

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

### 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. So vermittelt uns Sinzheimer die bis heute alles beherrschende Grundeinsicht, dass Arbeit keine Ware ist. Diese in der Philadelphia Erklärung der Internationalen Arbeitsorganisation 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 die Güter- und Kapitalmärkte. Das Arbeitsrecht muss das Machtungleichgewicht im Arbeitsrecht kompensieren und ist deshalb in erster Linie Arbeitnehmerschutzrecht. Sinzheimer spricht insoweit vom „rechtlichen Gewaltverhältnis“<sup>3</sup>, das sich von sonstigen Schuldverhältnissen gravierend unterscheidet. Und das Ziel sieht Sinzheimer darin, „dem Menschen soziale Grundrechte (zu) verleihen, die ihm ein des Menschen würdige Existenz sichern.“<sup>4</sup> Es geht ihm kurzum um eine menschenwürdige Arbeitswelt, oder – in seinen Worten – um die Verwandlung der „Wirtschaftsuntertänigkeit in ein wirtschaftliches Bürgertum“<sup>5</sup>. Wir sehen, dass Sinzheimer das, was die Internationale Arbeitsorganisation in ihrer Agenda zur menschenwürdigen Arbeit<sup>6</sup> derzeit weltweit proklamiert, bereits im Frühstadium der arbeitsrechtlichen Entwicklung vorgedacht hat.

---

<sup>1</sup> Der Text ist eine geringfügig veränderte Version eines Vortrags, den der Autor anlässlich der Eröffnung des Hugo-Sinzheimer-Instituts am 29. April 2010 in Frankfurt am Main gehalten hat.

<sup>2</sup> H. Sinzheimer, Das Wesen des Arbeitsrechts (1927), in H. Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 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. dazu den Bericht des Generaldirektors „Menschenwürdige Arbeit: Kommende Strategische Herausforderungen, Bericht I ( C ), Genf 2008

Es lässt sich sicher schnell Einigkeit darüber erzielen, dass sich an der Richtigkeit der Sinzheimerschen Funktionsbeschreibung des Arbeitsrechts bis heute nichts geändert hat. Und selbstverständlich kann seine Vision auch 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 deshalb darauf ab, einer Antwort auf eben diese Frage wenigstens etwas näher zu kommen, wobei ich gleich hinzufügen möchte, dass ich mehr als ein höchst rudimentäres und vorläufiges Diskussionsangebot nicht zu liefern vermag. 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 einige Bereiche skizzieren, für die sich evidenter Reformbedarf begibt, ohne den Anspruch zu erheben, Lösungen anbieten zu können. Schließlich werde ich der Frage nachgehen, was von den Institutionen und Akteuren der Europäischen Union künftig an rechtsgestaltender Aktivität erwartet werden kann, die solchem Reformbedarf gerecht werden könnte.

## **II Arbeitsrecht und Arbeitswelt**

Wenn nun zuerst die gesellschaftliche und ökonomische Realität in Blick genommen werden soll, gilt es die Grundeinsicht 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, wobei diese Unterschiede in meiner Betrachtung erst einmal keine Rolle spielen sollen. Für mich ist vielmehr entscheidend, dass für das Arbeitsrecht der Industriestaaten das Fordistische Modell im Mittelpunkt gestanden hat<sup>9</sup>. Ausgangspunkt dieses Realitätsmodells<sup>10</sup> war die Fabrik, in der die Arbeitnehmer zur Erstellung eines industriellen Produkts zusammen wirkten. Die Arbeitnehmerschaft war relativ

---

<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 gegeben hat, 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

homogen. Prototyp war der männliche, in einem unbefristeten Vollzeitverhältnis befindliche Arbeitnehmer, der als „breadwinner“ fungierte, mithin für das Haushaltseinkommen sorgte. Die Arbeitsbiographie war im Regelfall insoweit von Stabilität gekennzeichnet, als der Arbeitnehmer bis zum Rentenalter in ein und demselben Unternehmen verblieb. Das Unternehmen seinerseits war eine stabile, durch klare Hierarchiestufen gekennzeichnete Größe. Persönliche Abhängigkeit und daraus resultierende Weisungsbefugnis waren die leicht fassbaren Kriterien des Arbeitsverhältnisses. Organisation der Arbeitnehmer 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. Im übrigen war der Kontext vor allem ein nationaler. Die internationale Perspektive spielte nur eine untergeordnete Rolle.

Mir ist nun wichtig, mit aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass an diesem Szenario so gut wie nichts mehr stimmt. Die Fabrik als Ort, in dem Arbeitnehmer zusammenwirken, erodiert zunehmend. Outsourcing, networking, teleworking und Einbeziehung von Subunternehmen sind zunehmend auf der Tagesordnung. Nicht nur die Fabrik wird virtuell, sondern industrielle Produktion wird in immer größerem Ausmaß durch den Dienstleistungssektor überlagert. Flache Hierarchien lösen zunehmend die traditionellen Hierarchiestrukturen ab, so dass das einfache Konzept von Über- und Unterordnung nur noch bedingt funktioniert. Die Arbeitnehmerschaft ist längst nicht mehr homogen, sondern fragmentiert und segmentiert. Neben die traditionelle Vollzeitbeschäftigung tritt die Teilzeitbeschäftigung, die besonders in der Form marginaler Teilzeit, der so genannten Minijobs, für die Betroffenen große Probleme aufwirft. Befristete Arbeitsverhältnisse lösen zunehmend unbefristete ab. Und in immer größerem Umfang wird auf Leiharbeit zurückgegriffen. Schließlich nimmt die Gruppe der Selbständigen, die wirtschaftlich in einer den Arbeitnehmern vergleichbaren Lage sind, ständig zu. Das Spektrum der Fragmentierung ließe sich leicht noch weiter ausdifferenzieren<sup>11</sup>. Der Arbeitsmarkt ist glücklicherweise nicht mehr von Männern dominiert, sondern die Frauen haben darin – wenn auch noch lange nicht den ihnen zukommenden – Platz gefunden. An die Stelle homogener Interessen der Arbeitnehmerschaft ist eine kaum mehr zu entwirrende

---

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

Interessenvielfalt getreten, bei der übrigens angesichts des demographischen Wandels die Interessendivergenz zwischen verschiedenen Alterskohorten ein nicht zu vernachlässigender Faktor geworden ist. Die Arbeitsbiographie ist zunehmend durch Übergänge zwischen verschiedenen Arbeitsplätzen gekennzeichnet. Schneller und völlig neue Dimensionen eröffnender technischer Wandel und daraus resultierende Veränderungen der Arbeitsorganisation stellen Arbeitnehmer vor schwierige Herausforderungen. Dequalifizierung und die Notwendigkeit der Requalifizierung werden zu wichtigen Faktoren. Transnationalisierung und kontinuierliche Umstrukturierung von Unternehmen führen zu ständig präsenter Verunsicherung der Arbeitnehmerschaft. Globalisierung entfaltet Wettbewerbsdruck. Entsprechend wird die internationale Perspektive zunehmend wichtiger.

### **III. Zum Reformbedarf**

Diese wenigen und zugegebenermaßen etwas willkürlich aneinander gereihten Andeutungen mögen genügen, um deutlich zu machen, dass die heutige Wirklichkeit des Arbeitslebens so gut wie nichts mehr 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 noch gerecht werden. Dabei soll nicht unerwähnt bleiben, dass das Arbeitsrecht im Laufe der Jahre Anpassungsleistungen erbracht hat, deren Bedeutung nicht zu unterschätzen ist. Um nur ein Beispiel herauszugreifen: Die vom europäischen Gesetzgeber initiierte Gesetzgebung zum Verbot der Diskriminierung zuvor benachteiligter Gruppen<sup>12</sup> ist ein Meilenstein der Arbeitsrechtsentwicklung, dessen überragende Bedeutung nicht hoch genug veranschlagt werden kann. Ohne weitere Beispiele zu bemühen, möchte ich betonen, dass ich die Augen nicht davor verschließe, dass sich nicht nur die Realität des Arbeitslebens verändert hat, sondern dass auch das Arbeitsrecht wichtige Veränderungsprozesse durchlaufen hat. 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 Deregulierung, sondern im Gegenteil um Re-Regulierung.

---

<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

Mein erstes Beispiel zielt auf die Interessenvielfalt in der Arbeitnehmerschaft. Während die unbefristete Vollzeitbeschäftigung immer mehr zurückgeht, verzeichnen Teilzeitbeschäftigung, 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 Stammbesetzungen – wie es etwa die EG-Richtlinien zu Teilzeitarbeit<sup>13</sup> und zu befristeten Arbeitsverhältnissen versuchen<sup>14</sup> – dürfte meines Erachtens das Problem kaum lösen. Dem im befristeten Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer hilft die Gleichbehandlung mit dem unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer hinsichtlich des Kündigungsschutzes herzlich wenig, wenn die Befristung abläuft. Und die Gleichbehandlung des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers rettet ihn nicht davor, in einen Minijob abzurutschen, der ihm keinen die Existenz sichernden Lohn bietet. Und selbst wenn Leiharbeiter im Entleihbetrieb ebenso wie die dort fest angestellten Arbeitnehmer behandelt würden – wovon wir leider noch 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 die neuen Formen des Arbeitsverhältnisses andere, gewissermaßen für ihre spezifische Situation maßgeschneiderte Regeln brauchen, wobei gelten muss, dass deren Schutz im Prinzip stärker ausfallen muss, weil sie in einer verwundbareren Position sind<sup>16</sup>. Erwarten Sie nicht von mir, dass ich Ihnen sage, wie solche Regeln auszusehen haben. Sollte allerdings eine akzeptable Regelungsstruktur nicht möglich sein, wäre zu überlegen, ob man der angesprochenen Fragmentierung der Arbeitnehmerschaft nicht vehementer gegensteuern sollte.

---

<sup>13</sup> § 4 Abs. 1 der Richtlinie 97/81/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit vom 15. 12. 1997, ABl. 1998 Nr. L 14/9

<sup>14</sup> § 4 Abs. 1 der Richtlinie 99/70/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 28. 6. 1999, ABl. Nr. L 175/43

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

<sup>16</sup> Vgl. 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

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

Die Zunahme neuer Formen des Arbeitsrechts ebenso wie die Unterbrechungen und beruflichen Neuorientierungen in der modernen Erwerbsbiographie verweisen im übrigen auf mein zweites Beispiel und damit auf einen Reformbedarf, auf den schon Sinzheimer aufmerksam gemacht hat. Er plädierte nämlich für ein weites Verständnis des Arbeitsrechts, das das Sozialrecht mit einbezieht<sup>18</sup>. Diese beiden Rechtsgebiete enger ineinander 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 – um ein anderes Beispiel zu bemühen - 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 vor allem auch um Weiterbildung geht, die für neue Tätigkeiten qualifiziert.

Obwohl diese Zusammenhänge gewissermaßen ins Auge springen, ist die Trennwand zwischen beiden Rechtsgebieten gerade in Deutschland noch immer groß. Traditionell – und schon im Ansatz grundfalsch - wird das Arbeitsrecht als ein

---

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

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

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

Sonderbereich des Privatrechts begriffen, während das Sozialrecht dem öffentlichen Recht zugeschlagen wird. Entsprechend werden die Gebiete in den Curricula der Juristenausbildung voneinander getrennt und von verschiedenem Personal gelehrt und erforscht. Die Trennung spiegelt sich schließlich in den verschiedenen Gerichtsbarkeiten. Der sachliche Zusammenhang würde weiter verdunkelt, würde man denen nachgeben, die nun aus schieren Kostengründen die Sozialgerichtsbarkeit 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 für viele Mitgliedstaaten der Europäischen Union, was etwa 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 technologische Wandel an, der die von Sinzheimer bereits angesprochene Gefährdung der Menschenwürde im Arbeitsverhältnis und in dessen Vorfeld auf eine ganz 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 die das Insistieren auf der Drittwirkung der Grundrechte – haben ebenso wie erste gesetzliche Regelungen zweifellos geholfen, den übelsten Missständen zu begegnen. Doch noch immer fehlt ein umfassendes Arbeitnehmerdatenschutzrecht. Die Mini-Korrektur des Bundesdatenschutzgesetzes vermag diesen Mangel nicht auszugleichen. Wie groß der Reformbedarf noch immer ist, zeigt die derzeit hitzig geführte Diskussion um ELENA<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Vgl. hierzu M. Weiss, Inkongruenzen zwischen europäischem und deutschem Arbeitsrecht, in: U. Baeck et alii (Hrsg.) Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, München 2010, 1083 ff (1086 f)

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

Dass die Grundrechte auch 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 Unternehmen öffentlich anzuprangern, wenn trotz Beanstandung intern nicht für Abhilfe gesorgt wird. So begrüßenswert diese Rückendeckung für das so genannte „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, wobei von Arbeitnehmern erwartet wird, dass sie beobachtetes Fehlverhalten von Kollegen und Kolleginnen bei der Geschäftsleitung – angeblich im Interesse der Effizienzsteigerung – anzeigen. Diesem aus den USA zu uns herüber geschwappten Unwesen gilt es einen Riegel vorzuschieben<sup>25</sup>.

Mein nächstes Beispiel zeigt, dass sich – wie man auf Grund meiner Ausführungen meinen könnte – 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 etwa bei der Rechtsdurchsetzung. Es hat sich inzwischen herumgesprochen, dass es naiv und weltfremd ist, glauben zu wollen, Arbeitnehmer 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 die Randgruppen der Arbeitnehmerschaft. Insbesondere in Krisenzeiten setzen Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz nicht durch den Gang zum Gericht aufs Spiel. Es verwundert deshalb nicht, dass Arbeitnehmerklagen aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis heraus in jeder Statistik als Rarität erscheinen und die gerichtlichen Auseinandersetzungen sich im wesentlichen auf den Streit um die Beendigung des

---

<sup>22</sup> Zu noch immer bestehenden Defiziten und Schief lagen in diesem Bereich vgl. W. Däubler, Gleichheit statt Freiheit, in T. Dieterich et alii (Hrsg.), Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für U. Zachert, Baden-Baden 2010, 227 ff

<sup>23</sup> Vgl. zur Einordnung der deutschen Entwicklung in den internationalen Kontext R. Ogorek, Whistleblowing – oder vom Verpfeifen im Arbeitsrecht und anderswo, in: A. Höland et alii (Hrsg.), Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt – Liber Amicorum Manfred Weiss, Berlin 2005, 539 ff

<sup>24</sup> Grundlegend dazu T. Mahnhold, Compliance und Arbeitsrecht, Frankfurt 2004

<sup>25</sup> Hierzu mit einem bedenkenswerten Regelungsvorschlag T. Klebe / A. Wroblewski, Verbotene Liebe ? Zur rechtlichen Zulässigkeit von Ethikrichtlinien, insbesondere von internen „Whistleblowing“ Systemen, in Dieterich et alii, op. cit., 313 ff



Arbeitsverhältnisses und damit zusammenhängende Ansprüche konzentrieren<sup>26</sup>. Das führt zu der Frage, ob es sinnvoll ist, die Durchsetzung seines Rechts dem einzelnen Arbeitnehmer 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 die Gewerkschaften (oder vielleicht auch Betriebsräte) an Stelle einzelner Arbeitnehmer sollten klagen können, ohne dass diese sich exponieren und damit Sanktionen riskieren müssen. Die zaghaften Ansätze einer Verbandsunterstützung im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz sind bei weitem zu wenig.

Bei Rechtsdurchsetzung sollten wir allerdings nicht nur an deren justizielle Form denken. Es geht nicht nur um Verletzung geltenden, sondern auch um die Durchsetzung neuen Rechts. Angesprochen ist hier die Möglichkeit 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 Streik nur zur Durchsetzung von Tarifverträgen zulässig sein soll, gilt es auf den Prüfstand zu stellen. Die für die Interpretation der Übereinkommen 87 und 98 bei der Internationalen Arbeitsorganisation zuständigen Gremien – der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit und der 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 Tarifvertrags 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 Bundesregierung 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

---

<sup>26</sup> Zu diesem Befund vgl. W. Däubler, Die offenen Flanken des Arbeitsrechts, AuR 142 ff (146 f)

<sup>27</sup> 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

<sup>28</sup> Vgl. den Abdruck der deutschen Übersetzung dieser Empfehlung in AuR 1998, 154 ff und dazu W. Däubler, Neue Grundsätze im Arbeitskampf ?, AuR 1998, 144 ff

Grundgesetzes entgegenstehe. Doch hat bekanntlich inzwischen das Bundesverfassungsgericht – wenn auch in anderem Kontext - eine völkerrechtsfreundliche Interpretation des Grundgesetzes angemahnt<sup>29</sup>. Das gilt auch für den in höchstem Maße vage gefassten und zur Rechtmäßigkeit von Streiks keine Aussage treffenden Art. 9 Abs. 3 GG. Man darf gespannt sein, wie die Rechtsprechung insoweit auf die Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts reagiert.

Mein letztes Beispiel befasst sich mit der Transnationalität unternehmerischer Aktivität und den sich daraus ergebenden Herausforderungen für das Arbeitsrecht. Transnational agierende Unternehmen 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 etwa bei Betriebsschließungen oder ähnlichen die Arbeitnehmer nachteilig betreffenden Maßnahmen das Land auszusuchen, dessen Arbeitsrecht den geringsten Widerstand bietet. Dieses sogenannte „forum shopping“ kann nur unterbunden werden, wenn international dafür gesorgt wird, dass überall vergleichbare Schutzmechanismen existieren. Nun ist das beileibe keine neue Erkenntnis. Die bereits erwähnte Internationale Arbeitsorganisation ist seit mehr als neunzig Jahren bemüht, 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 ziehen zu wollen, dass die in den Übereinkommen enthaltenen Mindestbedingungen auch in der Rechtspraxis der Mitgliedsländer der Internationalen Arbeitsorganisation Wirkung entfalten. Das „law in the books“ und das „law in action“ klaffen meilenweit auseinander. Zum einen liegt das an der noch immer beschämend niedrigen Ratifizierungsquote und zum anderen vor allem 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

---

<sup>29</sup> BVerfG v. 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (Görgülü)

<sup>30</sup> Vgl. dazu M. Weiss, Strategien zur Globalisierung arbeitsrechtlicher Mindeststandards, in: G. Annus et alii (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag, München 2007, 1093 ff (1094 ff)

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 nichts gehört, von den Medien ganz zu schweigen, die derlei so gut wie nie zur Kenntnis nehmen). Die bereits erwähnte Europäische Sozialcharta ist nach demselben Sanktionsmuster gestrickt<sup>32</sup>, hat mithin ebenfalls kein effizientes Durchsetzungsinstrument gegenüber renitenten Mitgliedstaaten.

Anders ist das nur im Bereich der Europäischen Union. Deren Recht hat bekanntlich Vorrang vor nationalem Recht, über seine Durchsetzung wacht mit strengem Auge die Kommission und im Streitfall sorgt der Europäische Gerichtshof 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 bereits das erwähnte Beispiel der Diskriminierungsverbote zeigt – nicht unterschätzt werden sollten, die aber etwa in den von mir angesprochenen Problembereichen auch 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 AEU, zuvor Art. 137 Abs. 5 EG) noch immer über keine Gesetzgebungsbefugnis verfügt, hat sie inzwischen umfassende Kompetenz zur Gesetzgebung für alle nur denkbaren arbeitsrechtlichen Fragen. Trotz der umfassenden 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 darf nicht vergessen werden, dass sich das Erfordernis

---

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

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

<sup>33</sup> Vgl. hierzu M. Weiss, *Die Europäisierung des Arbeitsrechts*, in: C. Gaitanides et alii (Hrsg), *Europa und seine Verfassung – Festschrift für M. Zuleeg zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden 2005, 589 ff, und neuerdings derselbe, *European Labour Law in Transition from 1985 to 2010*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 3 ff

<sup>34</sup> Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16. 12. 1996, ABl. 1997 Nr. L 18/1

<sup>35</sup> Richtlinie 06/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12. 12. 06, ABl. 2006, L 376 / 36

der Beachtung bestimmter Mindestbedingungen in diesen Richtlinien nur auf Arbeitnehmer der im Gastland tätigen Unternehmen bezieht, nicht aber auf Selbständige, mit denen – wie die Erfahrung zeigt – der angestrebte Schutzzweck relativ leicht unterlaufen werden kann<sup>36</sup>

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

Ich will auf die Richtlinien zur Arbeitnehmermitwirkung im einzelnen nicht eingehen, sondern nur kurz andeuten, dass sich im Hinblick auf den Ausbau transnationaler Strukturen im Bereich der Europäischen Betriebsräte besonderes Entwicklungspotential ergibt. Auch wenn die Novellierung der Richtlinie über Europäische Betriebsräte höchst bescheiden ausgefallen ist und vor allem viele Wünsche der Gewerkschaften nicht erfüllt wurden<sup>41</sup>, sollte doch nicht unterschätzt werden, dass die Pflicht zur Anpassung an neue Strukturen des Unternehmens bzw.

---

<sup>36</sup> 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)

<sup>37</sup> Richtlinie 94/45/EG 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. 9. 1994, ABl 1994 Nr. L 254/64; novelliert durch Richtlinie 09/38/EG vom 6. 5. 2009, ABl. 2009 Nr. mL 122/28

<sup>38</sup> Richtlinie 01/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer vom 8. 10. 2001, ABl. Nr. L 294/22

<sup>39</sup> Richtlinie 02/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der EG vom 11. 3. 2002, ABl. Nr. L 80/29

<sup>40</sup> Richtlinie 05/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 26. 10. 2005, ABl. 2005 Nr. L 310/1

<sup>41</sup> Vgl. hierz B. Waas, *Die neue EBR-Richtlinie 2009/38/EG*, KritV 2009, 400 ff

Konzerns große Chancen der Effizienzsteigerung für Europäische Betriebsräte 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 – insbesondere in der Automobilindustrie – haben die Europäischen Betriebsräte 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>. Die rechtliche Einordnung dieser Vereinbarungen ist umstritten. Darauf kommt es mir nicht so sehr an. Mir scheint wichtiger, die weitere Entwicklung und praktische Befolgung dieser Abmachungen zu beobachten.

Diese Vereinbarungen führen zu der Frage, wie es denn im trans-nationalen Kontext mit Kollektivvertragsstrukturen bestellt ist. Vom europäischen Tarifvertrag, von dem manche schon in den Sechzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts 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 AEU, vormals Art. 139 Abs. 2 EG) durchzuführen sind. Sie sind keine normativ geltenden Tarifverträge, sondern lediglich Angebote an die nationalen Akteure zu verstehen, 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 vier 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

---

<sup>42</sup> 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)

<sup>43</sup> Vgl. dazu M. Weiss, Transnationale Kollektivvertragsstrukturen in der EG: Informalität oder Verrechtlichung ?, in: H. Konzen et alii (Hrsg.) Festschrift für Rolf Birk zum 70. Geburtstag, 957 ff

Betrachtet kommt, gelingen solche Rahmenvereinbarungen nur auf der 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 dazu, 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 einfach verpuffen zu lassen. Diese Kommunikation ist eine wesentliche Konstitutionsbedingung für die Stärkung der europäischen Idee auf Arbeitgeber- und Gewerkschaftsseite in allen Mitgliedstaaten der EU. 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 vorliegenden Berichte recht gut gelungen ist. Dennoch sollte nicht verkannt werden, dass es sich nur um eine weiche Einflussnahme auf die Mitgliedstaaten handelt, die „hard law“, also verbindliches Recht, nicht zu ersetzen vermag.

Hingewiesen sei noch darauf, dass inzwischen auch Rahmenvereinbarungen zwischen Multinationalen Konzernen einerseits und internationalen Gewerkschaften bzw. Weltbetriebsräten andererseits mit über Europa hinaus reichender Geltung geschlossen werden, solche Vereinbarungen allerdings noch immer eher die Ausnahme sind<sup>46</sup>.

---

<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 Bewährung, Festschrift für Otto Rudolf Kissel, München 1994, 1253 ff

<sup>46</sup> Vgl. dazu B. Hepple, Labour Laws and Global Trade, Oxford / Portland 2005, 76 ff und die 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

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

#### **IV. Erwartungen an die Europäische Union**

Statt die Liste der Beispiele anstehender Herausforderungen zu verlängern, möchte ich abschließend der eingangs angekündigten Frage nachgehen, welche Regelungsperspektiven die Europäische Union nach Inkrafttreten des Lissabon Vertrags eröffnet. Vielleicht ergibt sich ja dort die Chance, den von mir 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 Aufnahme Kroatiens und der Balkanstaaten – noch viel mehr sein werden, ist es kaum mehr möglich, die für eine Richtlinie erforderliche Stimmenzahl zu erreichen. Daran ändert auch nichts, dass viele Fragen im Rat nur noch qualifizierter Mehrheit bedürfen. Das nicht enden wollende Gezerre um die Novellierung der Arbeitszeitrichtlinie verdeutlicht sinnfällig, wie wenig künftig mit weiter führender gesetzgeberischer Aktivität gerechnet werden kann. Jetzt hat die EU zwar mit der gleichberechtigten Mitwirkung von Europäischem Parlament und Rat endlich ein angemessenes Gesetzgebungsverfahren, aber in einem so umstrittenen Bereich wie dem Arbeitsrecht möglicherweise keine neue Gesetzgebung mehr.

Meine Skepsis gründet aber noch auf einem weiteren Umstand, nämlich darauf, dass im Protokoll Nr. 2 zum Lissabon Vertrag auf Drängen Deutschlands das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip so aufgebläht wurden, dass realistischere Gesetzgebung über kontroverse Fragen chancenlos sein dürfte. Jeder Entwurf einer Richtlinie oder einer Verordnung muss jetzt den nationalen Parlamenten (in Deutschland dem Bundestag und dem Bundesrat) zugeleitet

werden. Diese haben acht Wochen Zeit, um Einspruch zu erheben, wenn aus ihrer Sicht die Subsidiarität verletzt ist. Erreicht die Anzahl solcher Einsprüche mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der Stimmen (in jedem Land hat das Parlament zwei Stimmen, die im föderalen Staat auf die beiden Kammern aufgeteilt werden), muss der Vorschlag von der Europäischen Kommission überprüft werden. Falls diese (was nur schwer vorstellbar ist) dennoch an dem Vorschlag festhält und damit die Einsprüche zurückweist, genügt eine einfache Mehrheit im Rat oder im Europäischen Parlament, um dafür zu sorgen, dass der Gesetzgebungsvorschlag nicht weiter verfolgt wird. Bedenkt man, dass den nationalen Parlamenten auch noch 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.

Wenn der europäische Gesetzgeber weitgehend als Hoffnungsträger ausfällt, fragt sich, was vom Europäischen Gerichtshof (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 Europäische Gerichtshof 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 aus meiner Sicht recht unglücklich verlaufene, und in Teilen ignorant geführte Diskussion<sup>48</sup> um die Entscheidungen in Sachen Viking, Laval, Rüffert und Luxemburg, geriet völlig aus den Augen, dass dem EuGH viele wegweisende Vorstöße gerade auch im Arbeitsrecht zu verdanken sind. Man denke nur an die arbeitnehmerschützende Rechtsprechung zum Betriebsübergang, zur Ausformung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Geschlechter oder zum Diskriminierungsverbot im Kontext der Arbeitnehmerfreizügigkeit<sup>49</sup>. Der EuGH erwies sich eben auch und vor allem als sozialpolitischer Motor des Europarechts und hat

---

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

<sup>48</sup> Prototypisch dafür ist das Interview mit W. Scharpf in Mitbestimmung 2008, Heft 7 und 8, 18 ff; geradzuehrend 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

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



<sup>50</sup>deswegen oftmals Prügel bezogen. Bei der bereits erwähnten Kritik an den Entscheidungen Viking und andere ist völlig 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> (wohlgemerkt 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 sogar dem nationalen Gericht überlassen wurde. Dass das Gericht angesichts der Gewichtung der Grundfreiheiten im Vertrag nicht weiter gehen konnte, wenn es seine Legitimation nicht aufs Spiel setzen wollte, 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 vor allem der Europäische Gewerkschaftsbund begriffen, der eine so genannte 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 Europäischen Union (VAEU) eingeflossen, die das Legitimationspotential des Gerichts erhöht und so zu Hoffnungen Anlass gibt. So heißt es im Art. 9 VAEU: „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.

Lassen Sie mich abschließend noch auf etwas eingehen, was vielleicht auch Anlass zu Hoffnung geben könnte, wenn auch eher mittelbar. Nachdem die Ihnen bekannte

---

<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 v. 11. 12. 2007 – C-438/05 -

<sup>53</sup> EuGH v. 18. 12. 2007 – C-341/05 -

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

Lissabon Strategie mit ihren ebenso unrealistischen wie hochfliegenden Zielen gescheitert ist, legt die Europäische Union derzeit das Programm „Europa 2020“<sup>55</sup> auf und nennt es eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum. Neben der wirtschafts- und umweltpolitischen Zielsetzung spielt dabei die sozialpolitische Komponente eine wichtige Rolle. Die Rede ist dort von der europäischen sozialen Marktwirtschaft des 21. Jahrhunderts, in der der Solidarität eine wichtige Funktion zukommen soll. Im einzelnen übernimmt dabei 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 den bereits genannten Gründen wohl 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 Europäischen 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 diese in einen Dialog mit den Akteuren der Europäischen Union einbezogen werden. Nun mag man 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 schon den Schriften Hugo Sinzheimers entnommen werden kann, hat nach wie vor ihre 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 das Arbeitsrecht geschaffen wurde. Das macht es notwendig, die Gesamtheit des arbeitsrechtlichen Instrumentariums – Gesetzgebung, kollektive

---

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

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 – wie die wenigen Beispiele zeigen – nicht nur 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 Anfangstadium. Hoffnungsvolle Ansätze gibt es im Kontext der europäischen Union, 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.