental Social Rights: Proposals for the European Union, Leuven 1995. Weniger konkret und viele Probleme aussparend *Bercusson* u.a., Soziales Europa — ein Manifest, Reinbek 1996.

62 Dazu grundlegend *Federico Mancini*, Costituzione e movimento operaio, a.a.O., S. 27 ff.

Wichtig und für die bisherige Handhabung sozialer Grundrechte nicht selbstverständlich ist es, die Einhaltung der vorgeschriebenen Politik effektiv zu kontrollieren und sich dabei nicht nur auf den gerichtlichen Rechtsschutz zu verlassen: Da dieser im hier relevanten Bereich in der Regel nur auf eine Untätigkeits- und Willkürkontrolle hinausläuft, sind politische Mechanismen wie eine Überwachung durch die Kommission und eine Rechenschaftspflicht gegenüber den Bürgern u.U. von sehr viel größerer praktischer Bedeutung. Ohne ein solches dynamisches Element sind soziale Grundrechte immer in Gefahr, zu einer schlichten Deklaration zu verkümmern<sup>63</sup>. Gerade wenn die Gemeinschaft auf eine allzu umfassende Reglementierung verzichtet, müßte die Durchsetzungschance für den verbleibenden Bereich wesentlicher Fragen eher zunehmen.

## 8. Eine Politik der kleinen Schritte

Das Notwendige wird nicht immer in Angriff genommen. Entscheidungsträger sind in Interessenkonstellationen eingebunden, die es ihnen verwehren, das vielleicht durchaus als richtig Erkannte zu tun. Dies gilt insbesondere dann, wenn hinter sozialpolitischen Vorhaben keine unmittelbar sichtbaren ökonomischen Notwendigkeiten und auch kein fühlbarer sozialer Druck, sondern nur die bessere Erkenntnis steht: Gäbe es einen europaweiten Aktionstag mit Massenstreiks und Demonstrationen zugunsten klarer sozialpolitischer Ziele der Gemeinschaft, die Diskussion um soziale Grundrechte würde völlig anders verlaufen. Unter den gegebenen Bedingungen sind die Perspektiven bescheidener. Sie konzentrieren sich nicht anders als im nationalen Bereich einerseits auf "staatliche", d.h. Gemeinschafts-Intervention. Zum anderen geht es um die Selbsthilfe der Betroffenen.

### 8.1 EG-Interventionen

Die Widerstände gegen sozialpolitische Innovationen dürften dann vergleichsweise gering sein, wenn ihre Umsetzung keine oder jedenfalls keine meßbaren Kostenbelastungen mit sich bringt. Als Beispiel können immaterielle Rechte wie die Meinungsfreiheit am Arbeitsplatz oder auch die Beteiligung der Arbeitnehmer am betrieblichen Geschehen stehen. Die EG-Richtlinie zum Datenschutz<sup>64</sup>, die auch Arbeitnehmerdaten erfaßt, ist hierfür ebenso ein Beispiel wie die Richtlinie über Europäische Betriebsräte<sup>65</sup>.

63 Vgl. Pieters, Sociale Grondrechten op prestaties in de Grondwetten van den Landen van de Europese Gemeenschap, Antwerpen 1986.

64 Richtlinie vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, abgedruckt bei Däubler-Klebe-Wedde, Bundesdatenschutzgesetz, Basiskommentar, Köln 1996, Anhang I.

65 Zu ihr siehe oben bei Fn 34.

Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Rahmen nationaler Systeme läßt sich nicht erzwingen, wohl aber fördern. Ein wichtiges Mittel, das in der Bundesrepublik bislang kaum in diesem Zusammenhang angesprochen wurde, könnte die öffentliche Auftragsvergabe sein: Es müßte zu den Vergabebedingungen gehören, daß eine betriebliche Interessenvertretung existiert und den Antrag des Unternehmens befürwortet<sup>66</sup>.

Eine Annäherung an einzelne soziale Grundrechte könnte auf die Weise erfolgen, daß im EG-Vertrag vorgesehene Politiken stärker auf den einzelnen bezogen werden. Ein Beispiel hierfür wäre die in Art. 130a EG-Vertrag vorgesehene Stärkung des "wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts" der Gemeinschaft; er soll — wie es dort weiter heißt — insbesondere den Abstand zwischen den verschiedenen Regionen und den Rückstand der am wenigsten begünstigten Gebiete verringern. Nach heutigem Verständnis hat diese Bestimmung nur einen minimalen rechtlichen Gehalt<sup>67</sup>. Entscheidend bleibt der politische Wille der Gemeinschaft wie der Mitgliedstaaten.

Dies muß nicht immer und unter allen Umständen so bleiben. So könnte man sehr wohl daran denken, ein "Recht auf vergleichbare Lebensbedingungen" zu schaffen, das die Betroffenen ins Spiel brächte. Inhaltlich müßte sich dadurch an der Regionalpolitik der Gemeinschaft nicht notwendig etwas ändern, aber es gäbe in Extremfällen eine gerichtliche Korrektur: Würde etwa der Rückstand der am wenigsten begünstigten Gebiete nicht verringert, sondern größer, könnte die Gemeinschaft durch den EuGH zu kompensatorischen Maßnahmen verpflichtet werden<sup>68</sup>. Vergleichbares wäre bei der Umweltpolitik nach Art. 130r EG-Vertrag denkbar. Die dort genannten Ziele, die Umwelt zu erhalten und ihre Qualität zu verbessern, zum Schutz der menschlichen Gesundheit beizutragen und eine umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen zu gewährleisten, muß nicht auf alle Zeiten bloßes Politikziel bleiben. Ein subjektives Recht auf Gesundheit könnte dort eingreifen, wo die Gemeinschaft völlig untätig bleibt oder gar Umweltschäden verursacht: Beides sind Fälle, die in der Praxis wohl nur ausnahmsweise eine Rolle spielen, deren ausdrücklicher Ausschluß aber für alle Beteiligten von Nutzen wäre. Daß damit freilich erst der Anfang eines wirksamen Umweltrechts auf Gemeinschaftsebene gemacht wäre, steht auf einem anderen Blatt.

66 Zur spärlichen Diskussion und Praxis in der Bundesrepublik siehe Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 13. Aufl., Reinbek 1995, Rn 1387 ff.

67 A. Glaesner, Der Grundsatz des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Baden-Baden 1990, S. 177 ff.

68 Eine ähnliche Überlegung entwickelte das BVerfG bei der Bewältigung von Kriegsschäden: Der Staat sei von Verfassungen wegen zu einem sozialen Ausgleich der Lasten verpflichtet, siehe BVerfG 27, 253, 283; 41, 126.

## 8.2 Sozialer Dialog oder Koordinierung der Tarifpolitik?

Der in Art. 118b EG-Vertrag und in Art. 4 des Maastrichter Abkommens zur Sozialpolitik geregelte Soziale Dialog hat bislang nur bescheidene Ergebnisse aufzuweisen. Die produzierten Erklärungen zeichnen sich durch einen außerordentlich hohen Abstraktionsgrad sowie durch die Verwendung von Begriffen aus, deren konkreter Gehalt gegen Null geht. Dazu kommt ein demokratisches Defizit: Nirgendwo gibt es ein Verfahren, das sicherstellt, daß einzelne Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbände im Sozialen Dialog präsent sind. Selbst die stärkste Einzelgewerkschaft eines Mitgliedstaates kann — wenn nicht Mitglied im EGB — ausgeklammert bleiben. Auch wird die Frage der Interessen Nichtorganisierter dann aktuell, wenn man im Rahmen des Art. 4 des Abkommens zur Sozialpolitik Ergebnisse des Sozialen Dialogs in das Gemeinschaftsrecht übernimmt: Da in einem solchen Fall weder der Wirtschafts- und Sozialausschuß noch das Europäische Parlament eingeschaltet sind, wird die demokratische Legitimation reichlich brüchig. Dies gilt erst recht für Vorhaben, die Auswirkungen auf Nicht-Arbeitnehmer und Nicht-Arbeitgeber haben. Zu denken wäre etwa an den Fall des Art. 2 Abs. 3 1. Spiegelstrich des Abkommens, wonach sich die europäischen Sozialpartner auch über die "soziale Sicherheit der Arbeitnehmer" verständigen und deshalb beispielsweise auch die Position der Rentner regeln können. Schließlich sind die Sozialpartner auf nationaler Ebene nicht bereit, verbindliche Handlungskompetenzen an die Brüsseler Spitzen abzugeben. Insofern muß es dort bei letztlich unverbindlichen Empfehlungen verbleiben.

Demokratischer, aber zugleich auch aussichtsreicher ist es, nicht auf die Gespräche auf höchster Ebene zu setzen, sondern statt dessen den Versuch zu unternehmen, die in den Mitgliedstaaten stattfindenden Tarifverhandlungen zu koordinieren: Soweit diese zumindest wesentliche Teile einer Branche erfassen, müßte es möglich sein, innerhalb einiger Jahre die Laufzeiten der Verträge aneinander anzunähern und so die Verhandlungen in etwa zeitgleich zu führen<sup>69</sup>. Dies hätte die ganz unmittelbar-praktische Folge, daß die kurzfristige Verlagerung von Produktion in einen anderen Mitgliedstaat ausgeschlossen wäre. Außerdem könnte man die Forderungen der jeweiligen Partnerorganisation unterstützen; befindet sich diese in einer besonders schwierigen Situation, kann ggfs. erst auf diese Weise ein vernünftiger Kompromiß möglich werden. Grenzüberschreitende Solidarität würde zum Erfahrungsschatz der Betroffenen gehören — wäre es nicht sinnvoll, auch im Zeitalter des Individualismus ein wenig über eine solche Möglichkeit nachzudenken?

69 Zu entsprechenden Überlegungen im Baugewerbe s. *Baumann-Laux-Schnepf*, WSI-Mitt 1997, 138.