

# Herausforderungen an das Arbeitsrecht<sup>1</sup>

Prof. Dr. Dres. h. c. Manfred Weiss, Universität Frankfurt/M.

## I. Zur Funktion des Arbeitsrechts

Über Herausforderungen an das Arbeitsrecht lässt sich nur sinnvoll diskutieren, wenn Klarheit darüber besteht, was das Arbeitsrecht ausmacht und worin seine Funktion besteht. Will man sich darüber informieren, wird man nirgendwo besser fündig als in den Schriften des Namensgebers des neu eröffneten Hugo-Sinzheimer-Instituts. *Sinzheimer* vermittelt uns die Grundeinsicht, dass Arbeit keine Ware ist. Diese in der Philadelphia Erklärung der IAO später zum Leitprinzip erhobene Formel bringt *Sinzheimer* plastisch auf den Punkt, wenn er schreibt: »Arbeit ist ein besonderer Saft. Wer Arbeit leistet, gibt keinen Vermögensgegenstand, sondern sich selbst hin«<sup>2</sup>. Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass der Arbeitsmarkt anderen Regeln zu folgen hat als Güter- und Kapitalmärkte. Arbeitsrecht muss das Machtungleichgewicht im Arbeitsleben kompensieren und ist deshalb in erster Linie Arbeitnehmerschutzrecht. *Sinzheimer* spricht vom »rechtlichen Gewaltverhältnis«<sup>3</sup>, das sich von sonstigen Schuldverhältnissen gravierend unterscheidet. Das Ziel sieht *Sinzheimer* darin, »dem Menschen soziale Grundrechte (zu) verleihen, die ihm eine des Menschen würdige Existenz sichern.«<sup>4</sup> Es geht ihm um eine menschenwürdige Arbeitswelt, in seinen Worten um die Verwandlung der »Wirtschaftsuntertänigkeit in ein wirtschaftliches Bürgertum«<sup>5</sup>. Das, was die IAO in ihrer Agenda zur menschenwürdigen Arbeit<sup>6</sup> derzeit weltweit proklamiert, hat *Sinzheimer* bereits im Frühstadium der arbeitsrechtlichen Entwicklung vorgedacht.

Schnell lässt sich Einigkeit erzielen, dass sich an der Richtigkeit der Sinzheimerschen Funktionsbeschreibung des Arbeitsrechts bis heute nichts geändert hat. Und so kann seine Vision als umfassender Arbeitsauftrag an das neu gegründete Institut gelesen werden. Allerdings ist damit für die Frage, ob das Arbeitsrecht hierzulande in seiner gegenwärtigen Ausprägung diesem Anspruch gerecht wird, noch nichts gewonnen. Meine Überlegungen zielen darauf ab, einer Antwort auf diese Frage etwas näher zu kommen. Dabei werde ich so vorgehen, wie der Arbeitsrechtler und Rechtssoziologe *Sinzheimer* es uns gelehrt hat, nämlich nicht auf der normativen Ebene zu verharren, sondern den Blick auf die gesellschaftliche Wirklichkeit zu richten, mit der es das Arbeitsrecht zu tun hat. Im Anschluss daran werde ich beispielhaft Bereiche skizzieren, für die sich evidenter Reformbedarf ergibt. Schließlich werde ich der Frage nachgehen, was von den Institutionen und Akteuren der Europäischen Union (EU) künftig an rechtsgestaltender Aktivität erwartet werden kann, die solchem Reformbedarf gerecht werden könnte.

## II. Arbeitsrecht und Arbeitswelt

Wird die gesellschaftliche und ökonomische Realität in Blick genommen, gilt es festzuhalten, dass die Industrialisierung den Entstehungsgrund des Arbeitsrechts ausmacht<sup>7</sup>. Seine heutige Erscheinungsform ist Ergebnis sozialer Auseinandersetzungen, Ideologien und Machtkämpfe<sup>8</sup>. Entsprechend ist das Ergebnis von Land zu Land verschieden. Für das Arbeitsrecht der Industriestaaten hat das Fordistische Modell

im Mittelpunkt gestanden<sup>9</sup>. Ausgangspunkt dieses Realitätsmodells<sup>10</sup> war die Fabrik, in der die AN zur Erstellung eines industriellen Produkts zusammen wirkten. Die Arbeitnehmerschaft war relativ homogen. Prototyp war der männliche, in einem unbefristeten Vollzeitverhältnis befindliche AN, der als »breadwinner« fungierte, mithin für das Haushaltseinkommen sorgte. Die Arbeitsbiographie war im Regelfall insoweit von Stabilität gekennzeichnet, als der AN bis zum Rentenalter in ein und demselben Unternehmen (UN) verblieb. Das UN war eine stabile, durch klare Hierarchiestufen gekennzeichnete Größe. Persönliche Abhängigkeit und daraus resultierende Weisungsbefugnis waren leicht fassbare Kriterien des Arbeitsverhältnisses. Organisation der AN im Kollektiv und Schutz durch das Kollektiv waren in diesem Kontext ohne besondere Schwierigkeiten herstellbar. Anpassung an einen lediglich inkremental, also in kleinen Schritten verlaufenden technischen Wandel war kein ernsthaftes Problem. Der Kontext war vor allem national. Die internationale Perspektive spielte nur eine untergeordnete Rolle.

An diesem Szenario stimmt so gut wie nichts mehr. Die Fabrik als Ort, in dem AN zusammenwirken, erodiert. Outsourcing, networking, teleworking und Subunternehmen sind auf der Tagesordnung. Nicht nur die Fabrik wird virtuell, sondern industrielle Produktion wird in immer größerem Ausmaß durch Dienstleistung überlagert. Flache Hierarchien lösen traditionelle Hierarchiestrukturen ab, so dass das einfache Konzept von Über- und Unterordnung nur bedingt funktioniert. Die Arbeitnehmerschaft ist nicht homogen, sondern fragmentiert und segmentiert. Neben traditionelle Vollzeit tritt Teilzeit, die besonders in Form marginaler Teilzeit, sog. Minijobs, für die Betroffenen große Probleme aufwirft. Befristete Arbeitsverhältnisse lösen unbefristete ab. In immer größerem Umfang wird auf Leiharbeit zurückgegriffen. Schließlich nimmt die Gruppe der Selbständigen, die wirtschaftlich in einer den AN vergleichbaren Lage sind, ständig zu. Das Spektrum der Fragmentierung ließe sich leicht weiter ausdifferenzieren<sup>11</sup>. Der Arbeitsmarkt ist glücklicherweise nicht mehr von Männern dominiert; Frauen haben darin – wenn auch noch lange nicht den ihnen zukommenden –

<sup>1</sup> Geringfügig veränderte Version eines Vortrags anl. der Eröffnung des Hugo-Sinzheimer-Instituts am 29. April 2010 in Frankfurt/M.

<sup>2</sup> H. *Sinzheimer*, Das Wesen des Arbeitsrechts (1927), in H. *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 1, Frankfurt / Köln 1976, 108 ff (110).

<sup>3</sup> ebenda 112.

<sup>4</sup> ebenda 113.

<sup>5</sup> ebenda 113.

<sup>6</sup> Vgl. Bericht des Generaldirektors »Menschenwürdige Arbeit: Kommende Strategische Herausforderungen, Bericht I ( C ), Genf 2008.

<sup>7</sup> Vgl. dazu B. *Hepple*, in B. *Hepple* (ed.), The Making of Labour Law in Europe, London / New York 1986, 12.

<sup>8</sup> Vgl. dazu B. *Hepple* / B. *Veneziani*, in B. *Hepple* / B. *Veneziani* (eds.), The Transformation of Labour Law, Oxford / Portland, 2009, 26.

<sup>9</sup> Dass es daneben schon immer Arbeitsverhältnisse gab, die sich diesem Muster nicht zuordnen lassen, ändert an diesem Befund nichts. Es geht um den Prototyp, auf den das Arbeitsrecht abzielte.

<sup>10</sup> Vgl. dazu S. *Simitis*, Hat das Arbeitsrecht noch eine Zukunft ?, in S. *Simitis*, Arbeitsrecht – Unwägbarkeiten und Dilemmata, Frankfurt 2005, 366 ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu vor allem Beiträge in G. *Davidov* / B. *Langille* (eds.), Boundaries and Frontiers of Labour Law, Oxford / Portland 2006.

Platz gefunden. An die Stelle homogener Arbeitnehmerinteressen ist eine kaum zu entwirrende Interessenvielfalt getreten, insbes. zwischen verschiedenen Alterskohorten. Arbeitsbiographien sind durch Übergänge zwischen verschiedenen Arbeitsplätzen gekennzeichnet. Schneller und neue Dimensionen eröffnender technischer Wandel und daraus resultierende Veränderungen der Arbeitsorganisation stellen AN vor schwierige Herausforderungen. De- und Requalifizierung werden zu wichtigen Faktoren. Transnationalisierung und kontinuierliche Umstrukturierung von UN führen zu ständig präsenter Verunsicherung der Arbeitnehmerschaft. Globalisierung entfaltet Wettbewerbsdruck. Entsprechend wird die internationale Perspektive wichtiger.

### III. Zum Reformbedarf

Diese wenigen und zugegeben etwas willkürlich aneinander gereihten Andeutungen mögen genügen, um deutlich zu machen, dass die heutige Wirklichkeit des Arbeitslebens nichts mit der Realität zu tun hat, auf die das Arbeitsrecht einstmals zugeschnitten wurde. Deshalb ist es notwendig, den gesamten Normenbestand ebenso wie die kollektiven Strukturen auf den Prüfstand zu stellen und daraufhin zu überprüfen, ob sie diesen neuen Realitäten gerecht werden. Dabei hat das Arbeitsrecht Anpassungsleistungen erbracht, deren Bedeutung nicht zu unterschätzen ist. Um nur ein Beispiel herauszugreifen: Die vom europäischen Gesetzgeber initiierte Gesetzgebung zum Verbot der Diskriminierung benachteiligter Gruppen<sup>12</sup> ist ein Meilenstein der Arbeitsrechtsentwicklung, dessen überragende Bedeutung nicht hoch genug veranschlagt werden kann. Und so hat sich nicht nur die Realität des Arbeitslebens verändert, vielmehr hat auch das Arbeitsrecht wichtige Veränderungsprozesse durchlaufen. Natürlich sieht das Arbeitsrecht – auch in Deutschland – heute anders aus als im Gründungsstadium. Doch das reicht nicht aus, wie ich an Hand einiger Beispiele illustrieren möchte. Dabei geht es nicht um De-, sondern im Gegenteil um Re-Regulierung.

Mein erstes Beispiel zielt auf die Interessenvielfalt in der Arbeitnehmerschaft. Während unbefristete Vollzeitbeschäftigung zurückgeht, verzeichnen Teilzeit, befristete Arbeitsverhältnisse und Leiharbeit einen deutlichen Anstieg. Zu fragen ist deshalb, was getan werden muss, um Exklusion und Prekarisierung dieser Arbeitnehmergruppen zu vermeiden. Randbelegschaften einfach so zu behandeln, als wären sie Stammbeslegschaften – wie es etwa die EG-Richtlinien zu Teilzeitarbeit<sup>13</sup> und zu befristeten Arbeitsverhältnissen versuchen<sup>14</sup> – dürfte m. E. das Problem kaum lösen. Dem im befristeten Arbeitsverhältnis stehenden AN hilft Gleichbehandlung mit dem unbefristet beschäftigten AN hinsichtlich des Kündigungsschutzes wenig, wenn die Befristung abläuft. Und Gleichbehandlung der teilzeitbeschäftigten AN rettet sie nicht davor, in einen Minijob abzurutschen, der ihnen keinen Existenz sichernden Lohn bietet. Und selbst wenn Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb so wie die dort fest angestellten AN behandelt würden – wovon sie weit entfernt sind<sup>15</sup> –, ändert das nichts an ihrem Status als beliebig verschiebbare Arbeitsreserve, über deren Einsatzmöglichkeiten ausschließlich die den Überlassungsvertrag schließenden Parteien befinden. Wieder geht es nicht darum, die Errungenschaft der Gleichbehandlung klein zu reden, sondern lediglich darauf aufmerksam zu machen, dass neue Formen des Arbeitsverhältnisses andere, für ihre spezifische Situation maßgeschneiderte Regeln brauchen, wobei deren Schutz im Prinzip stärker ausfallen muss, weil sie in einer verwundbareren Position sind<sup>16</sup>. Sollte eine akzeptable Regelungsstruktur nicht möglich sein,

müsste man der angesprochenen Fragmentierung der Arbeitnehmerschaft vehementer gegensteuern.

Die Gefahr von Exklusion und Prekarisierung neuer Formen des Arbeitsverhältnisses ergibt sich auch daraus, dass angesichts der Interessendivergenz die kollektive Repräsentation ihrer Interessen schwierig ist. Ob es Gewerkschaften und BR gelingt, dieser Interessenvielfalt gerecht zu werden, ist mit einem Fragezeichen zu versehen. Aus den Organisationstheorien<sup>17</sup> wissen wir, dass Interessenshomogenität eine der Grundvoraussetzungen für schlagkräftige Interessendurchsetzung ist. Zu viel Binnendifferenzierung kann zur Schwächung der Organisation führen, sei es der Gewerkschaft oder des BR. Wie das Dilemma aufzulösen ist, vermag ich nicht zu sagen. Mir geht es darum, ungelöste Probleme und damit Aufmerksamkeitsfelder für die Forschung im neu gegründeten Hugo-Sinzheimer-Institut zu benennen.

Neue Formen des Arbeitsrechts, Unterbrechungen und berufliche Neuorientierungen in modernen Erwerbsbiographien verweisen auf einen Reformbedarf, auf den schon *Sinzheimer* aufmerksam gemacht hat. Er plädierte für ein weites Verständnis des Arbeitsrechts, das das Sozialrecht mit einbezieht<sup>18</sup>. Diese beiden Rechtsgebiete enger zu verzahnen, ist eine der gegenwärtigen Hauptaufgaben<sup>19</sup>. Denn was nützt es etwa einem Teilzeitbeschäftigten, wenn das Arbeitsrecht diese Form des Arbeitsverhältnisses attraktiv gestaltet, die aus solcher Tätigkeit resultierende Rente jedoch ausgeblendet bleibt. Dass Bestandsschutzregeln und Einkommenssicherung bei Arbeitslosigkeit als interagierende Größen gesehen werden müssen, ist eine Binsenweisheit. Diese Interaktion wird umso dringender, je mehr Transformationsphasen es in einer Erwerbsbiographie gibt, wo es nicht nur um Einkommenssicherung, sondern auch um Weiterbildung geht, die für neue Tätigkeiten qualifiziert.

Obwohl diese Zusammenhänge ins Auge springen, ist die Trennwand zwischen beiden Rechtsgebieten gerade in Deutschland groß. Traditionell – und im Ansatz grundfalsch – wird Arbeitsrecht als Sonderbereich des Privatrechts begriffen, während Sozialrecht dem öffentlichen Recht zugeschlagen wird. Entsprechend werden die Gebiete in der Juristenausbildung voneinander getrennt und von verschiedenem Personal gelehrt und erforscht. Die Trennung spiegelt sich in den verschiedenen Gerichtsbarkeiten. Der sachliche Zusammenhang würde weiter verdunkelt, würde man denen nachgeben, die aus Kostengründen die Sozial- in die Verwaltungsgerichtsbarkeit integrieren wollen. Anders als in Deutschland werden Arbeits- und Sozialrecht im Europarecht als funktional eng aufeinander bezogene Teilsysteme begriffen, die als Gesamtsystem auf sozialen Schutz angelegt sind<sup>20</sup>. Das gilt auch

<sup>12</sup> Zu diesem Gesamtkomplex vgl. *M. Weiss*, Unfair Discrimination Law – Developments at European Level (with special reference to the new German Act on Equal Treatment), in: O. Dupper / C. Garbers (eds.), *Equality in the Workplace*, Kapstadt 2009, 63 ff.

<sup>13</sup> § 4 Abs. 1 der RL 97/81/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit v. 15.12.97, ABl. 1998 Nr. L 14/9.

<sup>14</sup> § 4 Abs. 1 der RL 99/70/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge v. 28.6.99, ABl. Nr. L 175/43.

<sup>15</sup> Vgl. dazu *J. Ulber*, Die Richtlinie zur Leiharbeit, AuR 2010, 10 ff.

<sup>16</sup> Dazu eindringlich *N. Smit / E. Fourie*, Extending Protection to Atypical Workers, Including Workers in the Informal Economy in Developing Countries, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2010, 43 ff.

<sup>17</sup> Zu diesen Theorien vgl. übersichtliche Zusammenstellung in *A. Kieser / M. Ebers*, *Organisationstheorien*, Stuttgart 2006.

<sup>18</sup> Vgl. *H. Sinzheimer*, aaO, 110.

<sup>19</sup> Dazu *O. Deinert*, Sozialrecht: Unbekannte Welt für Arbeitsrechtler, AiB 2009, 227 ff.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu *M. Weiss*, Inkongruenzen zwischen europäischem und deutschem Arbeitsrecht, in: U. Baeck et al. (Hrsg.), *FS Bauer*, München 2010, 1083 ff (1086 f).

für viele EU-Mitgliedstaaten, was dadurch zum Ausdruck kommt, dass beide Bereiche begrifflich unter einem Dach – etwa in Frankreich »droit social« – vereinigt werden. Für die überfällige Umorientierung in Deutschland gibt es mithin reichhaltiges Anschauungsmaterial.

Mein drittes Beispiel knüpft an den rasanten technologischen Wandel an, der die von *Sinzheimer* angesprochene Gefährdung der Menschenwürde im Arbeitsverhältnis und in dessen Vorfeld auf eine neue Ebene gehoben hat. Die nahezu unbegrenzte Zugriffsmöglichkeit auf die Privatsphäre, der mögliche Missbrauch persönlicher Daten, die weitgehende Möglichkeit umfassender Leistungs- und Verhaltenskontrolle sowie nicht zuletzt die Möglichkeit des Zugriffs auf den genetischen Code verlangen nach umfassender Regelung. Gewiss: Die Aktivierung des Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung – wie überhaupt das Insistieren auf der Drittwirkung der Grundrechte – haben ebenso wie erste gesetzliche Regelungen geholfen, übelsten Missständen zu begegnen. Doch noch immer fehlt ein umfassendes Arbeitnehmerdatenschutzrecht. Die Mini-Korrektur des BDSG vermag diesen Mangel nicht auszugleichen. Wie groß der Reformbedarf ist, zeigt die hitzig geführte Diskussion um ELENA<sup>21</sup>.

Dass die Grundrechte im Arbeitsverhältnis ihre Wirkung entfalten müssen, ist allgemein konsentiert<sup>22</sup>. So ist es zu begrüßen, dass nicht zuletzt die Rechtsprechungsentwicklung dafür gesorgt hat, dass die Meinungsfreiheit nicht mehr in inakzeptabler Weise von so vagen Kategorien wie Treuepflicht und Betriebsfrieden gebremst wird, sondern es möglich ist, ohne eine Sanktion befürchten zu müssen, Missstände im UN öffentlich anzuprangern, wenn trotz Beanstandung intern nicht für Abhilfe gesorgt wird. So begrüßenswert diese Rückendeckung für das sog. »whistleblowing« ist<sup>23</sup>, so gefährlich wird es, wenn es unter dem Modewort »compliance«<sup>24</sup> zu einem Instrument der Denunziation umfunktioniert wird, wenn von AN erwartet wird, beobachtetes Fehlverhalten von Kollegen und Kolleginnen bei der Geschäftsleitung – angeblich im Interesse der Effizienzsteigerung – anzuzeigen. Diesem aus den USA herüber geschwappten Unwesen gilt es einen Riegel vorzuschieben<sup>25</sup>.

Mein nächstes Beispiel zeigt, dass sich Reformbedarf nicht nur aus der veränderten Realität des Arbeitslebens ergibt, sondern dass noch immer Mängel auszugleichen sind, die dem Arbeitsrecht von Anfang an innewohnen. So ist es bei der Rechtsdurchsetzung. Es wäre naiv und weltfremd, glauben zu wollen, AN würden bei bestehendem Arbeitsverhältnis in Scharen vor Gericht ziehen, um ihren Rechten zum Durchbruch zu verhelfen, selbst wenn sie noch so sehr mit Füßen getreten werden. Das gilt in besonderem Maße für Randgruppen der Arbeitnehmerschaft. Insbes. in Krisenzeiten setzen AN ihren Arbeitsplatz nicht durch den Gang zum Gericht aufs Spiel. Es verwundert nicht, dass Arbeitnehmerklagen aus bestehendem Arbeitsverhältnis heraus in jeder Statistik als Rarität erscheinen und gerichtliche Auseinandersetzungen sich im wesentlichen auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit zusammenhängende Ansprüche konzentrieren<sup>26</sup>. Das führt zur Frage, ob es sinnvoll ist, die Durchsetzung seines Rechts dem einzelnen AN aufzubürden, oder ob nicht nach anderen Formen gerichtlicher Inanspruchnahme gesucht werden muss, wenn das Arbeitsrecht nicht in vielen Fällen toter Buchstabe bleiben soll. So wäre zu überlegen, ob und inwieweit Gewerkschaften (oder vielleicht auch BR) an Stelle einzelner AN sollten klagen können, ohne dass diese sich exponieren und damit Sanktionen riskieren müssen. Die zaghaften Ansätze einer Verbandsunterstützung im AGG sind bei weitem zu wenig.

Bei der Rechtsdurchsetzung sollten wir nicht nur an deren justizielle Form denken. Es geht nicht nur um Verletzung geltenden, sondern auch um Durchsetzung neuen Rechts. Angesprochen ist hier die Mög-

lichkeit des Streiks. Warum soll es nicht möglich sein, einer so zentralen Forderung wie der nach einem flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohn durch gewerkschaftlichen Proteststreik Druck zu verleihen? Die deutsche Vorstellung, wonach der Streik nur zur Durchsetzung von TV zulässig sein soll, gilt es auf den Prüfstand zu stellen. Die für die Interpretation der Übereinkommen 87 und 98 zuständigen IAO-Gremien – Ausschuss für Vereinigungsfreiheit und Sachverständigenausschuss – halten diese Einengung für nicht mit den dort normierten Vorgaben vereinbar<sup>27</sup>. Der für die authentische Auslegung der im Kontext des Europarats entwickelten Europäischen Sozialcharta (ESC) zuständige Ausschuss der Sozialen Rechte hat ebenfalls das Verbot aller Streiks in Deutschland, die nicht auf den Abschluss eines TV gerichtet sind, als mit den Erfordernissen des Art. 6 Abs. 4 der Charta unvereinbar angesehen. Dies hat 1998 zu einer entsprechenden Empfehlung des hierfür zuständigen Ministerkomitees an die Bundesrepublik geführt, die bis heute unbeachtet blieb<sup>28</sup>. Es handelt sich wohlgerne um von Deutschland ratifizierte Verträge und damit um einfachgesetzliches Recht. Bisher ging man davon aus, dass dies nicht zur Anwendung gelangen könne, weil insoweit Art. 9 Abs. 3 des vorrangigen Grundgesetzes entgegenstehe. Doch hat inzwischen das *BVerfG* – wenn auch in anderem Kontext – eine völkerrechtsfreundliche Interpretation des GG angemahnt<sup>29</sup>. Das gilt auch für den in höchstem Maße vage gefassten und zur Rechtswidrigkeit von Streiks keine Aussage treffenden Art. 9 Abs. 3 GG. Man darf gespannt sein, wie die Rspr. auf die Aufforderung des *BVerfG* reagiert.

Mein letztes Beispiel befasst sich mit der Transnationalität unternehmerischer Aktivität und den sich daraus ergebenden Herausforderungen für das Arbeitsrecht. Transnational agierende UN haben nicht nur die Möglichkeit, Produktion oder Dienstleistungen in Länder zu verlagern, in denen das Arbeitsrecht weniger entwickelt ist und die Arbeitsbedingungen aus Unternehmersicht günstiger sind. Sie können auch bei Betriebsschließungen oder ähnlichen die AN nachteilig betreffenden Maßnahmen das Land auszusuchen, dessen Arbeitsrecht den geringsten Widerstand bietet. Dieses sog. »forum shopping« kann nur unterbunden werden, wenn international für vergleichbare Schutzmechanismen gesorgt wird. Die IAO ist seit mehr als 90 Jahren bemüht,

21 Vgl. hierzu *P. Wedde*, ELENA – Meilenstein auf dem Weg zum Bürokratieabbau oder Stolperstein für das Persönlichkeitsrecht, AuR 2010, 94 ff.

22 Zu Defiziten und Schiefen in diesem Bereich vgl. *W. Däubler*, Gleichheit statt Freiheit, in *T. Dieterich et al.* (Hrsg.), Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für U. Zachert, Baden-Baden 2010, 227 ff.

23 Zur Einordnung der dt. Entwicklung in den internationalen Kontext *R. Ogorek*, Whistleblowing – oder vom Verpfeifen im Arbeitsrecht und anderswo, in: *A. Höland et al.* (Hrsg.), Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt – Liber Amicorum Manfred Weiss, Berlin 2005, 539 ff.

24 Grundlegend dazu *T. Mahnhold*, Compliance und Arbeitsrecht, Frankfurt 2004.

25 Hierzu mit einem bedenkenswerten Regelungsvorschlag *T. Klebe / A. Wroblewski*, Verbotene Liebe? Zur rechtlichen Zulässigkeit von Ethikrichtlinien, insbesondere von internen »Whistleblowing« Systemen, in *Dieterich et al.*, op. cit., 313 ff.

26 Zu diesem Befund vgl. *W. Däubler*, Die offenen Flanken des Arbeitsrechts, AuR 2010, 142 ff (146 f.); *ders.* schon AuR 1995, 305 ff.: Kollektive Durchsetzung individueller Rechte.

27 International Labour Office (ed.), Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 5. Aufl., Genf 2006, Rn. 526, 527, 529, 541 und 542, sowie International Labour Office (ed.), Freedom of Association and Collective Bargaining, International Labour Conference, Report III, (Part 4B), Genf 1994, Rn. 165; zu völkerrechtlichen Anforderungen an das Streikrecht vgl. Auch Übersicht bei *Hayen/Ebert*, AuR 2008, 19, 23 ff.; zur aktuellen Rspr. des *EGMR*, die die IAO-Sprachpraxis einbezieht, vgl. *K. Lörcher*, Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik, AuR 2009, 229 ff.

28 Vgl. Dt. Übersetzung dieser Empfehlung in AuR 1998, 154 ff. und dazu *W. Däubler*, Neue Grundsätze im Arbeitskampf?, AuR 1998, 144 ff.

29 *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (Görgülü).

weltweit Mindeststandards zu entwickeln, was inzwischen zu über 200 Übereinkommen und noch mehr Empfehlungen geführt hat<sup>30</sup>. Doch wäre es falsch, daraus den Schluss zu ziehen, dass die in den Übereinkommen enthaltenen Mindestbedingungen auch in der Rechtspraxis der IAO-Mitgliedsländer Wirkung entfalten. Das »law in the books« und das »law in action« klaffen meilenweit auseinander. Zum einen liegt das an der beschämend niedrigen Ratifizierungsquote und z. a. daran, dass der Mechanismus der Sanktionierung von Verstößen äußerst schwach ausgeprägt ist. Er basiert auf dem Konzept der »mobilization of shame«, das davon ausgeht, dass die Verantwortlichen in einem bei einem Verstoß ertapten Land sich deswegen schämen und dann postwendend für Normbeachtung sorgen. Das funktioniert leider auch in Deutschland nicht, das mehrfach – etwa wegen des Verbots des Beamtenstreiks<sup>31</sup> – gerügt wurde, ohne sich weiter darum zu kümmern (auch von einem Aufschrei der Gewerkschaften hat man in diesen Fällen wenig gehört, von den Medien ganz zu schweigen, die derlei so gut wie nie zur Kenntnis nehmen). Die ESC ist nach demselben Sanktionsmuster gestrickt<sup>32</sup>, hat mithin ebenfalls kein effizientes Durchsetzungsinstrument gegenüber renitenten Mitgliedstaaten.

Anders ist das nur im Bereich der EU. Deren Recht hat bekanntlich Vorrang vor nationalem Recht; über seine Durchsetzung wacht mit strengem Auge die Kommission, und im Streitfall sorgt der *EuGH* dafür, dass Umsetzungsdefizite in den Mitgliedstaaten korrigiert werden. Das bisher entwickelte Arbeitsrecht der EU hat dafür gesorgt, dass zumindest in einigen Bereichen Mindestbedingungen unionsweit gelten, die – wie das Beispiel der Diskriminierungsverbote zeigt – nicht unterschätzt werden sollten, die aber in den angesprochenen Problembereichen noch keine befriedigenden Regelungsstrukturen entwickelt haben<sup>33</sup>. Sieht man davon ab, dass die Gemeinschaft unverständlicherweise »für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht« (Art. 153 Abs. 5 AEUV, zuvor Art. 137 Abs. 5 EG) über keine Gesetzgebungsbefugnis verfügt, hat sie inzwischen Kompetenz zur Gesetzgebung für alle denkbaren arbeitsrechtlichen Fragen. Trotz dieser Gesetzgebungskompetenz kann allerdings bislang von einer systematisch angelegten Gesamtkonzeption des europäischen Arbeitsrechts keine Rede sein. Vielmehr werden Einzelfragen herausgegriffen und isoliert geregelt. Damit bleiben die Eingriffe in nationales Arbeitsrecht punktuell und fragmentarisch. Immerhin wurde durch die Entsenderichtlinie<sup>34</sup> und die Dienstleistungsrichtlinie<sup>35</sup> wenigstens im Ansatz dafür gesorgt, dass transnational erbrachte Dienstleistungen nicht zu sozialpolitischen Verwerfungen im jeweiligen Gastland führen. Allerdings bezieht sich das Erfordernis der Beachtung bestimmter Mindestbedingungen in diesen Richtlinien nur auf AN der im Gastland tätigen UN, nicht aber auf Selbständige, mit denen – wie die Erfahrung zeigt – der angestrebte Schutzzweck leicht unterlaufen werden kann<sup>36</sup>.

Die strukturpolitisch wichtigste Weichenstellung bilden die Richtlinien zur Arbeitnehmermitwirkung. Neben den Einzelfragen betreffenden Regelungen zur Information und Konsultation aus den 70er- und 80er Jahren geht es vor allem um Richtlinien aus jüngerer Zeit, die weitgreifende Auswirkungen für die Struktur der Arbeitsbeziehungen in Europa haben: die vor kurzem novellierte Richtlinie über Europäische Betriebsräte (EBR) v. 1994<sup>37</sup>, die Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europ. Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der AN v. 2001<sup>38</sup>, die Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der AN in der EG v. 2002<sup>39</sup>, die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung v. 2005<sup>40</sup>. Ob und wie die Mitbestimmung in der geplanten Richtlinie über die Europ. Privatgesellschaft geregelt werden wird und ob es zur Europ. Privatgesellschaft überhaupt kommt, ist offen. Skepsis ist angebracht.

Ich will nur kurz andeuten, dass sich im Hinblick auf den Ausbau transnationaler Strukturen im Bereich der EBR besonderes Entwicklungspotential ergibt. Auch wenn die Novellierung der EBR-Richtlinie höchst bescheiden ausgefallen ist und vor allem viele Wünsche der Gewerkschaften nicht erfüllt hat<sup>41</sup>, sollte nicht unterschätzt werden, dass die Pflicht zur Anpassung an neue Strukturen des UN bzw. Konzerns Chancen der Effizienzsteigerung für EBR eröffnet. Bei solchen Neuverhandlungen können Mängel ausgeglichen werden, die sich im Zuge der bisherigen Aktivitäten gezeigt haben. Wichtiger ist aber etwas anderes, was mit der Novellierung nicht unmittelbar etwas zu tun hat. In manchen Bereichen – insbes. in der Automobilindustrie – haben EBR eine eigene Dynamik entwickelt, die weit über das Raster der bloßen Information und Konsultation hinausweist: Sie sind zu Verhandlungsakteuren mutiert und haben weit ausgreifende Vereinbarungen mit der Konzernleitung geschlossen. Das reicht von Vereinbarungen über Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz bis hin zu Vereinbarungen, in denen für den Fall von Produktionsverlagerungen etc. die Konsequenzen für die Belegschaften in solidarischer Weise geregelt werden<sup>42</sup>.

Diese Vereinbarungen führen zu der Frage, wie es im transnationalen Kontext mit Kollektivvertragsstrukturen bestellt ist. Vom europäischen TV, von dem manche schon in den 60er Jahren des vergangenen Jhd. geträumt haben, sind wir noch weit entfernt. Was wir stattdessen haben, ist der soziale Dialog, als branchenübergreifender im Vertragswerk verankert und eher wildwüchsig der sektorale soziale Dialog für mittlerweile 36 Branchen. Dort können jeweils freiwillige Rahmenvereinbarungen geschlossen werden, die »nach den jeweiligen Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten« (Art. 155 Abs. 2 AEUV, vormals Art. 139 Abs. 2 EG) durchzu-

30 Vgl. dazu M. Weiss, Strategien zur Globalisierung arbeitsrechtlicher Mindeststandards, in: G. Annus et al. (Hrsg.), FS Richardi, München 2007, 1093 ff. (1094 ff).

31 Vgl. dazu L. Betten, International Labour Law – Selected Issues, Deventer / Boston 1993, 118 ff.

32 Vgl. zur ESC A. M. Swiatkowski, Charter of Social Rights of the Council of Europe, Kluwer Law International 2007.

33 Vgl. hierzu M. Weiss, Die Europäisierung des Arbeitsrechts, in: C. Gaitanides et al. (Hrsg.), Europa und seine Verfassung – FS Zuleeg, Baden-Baden 2005, 589 ff, und neuerdings ders., European Labour Law in Transition from 1985 to 2010, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 3 ff.

34 RL 96/71/EG über die Entsendung von AN im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen v. 16.12.96, ABl. 1997 Nr. L 18/1.

35 RL 06/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt v. 12.12.2006, ABl. 2006, L 376/36.

36 Vgl. dazu M. Weiss, The Implication of the Services Directive on Labour Law – A German Perspective, in: R. Blanpain (ed.), Freedom of Services in the European Union, Kluwer Law International 2006, 77 ff. (82 ff.).

37 RL 94/45/EG über die Einsetzung eines EBR oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der AN in gemeinschaftsweit operierenden UN und Unternehmensgruppen v. 22.9.94, ABl. 1994 Nr. L 254/64; novelliert durch RL 09/38/EG v. 6.5.2009, ABl. 2009 Nr. mL 122/28.

38 RL 01/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der AN v. 8.10.2001, ABl. Nr. L 294/22.

39 RL 02/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der AN in der EG v. 11.3.2002, ABl. Nr. L 80/29.

40 RL 05/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten v. 26.10.2005, ABl. 2005 Nr. L 310/1.

41 Vgl. hierz B. Waas, Die neue EBR-Richtlinie 2009/38/EG, KritV 2009, 400 ff.; Th. Blanke, AuR 2009, 242 ff.

42 Vgl. T. Klebe / O. Kunz, Europäische Betriebsräte – Erste Erfahrungen, Jahrbuch des Arbeitsrechts 2001, 55 ff und T. Blanke, European Works Council Agreements, in: Comisión Consultativa Nacional de Convenios Colectivos (ed.), Collective Bargaining in Europe, Madrid 2004, 395 ff. (413 ff.).

führen sind. Sie sind keine normativ geltenden TV, sondern Angebote an die nationalen Akteure, von ihnen Gebrauch zu machen und sie in ihr Gesetzgebungs- oder Kollektivvertragsprogramm zu integrieren<sup>43</sup>. Ein rechtlicher Zwang geht von ihnen nicht aus. Bisher gab es im branchenübergreifenden sozialen Dialog 4 solcher Rahmenvereinbarungen: zur Telearbeit (2002), zu arbeitsbedingtem Stress (2004), zu Belästigung am Arbeitsplatz (2006) und zu Gewalt am Arbeitsplatz (2009). Da dem EGB kein Druckmittel zur Verfügung steht, die Streikdrohung mithin nicht in Betracht kommt, gelingen solche Rahmenvereinbarungen nur auf Basis reiner Freiwilligkeit. Das erklärt, warum sie nur bei Themen zustande kommen, die zwischen Gewerkschafts- und Arbeitgeberseite so gut wie nicht strittig sind. Konfliktreiche Felder bleiben ausgeklammert. Im sektoralen sozialen Dialog ist das nicht anders<sup>44</sup>.

Die Funktion der Rahmenvereinbarungen ist im branchenübergreifenden und im sektoralen Dialog dieselbe. Sie zwingen die europäischen Akteure, nicht nur vor dem Zustandekommen eines solchen Abschlusses, sondern vor allem danach intensive Kommunikation mit den nationalen Akteuren zu pflegen, um die Wirkung solcher Vereinbarungen nicht verpuffen zu lassen. Diese Kommunikation ist eine wesentliche Konstitutionsbedingung für die Stärkung der europäischen Idee auf Arbeitgeber- und Gewerkschaftsseite in allen EU-Mitgliedstaaten. Auf lange Sicht können so Akteure heranwachsen, die Träger eines derzeit noch im Reich der Illusionen verharrenden europäischen Tarifvertragssystems sein könnten. Im Übrigen sind diese für die nationalen Akteure rechtlich unverbindlichen Rahmenvereinbarungen dazu gedacht, deren Phantasie anzuregen und so zumindest ähnliche Regelungen in den Mitgliedstaaten zu befördern<sup>45</sup>, was etwa im Bereich der Telearbeit ausweislich der vorl. Berichte recht gut gelungen ist. Dennoch handelt es sich nur um eine weiche Einflussnahme auf die Mitgliedstaaten, die »hard law«, also verbindliches Recht, nicht zu ersetzen vermag.

Inzwischen werden auch Rahmenvereinbarungen zwischen Multinationalen Konzernen einerseits und internationalen Gewerkschaften bzw. Weltbetriebsräten andererseits mit über Europa hinaus reichender Geltung geschlossen; solche Vereinbarungen sind allerdings die Ausnahme<sup>46</sup>.

Meine kursorische Bestandsaufnahme der internationalen Regelungen und transnationalen kollektivvertraglichen Regelungsmuster hat gezeigt, dass selbst in Europa die kollektiven Akteure auf Arbeitnehmerseite erst am Anfang stehen und weit davon entfernt sind, der transnationalen Aktivität der UN mit einem zufrieden stellenden arbeitsrechtlichen Schutzschild zu begegnen.

#### IV. Erwartungen an die Europäische Union

Abschließend möchte ich der Frage nachgehen, welche Regelungsperspektiven die EU nach Inkrafttreten des Lissabon Vertrags eröffnet. Vielleicht ergibt sich ja dort die Chance, den skizzierten Herausforderungen regulativ zu begegnen. Um es allerdings gleich vorwegzunehmen: Ich bin diesbezüglich mehr als skeptisch, wobei sich meine Skepsis primär auf die europäische Gesetzgebung bezieht.

Angesichts der Interessendivergenz zwischen den inzwischen 27 Mitgliedstaaten – die demnächst mit der Aufnahme Kroatiens und der Balkanstaaten noch mehr sein werden – ist es kaum mehr möglich, die für eine Richtlinie erforderliche Stimmzahl zu erreichen. Daran ändert auch nichts, dass viele Fragen im Rat nur noch qualifizierter Mehrheit bedürfen. Das nicht enden wollende Gezerre um die Novel-

lierung der Arbeitszeitrichtlinie verdeutlicht, wie wenig künftig mit weiter führender gesetzgeberischer Aktivität gerechnet werden kann. Jetzt hat die EU zwar mit der gleichberechtigten Mitwirkung von EP und Rat endlich ein angemessenes Gesetzgebungsverfahren, aber in einem so umstr. Bereich wie dem Arbeitsrecht möglicherweise keine neue Gesetzgebung mehr.

Meine Skepsis gründet weiter darauf, dass im Protokoll Nr. 2 zum Lissabon Vertrag auf Drängen Deutschlands das Subsidiaritäts- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip so aufgebläht wurden, dass realistischere Gesetzgebung über kontroverse Fragen chancenlos sein dürfte. Jeder Entwurf einer Richtlinie oder einer VO muss jetzt den nationalen Parlamenten (in Deutschland Bundestag und Bundesrat) zugeleitet werden. Diese haben 8 Wochen Zeit, um Einspruch zu erheben, wenn aus ihrer Sicht die Subsidiarität verletzt ist. Erreicht die Anzahl solcher Einsprüche mindestens  $\frac{1}{3}$  der Gesamtzahl der Stimmen (in jedem Land hat das Parlament 2 Stimmen, die im föderalen Staat auf die beiden Kammern aufgeteilt werden), muss der Vorschlag von der Europ. Kommission überprüft werden. Falls diese (was nur schwer vorstellbar ist) an dem Vorschlag festhält und die Einsprüche zurückweist, genügt einfache Mehrheit im Rat oder im EP, um dafür zu sorgen, dass der Gesetzgebungsvorschlag nicht weiter verfolgt wird. Bedenkt man, dass den nationalen Parlamenten ein ex post Klagerecht gegen einen Gesetzgebungsakt eingeräumt wird, wenn sie einen Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip rügen wollen, wird die Kommission angesichts solchen Drohpotentials sich wohl kaum gegen Einsprüche der nationalen Parlamente zur Wehr setzen, wenn diese das genannte Quorum erreichen. Dieses Protokoll ist Wasser auf die Mühlen derer, die das europäische Recht zurückdrängen und lieber auf nationale Alleingänge setzen wollen.

Fällt der europäische Gesetzgeber weitgehend als Hoffnungsträger aus, fragt sich, was vom *EuGH* erwartet werden kann. Hier bin ich weniger skeptisch. Dadurch, dass durch den Verweis im Lissabon Vertrag die Charta der Grundrechte der EU rechtsverbindlich wurde, hat nun der *EuGH* einen klar ausformulierten Bezugsrahmen, auf den er sich ohne Verrenkungen stützen kann, wie sie etwa noch im Fall *Mangold*<sup>47</sup> erforderlich waren. Durch die unglücklich verlaufene und in Teilen ignorant geführte Diskussion<sup>48</sup> um *Viking*, *Laval*, *Rüffert* und *Luxemburg* geriet aus den Augen, dass dem *EuGH* viele wegweisende Vorstöße gerade auch im Arbeitsrecht zu verdanken sind. Man denke an die arbeitnehmerschützende *Rspr.* zum Betriebsübergang, zur Ausformung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Geschlechter oder

<sup>43</sup> Vgl. dazu *M. Weiss*, Transnationale Kollektivvertragsstrukturen in der EG: Informalität oder Verrechtlichung?, in: H. Konzen et alii (Hrsg.) FS Birk, 957 ff.

<sup>44</sup> Sehr kritisch deswegen *B. Keller*, Social Dialogues at Sectoral Level – The Neglected Ingredient of European Industrial Relations, in: B. Keller / H. W. Platzer (eds.), Industrial Relations and European Integration, Aldershot / Burlington 2003, 30 ff.

<sup>45</sup> Vgl. zu dieser Funktion *M. Weiss*, Der soziale Dialog als Katalysator koordinierter Tarifpolitik in der EG, in: M. Heinze / A. Söllner (Hrsg.), Arbeitsrecht in der Bewahrung, FS Kissel, München 1994, 1253 ff.

<sup>46</sup> Vgl. dazu *B. Hepple*, Labour Laws and Global Trade, Oxford / Portland 2005, 76 ff. und detaillierte Bestandsaufnahme bei *R.C. Drouin*, Promoting Fundamental Labor Rights Through International Framework Agreements: Practical Outcomes and Present Challenges, Comparative Labor Law & Policy Journal 2010, 591 ff.

<sup>47</sup> *EuGH* 22.11.2005, AuR 2006, 167; vgl. dazu *D. Schiek*, Grundsätzliche Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote nach der Entscheidung *Mangold*, AuR 2006, 145 ff.

<sup>48</sup> Prototypisch dafür ist das Interview mit *W. Scharpf*, in Mitbestimmung 2008, H. 7 und 8, 18 ff; geradz erhellend demgegenüber die tiefgründige Analyse von *F. C. Mayer*, Der *EuGH* und das soziale Europa, in: Friedrich-Ebert Stiftung (Hrsg.), Internationale Politikanalyse, Mai 2009, 7 ff.

zum Diskriminierungsverbot im Kontext der Arbeitnehmerfreizügigkeit<sup>49</sup>. Der *EuGH* erwies sich auch und vor allem als sozialpolitischer Motor des Europarechts und hat<sup>50</sup> deswegen oftmals Prügel bezogen. Bei der Kritik an den Entscheidungen Viking und andere ist aus dem Blick geraten, dass der EG-Vertrag eine Einschränkung der Marktfreiheiten nur in ganz engen Grenzen zulässt, der *EuGH* die Einschränkungsmöglichkeit gegen den Vertragswortlaut aber schon vor langer Zeit weiter gezogen hat<sup>51</sup>. Dieser Linie ist er in den erwähnten Entscheidungen treu geblieben, hat in Viking<sup>52</sup> und Laval<sup>53</sup> (wohlgermerkt vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags und der Rechtsverbindlichkeit der Charta) das Streikrecht als europäisches Grundrecht anerkannt und dann eine Abwägung mit den Grundfreiheiten vorgenommen, wobei die Verhältnismäßigkeitsprüfung dem nationalen Gericht überlassen wurde. Dass das Gericht angesichts der Gewichtung der Grundfreiheiten im Vertrag nicht weiter gehen konnte, wollte es seine Legitimation nicht aufs Spiel setzen, lag für jeden Kundigen auf der Hand. Statt »court bashing« zu betreiben, also auf das Gericht einzuschlagen und gar zur Verweigerung der Gefolgschaft aufzurufen<sup>54</sup>, war klar, dass eine Änderung zu Gunsten der sozialen Dimension nur durch Vertragsänderung zu bewerkstelligen war. Dies hat der Europäische Gewerkschaftsbund begriffen, der eine sog. Fortschrittsklausel vorschlug, die darauf abzielte, sozialen Erwägungen im Konfliktfall mit Marktfreiheiten den Vorrang zu geben. Das war politisch nicht durchsetzbar. Immerhin ist jetzt eine Vorschrift in den Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) eingeflossen, die das Legitimationspotential des Gerichts erhöht und so zu Hoffnungen Anlass gibt. So heißt es im Art. 9 AEUV: »Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen trägt die Union den Erfordernissen im Zusammenhang ... mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes und mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung ... Rechnung«. Diese Querschnittsklausel gilt es zu aktivieren und nicht klein zu reden. Was der *EuGH* daraus macht, wird man sehen: ich bin insoweit optimistisch.

Nachdem die Lissabon Strategie mit ihren ebenso unrealistischen wie hochfliegenden Zielen gescheitert ist, legt die EU derzeit das Programm »Europa 2020«<sup>55</sup> auf und nennt es Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum. Neben der wirtschafts- und umweltpolitischen Zielsetzung spielt die sozialpolitische Komponente eine wichtige Rolle. Die Rede ist von der europäischen sozialen Marktwirtschaft des 21. Jhdts., in der Solidarität eine wichtige Funktion zukommen soll. Im einzelnen übernimmt die Kommission u. a. die Aufgabe der Erarbeitung eines »gesetzgeberischen Rahmens im Einklang mit den Grundsätzen der »intelligenten« Regulierung an sich wandelnde Beschäftigungsmuster«. Das klingt verheißungsvoll, dürfte aber aus genannten Gründen kaum zur Gesetzgebung führen, sondern eher den arbeitsrechtlichen Diskurs in Europa bereichern. Die Mitgliedstaaten werden u. a. aufgefordert, die Segmentierung des Arbeitsmarktes abzubauen, die Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben zu erleichtern, auf die Lage Geringqualifizierter ein besonderes Augenmerk zu haben und den Europ. Qualifikationsrahmen umzusetzen, um nur die wichtigsten Beispiele zu nennen. Durch regelmäßige Berichtspflicht

soll wie schon im Bereich der Beschäftigungspolitik sanfter Druck auf die Mitgliedstaaten ausgeübt und sollen diese in einen Dialog mit den Akteuren der EU einbezogen werden. Man mag einwenden, dies sei alles zu vage und unverbindlich, um irgendwann Ergebnisse zu zeitigen. Ob dies so sein wird, dürfte nicht zuletzt von den Gewerkschaften und deren Druckpotential abhängen. Denn sie sollen ebenso wie die Arbeitgeberverbände ausdrücklich in diesen Diskurs einbezogen werden.

## V. Fazit

Die Funktionsbeschreibung des Arbeitsrechts, wie sie den Schriften *Hugo Sinzheimer* entnommen werden kann, hat nach wie vor Gültigkeit. Das Arbeitsrecht braucht keinen Paradigmenwechsel, es muss nicht neu erfunden werden. Grundlegend geändert hat sich jedoch die Arbeitswelt im Vergleich zur Situation, für die es geschaffen wurde. Das macht es notwendig, die Gesamtheit des arbeitsrechtlichen Instrumentariums – Gesetzgebung, kollektive Strukturen, Durchsetzungsmechanismen etc. – auf den Prüfstand zu stellen und darauf hin zu befragen, ob und inwieweit sie mit der Zielsetzung dieses Rechtsgebiets noch kompatibel sind. Hieraus ergibt sich nicht nur die vielfältige Regulierungsnotwendigkeit für den Gesetzgeber, sondern auch die Notwendigkeit einer Neuorientierung der kollektiven Strukturen und Akteure. Eine besondere Aufgabe besteht darin, den durch die Transnationalisierung unternehmerischer Aktivität im Zeichen der Globalisierung geschaffenen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. Hier befindet sich die Entwicklung eines länderübergreifenden Schutzschildes für die Arbeitnehmerseite noch im Anfangsstadium. Hoffnungsvolle Ansätze gibt es im Kontext der EU, von der allerdings für die Weiterentwicklung des Rechtsrahmens und der kollektiven Strukturen nicht zu viel erwartet werden darf. Immerhin ist mit dem *EuGH* als verlässlicher Größe zu rechnen. Ansonsten verbleibt die absehbare Entwicklung wohl eher im Bereich des »soft law« als des »hard law«. Wie intensiv diese Entwicklung verläuft und ob »soft law« irgendwann in »hard law« umschlägt, wird nicht zuletzt von der Entschlossenheit der Gewerkschaften abhängen.

<sup>49</sup> Vgl. zu diesen Rechtsprechungsfeldern etwa die in *G. Haverkate et al.* (Hrsg.), *Casebook zum Arbeits- und Sozialrecht der EU*, Baden Baden 1999 zusammengestellten und kommentierten Entscheidungen des *EuGH*.

<sup>50</sup> So z. B. von *A. Junker*, *Der *EuGH* im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter*, NJW 1994, 2527 ff.

<sup>51</sup> Vgl. dazu *M. Weiss / A. Seifert*, *Der europarechtliche Rahmen für ein »Mitbestimmungserstreckungsgesetz«*, ZGR 2009, 542 ff. (547 ff.).

<sup>52</sup> *EuGH* 11.12.2007 – C-438/05, AuR 2008, 55, mit Besprechung *Kocher*.

<sup>53</sup> *EuGH* 18.12.2007 – C-341/05 AuR 2008, 59, mit Besprechung *Kocher*.

<sup>54</sup> So etwa *W. Scharpf*, aaO, 23.

<sup>55</sup> Vgl. dazu die Vorschläge aus gewerkschaftlicher und sozialdemokratischer Sicht von *S. Fischer et al.*, »EU 2020« – Impulse für die Post-Lissabonstrategie, in: Friedrich-Ebert Stiftung, *Internationale Politikanalyse*, Februar 2010.