

Sonja Mangold

Arbeitsrecht unter Druck

Der neoliberale Umbau des „Europäischen Sozialmodells“ in den letzten Jahrzehnten hat nicht zuletzt die Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern unterminiert. Historische Errungenschaften auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes und der Mitbestimmung wurden zunehmend in Frage gestellt und teilweise zurückgenommen. In diesen Kontext lassen sich auch zahlreiche Rechtsänderungen der letzten zwanzig Jahre in Deutschland einordnen, die unter dem Stichwort „Flexibilisierung“ und „Deregulierung von Arbeitsverhältnissen“ vorgenommen wurden. Genannt sei hier nur exemplarisch die massive Förderung atypischer und prekärer Beschäftigungsverhältnisse durch die sog. Hartz- Gesetze. Die Gefährdungen, die im Bereich rechtlicher Standards für ArbeitnehmerInnen bestehen, zeigten sich zu Beginn des Jahres erneut an den Diskussionen um die Einführung der Datenbank ELENA, in der Einkommensdaten der gesamten abhängig beschäftigten Bevölkerung zusammengeführt und für staatliche Sozialverfahren bereitgehalten werden sollen. Insbesondere die geplante umfassende Speicherung sensibler Informationen aus dem Arbeitsverhältnis wie Abmahnungen und Teilnahme an Streiks auf Vorrat rief die Kritik von Gewerkschaften und Datenschutzbeauftragten hervor.¹

Den allgemeingesellschaftlichen Klimawandel reflektieren auch seit einigen Jahren in juristischen Fachzeitschriften geführte Debatten um die „Sozialromantik“ der deutschen Arbeitsrichterschaft. Insbesondere das Bundesarbeitsgericht sah sich dabei – oftmals von einer entsprechenden Medienberichterstattung begleitet – wiederholt harschen Vorwürfen ausgesetzt, eine unzulässige „arbeitnehmerprivilegierende“ Rechtsfortbildung zu betreiben und so der Volkswirtschaft Schaden zuzufügen.² Ende 2006 geriet mit dem Grünbuch zum Arbeitsrecht der Europäischen Kommission das gesamte Arbeitsrecht als kodifiziertes Recht der abhängig Beschäftigten in den Fokus rechtspolitischer

1 ELENA ist Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde und wurde mittlerweile „aus Kostengründen“ von der Bundesregierung vorübergehend ausgesetzt.

2 Häufig vorgebrachtes Argument war der angebliche Zusammenhang zwischen hohen Arbeitslosenzahlen und „bestandsschützender“ Rechtsprechung, vgl. bspw. Hümmerich (1996: 1289 ff.). Einzelne Stimmen warfen den Richtern des Bundesarbeitsgerichts gar vor, eine am NS- Recht orientierte Auffassung vom Arbeitsverhältnis als „unauflösbarem Lebensbund“ zu haben (so Rüthers 1999: 32).

Diskussionen. Darin formulierten die Verfasser im Rahmen der „Flexicurity“-Debatte Fragen an die Mitgliedstaaten und präsentierten Lösungsansätze, wie das Arbeitsrecht europaweit „moderner“ und „beschäftigungsfreundlicher“ gestaltet werden könne. Auch wenn die Autoren des Grünbuchs vorgaben, den Balanceakt zwischen „größerer Flexibilität“ für Unternehmen und „größtmöglicher Sicherheit“ für ArbeitnehmerInnen anzustreben, war das Dokument von einer Reihe neoliberaler Prämissen durchzogen (vgl. Pfarr 2007: 416). So wurden die „starren“ Kündigungsschutzregeln in den Mitgliedstaaten als entscheidendes „Beschäftigungshemmnis“ identifiziert und weitere Deregulierungen des Normalarbeitsverhältnisses (unbefristeter Vollbeschäftigung) gefordert.³

Ende 2007 musste die EU-Kommission schließlich das (vorläufige) Ende der Debatte zum Grünbuch verkünden. Trotz der darin enthaltenen neoliberalen Rhetorik scheiterte das Projekt in erster Linie am Widerstand europäischer Arbeitgeberverbände. Diese kritisierten v.a. den Ansatz der Kommission, einen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff zu schaffen und befürchteten, der Vorstoß könnte in einer EU-Richtlinie mit rechtlichen Mindeststandards einmünden (vgl. Handelsblatt vom 21.11. 2007).

Die Diskussionen um das Arbeitsrecht, in juristischen Diskursen in seinem Kern als „Beschränkung klassisch-liberaler Vertragsfreiheit“ charakterisiert, reißen indessen nicht ab. Betonte der als „Vater des europäischen Arbeitsrechts“ geltende sozialdemokratische Rechtswissenschaftler der Weimarer Republik, Hugo Sinzheimer, noch den „sozialen Gedanken“ eines kodifizierten Beschäftigtenrechts, in dem er einen Meilenstein zur für ihn unaufhaltsam voranschreitenden Selbstbefreiung der Arbeiterschaft auf reformerischem Weg sah (Sinzheimer: 1921: 57), so zeigt die Tendenz momentan in eine ganz andere Richtung. Das Arbeitsrecht ist sowohl national wie auch auf europäischer Ebene unter Druck geraten. Aktuelle Veränderungen dieser Rechtsmaterie in den Blick zu nehmen, lohnt sich dabei aus mehreren Gründen. Das Arbeitsrecht steht seit jeher „im Zentrum“ gesellschaftlicher Konflikte (Hensche 2009). Seine Genese ist eng verknüpft mit historischen Kämpfen der ArbeiterInnen- und Gewerkschaftsbewegung um menschenwürdige Lebens- und Arbeitsbedingungen und soziale Emanzipation. Die Wurzeln der Arbeitsgesetzgebung liegen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, als die schrankenlose Ausbeutung in den Fabriken erste Selbsthilfeorganisationen der Arbeiterschaft und staatliche Schutzbestimmungen zu Kinderarbeit, Löhnen und Arbeitszeit erzwangen. Bis heute ist das Arbeitsrecht Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen und in besonderem Maße Parameter sozialer Kräfteverhältnisse. Die Ursache liegt in

3 Dass der von Unternehmerverbänden stets ins Feld geführte Zusammenhang zwischen rechtlichen Schutzstandards und Einstellungsbereitschaft von ArbeitgeberInnen eher dem Reich der „Ideologie“ zuzuordnen ist, zeigen eine Reihe empirischer Untersuchungen, z.B. das sog. REGAM-Projekt der Hans-Böckler-Stiftung zur Abschaffung des Kündigungsschutzes in Kleinbetrieben (vgl. Höland/ Kahl u.a. 2004: 151).

der Natur des Rechtsgebiets selbst. Arbeitsrechtliche Regulierungen setzen der Profitlogik Grenzen und befinden sich damit zwangsläufig im Spannungsfeld zur Eigentumsordnung und kapitalistischer Vergesellschaftung. Die Entwicklung des Arbeitsrechts ist dabei nicht als isolierter Prozess, sondern vielmehr stets im Kontext der „allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung“ (Marx) zu betrachten.

In diesem Rahmen sollen im folgenden zwei Vorgänge der jüngeren Vergangenheit kritisch beleuchtet werden, die einer sich andeutenden frühliberalen „Restauration“ (Bourdieu 1998) auf dem Gebiet des Arbeitsrechts eine neue Dynamik geben und eine substantielle Wende in der Rechtsentwicklung einläuten könnten.

1) In der rechtspolitischen Diskussion steht der im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung erarbeitete Entwurf eines „Arbeitsvertragsgesetzes“, der Vorschriften aus ca. 30 Einzelgesetzen zusammenführen und damit zu größerer „Rechtsklarheit“ beitragen will. Das erneute Tätigwerden des Bertelsmann-Medienimperiums auf dem Feld der Legislative ist nicht nur symptomatisch für eine fortschreitende Entdemokratisierung und „Privatisierung der Politik“ (Böckelmann 2004). Der Normentwurf birgt darüberhinaus – und darauf soll näher eingegangen werden – die regressive rechtspolitische Tendenz einer Rücknahme des Arbeitsrechts in die Privatrechtsordnung in sich.

2) Anhand von vier Urteilen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) der letzten Zeit zu grenzüberschreitenden Arbeitskonflikten lässt sich eine neue Qualität marktradikaler Rechtsprechung aufzeigen, die kollektive Arbeitsrechtsnormen in den Mitgliedstaaten in bisher nicht gegebenen Maß in Frage stellt. In den besagten Urteilen entschied der EuGH erstmals über das Verhältnis der wirtschaftlichen Grundfreiheiten zum nationalen Streik- und Tarifrecht und postulierte einen Vorrang des europäischen Rechts. Die „neoliberale Radikalisierung der Binnenmarktintegration“ (Scharpf 2009) durch den EuGH ist nicht zuletzt als Kampfansage an die „institutionelle Macht“ (Silver 2005) der Gewerkschaften zu verstehen.

3) Möglichkeiten und Perspektiven einer europäischen Gewerkschaftspolitik im Anschluss an die neueren Entwicklungen im Arbeitsrecht sollen im dritten Teil kurz diskutiert werden.

1. Ein „Arbeitsvertragsgesetz“ durch Bertelsmann?

Seit dem 19. Jahrhundert gab es (gescheiterte) Versuche, das auf eine Vielzahl von Einzelgesetzen verstreute und durch Richterrecht geprägte deutsche Arbeitsrecht in einer Gesamtkodifikation zusammenzufassen. Schon Hugo Sinzheimer beklagte das „Wirrwar“ und die „Rückständigkeit“ der uneinheitlichen Rechtsgestaltung (Sinzheimer 1921: 54). Der in der Weimarer Reichsverfassung enthaltene Auftrag, ein Arbeitsgesetzbuch zu schaffen, wurde indessen nie um-

gesetzt. Nach dem zweiten Weltkrieg⁴ kam lediglich in der DDR ein einheitliches Regelungswerk zustande. In der Bundesrepublik blieben mehrere Kodifikationsvorhaben in Ansätzen stecken. Neben eher rechtstechnischen Schwierigkeiten bei der Systematisierung der umfangreichen Materie war das entscheidende Hindernis, dass es nie gelang, einen korporatistischen Konsens zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden herzustellen. In den siebziger Jahren unternahm die sozialliberale Koalition unter Willy Brandt den Versuch, zumindest das Individualarbeitsrecht⁵ einer Teilkodifizierung⁶ zuzuführen. Die in diesem Zusammenhang geführte fachwissenschaftliche Debatte (vgl. dazu Römer 1970) lässt die im Vergleich zu heute zugunsten der Arbeitnehmerseite verschobenen Kräfteverhältnisse erkennen. So stand ein Abbau von Rechten für Beschäftigte im parteipolitischen Einvernehmen nicht zur Diskussion. Auf linker Seite wurde außerdem die Frage erörtert, ob eine möglichst weitgehende Kodifikation zu einer Bewahrung errungener Rechtspositionen beitragen könne oder nicht eher als Hemmschuh für den weiteren Lauf der gesellschaftlichen Entwicklung wirke.

Die Pläne der damaligen Bundesregierung führten jedoch nicht zu einem abgeschlossenen Normgebungsverfahren. Ebenso wenig erfolgreich waren Gesetzesinitiativen der Bundesländer Sachsen und Brandenburg in den 1990er Jahren. Die in Art. 30 des Einigungsvertrags 1990 ausgehandelte Verpflichtung des gesamtdeutschen Gesetzgebers, „baldmöglichst“ ein Arbeitsgesetzbuch zu erlassen, harrt somit bis heute der Umsetzung.

Dabei war es v.a. die deutsche ArbeiterInnen- und Gewerkschaftsbewegung, die die Forderung nach einem vereinheitlichten und für den juristischen Laien verständlich abgefassten Recht der abhängigen Arbeit vertreten hatte. Dies begrifflicherweise verbunden mit der Hoffnung, durch eine übersichtliche und transparente Kodifikation bestehende Nachteile von Beschäftigten und Belegschaftsvertretern bei der Wahrnehmung von Rechten zu beseitigen. Bereits auf dem Gründungskongress des DGB 1949 wurde das Ziel der Schaffung eines Arbeitsgesetzbuchs beschlossen und in das Grundsatzprogramm aufgenommen.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht ohne eine gewisse fatale Symbolik, dass die Bertelsmann-Stiftung, Hauptanteilseigner des gleichnamigen Medienkon-

4 In der NS- Zeit galt das Gesetz der nationalen Ordnung der Arbeit (AOG), welches durch Arbeitskampfverbot, „Führerprinzip“ im Arbeitsverhältnis und „Betriebsgemeinschaft“ gekennzeichnet war.

5 Das Individualarbeitsrecht umfasst nach der juristischen Definition alle Normen, die den Einzelarbeitsvertrag regeln. Im Gegensatz dazu ist kollektives Arbeitsrecht das Recht der Koalitionen und Belegschaftsvertretungen, insbesondere Tarif- und richterrechtlich geprägtes Arbeitskampfrecht.

6 Die ursprünglich vorgesehene Kodifikation arbeitskampfrechtlicher Fragen lehnten die Gewerkschaftsvertreter in der Gesetzbuchskommission ab.

zerns sowie Ideengeber der Hartz-Gesetze und anderer neoliberaler Legislativprojekte der jüngeren Vergangenheit, die Initiative ergriffen hat, um ein „Arbeitsvertragsgesetz“ zu entwickeln.

Im Jahr 2007 präsentierten die beiden Kölner Arbeitsrechtsprofessoren Ulrich Preis und Martin Hensseler die aktuelle Version ihres im Rahmen des Stiftungsprojekts „Agenda Moderne Regulierung“ entstandenen, 150 Paragraphen umfassenden Normentwurfs, der nach eigenen Angaben das individuelle Arbeitsverhältnis von der „Wiege bis zur Bahre“ regeln soll.

Um das Gesetzesvorhaben entstand in den letzten drei Jahren eine rege Debatte, die allerdings vorwiegend in juristischen Fachzeitschriften und an der breiten Öffentlichkeit weitgehend vorbei, geführt wurde. Mit eigenen Veranstaltungen und auf Tagungen von Verbänden – bspw. der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände (BDA), der christlich-demokratischen Arbeitnehmerschaft (CDA), des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) sowie dem 67. Juristentag 2008 – lancierte die Bertelsmann-Stiftung ihr Projekt. Dabei war das Vorgehen der Initiatoren von Beginn an darauf ausgerichtet, Unterstützung für den Kodifizierungsvorschlag bis in die SPD und die DGB-Gewerkschaften hinein zu gewinnen. So traten die Verfasser explizit mit der Behauptung auf, ein zentrales Anliegen der Gewerkschafts- und Arbeiterbewegung aufzugreifen. Bei einem Symposium der Friedrich Ebert Stiftung beschwor Ulrich Preis das Bild eines volkstümlichen Arbeitsrechts und pries das „Arbeitsvertragsgesetz“ ob seiner „Einfachheit“ und „Übersichtlichkeit“ als Chance für Beschäftigte und Betriebsräte an, dem mächtigeren Arbeitgeber die Stirn zu bieten (vgl. den Tagungsbericht der Friedrich Ebert Stiftung 2008: 13).

Der Wind für eine Gesetzwerdung des „Jahrhundert-Projekts“ Arbeitsrechtskodifikation schien zunächst günstig. Auf große Resonanz stieß die Initiative insbesondere bei Parteienvertretern von CDU/CSU, dem Deutschen Anwaltsverein (DAV), einzelnen Stimmen aus der Arbeitsrichterschaft sowie Bundespräsident Horst Köhler. Im April 2007 erhielt das Vorhaben zudem den mit 5000 Euro dotierten „Preis für gute Gesetzgebung“, der während eines Festakts im Deutschen Bundestag verliehen wurde. Paradoxerweise lobte die Jury, die u.a. mit dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts prominent besetzt war, die besondere „Offenheit des Diskussionsprozesses“ um den am demokratisch legitimierten Parlament vorbei entwickelten Entwurf, bei dem „zwei Professoren von ihren Lehrstühlen herabgestiegen“ seien und „sich unter das Volk gemischt“ hätten (vgl. Sittard 2007: 253). Auch der ehemalige Bundesarbeitsminister Olaf Scholz (SPD) bezog sich positiv auf das Projekt und stellte, vorbehaltlich einer Einigung zwischen DGB und BDA, die Einleitung eines Gesetzgebungsverfahrens in Aussicht.

Massive Kritik an dem Regelungswerk übten hingegen nach anfänglicher Zurückhaltung VertreterInnen von DGB, IG Metall sowie Arbeitnehmeranwälte (vgl. Wroblewski 2008: 622 ff., Schubert 2009: 71 ff. sowie die Erklärung der

Vereinigung Demokratischer Juristinnen und Juristen, Januar 2009). Dies nicht ohne Grund, denn der Inhalt des Normtextes erweist sich bei näherem Hinsehen für Beschäftigte als veritables „Danaergeschenk“ (Schubert/Hjort 2009). Entgegen der Angabe der Verfasser, lediglich die bestehende Gesetzeslage und gefestigte Rechtsprechung „mit wenigen ausgewogenen Änderungen“ abbilden zu wollen, enthält das „Arbeitsvertragsgesetz“ (ArbVG) weitergehende Deregulierungen und einen Abbau arbeitnehmerschützender Bestimmungen. Die folgende Aufzählung greift dabei nur einige signifikante Punkte heraus.

Abweichungen von der derzeitigen Gesetzeslage finden sich insbesondere in den Regelungen des Entwurfs zum Kündigungsschutz. Ähnlich wie das Grünbuch zum Arbeitsrecht der EU-Kommission dem Paradigma folgend, dass eine Verkürzung des Bestandsschutzes „beschäftigungsfördernd“ sei, dehnen die Autoren des ArbVG die Frist, in der noch kein Kündigungsschutz besteht, von momentanen sechs Monaten auf „optional“ bis zu zwei Jahren Beschäftigungsdauer aus. Dies hätte in der Praxis zur Folge, dass weitere Millionen von Lohnabhängigen dem Prinzip des „hire and fire“ ausgesetzt wären. Zusätzlich sollen ArbeitnehmerInnen die „Möglichkeit“ erhalten, nach drei Jahren gegen Abfindung ganz auf ihren Kündigungsschutz zu verzichten. Die Freiwilligkeit derartiger künftiger Vereinbarungen, insbesondere vor dem Hintergrund einer hohen Arbeitslosigkeit darf allerdings bezweifelt werden.

Auch ältere und schwerbehinderte Beschäftigte hätten im Fall der Realisierung des Bertelsmann-Vorhabens Nachteile zu erwarten. Im Widerspruch zur aktuellen Gesetzeslage und der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sollen nach dem ArbVG bei der sog. Sozialauswahl im Falle der betriebsbedingten Kündigung „Schwerbehinderung“ und „Alter“ als Gesichtspunkte, die einer Entlassung entgegenstehen, nicht mehr berücksichtigt werden. Letzteres priesen die Verfasser des Entwurfs obendrein als Umsetzung europarechtlicher Antidiskriminierungsvorgaben und Erhöhung von Beschäftigungschancen für ältere Menschen an.

Weiter soll das sog. Anschlussverbot bei befristeten Arbeitsverhältnissen entfallen d.h. nach einer Pause soll eine erneute sachgrundlose Befristung beim gleichen Arbeitgeber möglich sein. Wie Kritiker des Entwurfs zu recht monierten, wird damit Kettenbefristungen im Beschäftigungsverhältnis Tür und Tor geöffnet.

Auch die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, eine zentrale Errungenschaft der Gewerkschaftsbewegung, wird erheblich beschnitten. Sie soll auf maximal sechs Wochen im Jahr begrenzt sein, was neben Einkommensverlusten für Beschäftigte auch Belastungen für die gesetzliche Krankenversicherung bedeuten würde. Eine eindeutige Orientierung an Arbeitgeberinteressen weisen ferner Vorschriften auf, die, wie es die Autoren beschönigend formulierten, die „Binnenflexibilität im Arbeitsverhältnis stärken“. So ist ein gesetzliches Recht des Arbeitgebers vorgesehen, Überstunden und Kurzarbeit anzuordnen. Die Dauer

der Arbeitszeit wird weitgehend zugunsten betriebswirtschaftlicher Erwägungen dereguliert. Würde das ArbVG in geltendes Recht implementiert, müssten die Beschäftigten in diesem Kontext empfindliche Gehaltskürzungen sowie Verlängerungen der Arbeitszeit um bis zu 25 % ohne entsprechenden Lohnausgleich in Kauf nehmen. Außerdem werden die Möglichkeiten des Unternehmers, Arbeitsort und Tätigkeit einseitig und ohne nach derzeitiger Gesetzeslage erforderliche Änderungskündigung abzuändern, erheblich ausgeweitet.

Im Bereich der Leiharbeit enthält das „Arbeitsvertragsgesetz“ ebenfalls Verschlechterungen des status quo. Der Grundsatz des equal pay wird weiter ausgehöhlt. Der Entwurf sieht ferner vor, dass der Lohnanspruch für LeiharbeiterInnen bei Leistungsverweigerung während eines Arbeitskamps, wenn keine anderweitige Einsatzmöglichkeit besteht, entfällt. Damit wird der Druck zum Streikbruch auf prekär Beschäftigte erhöht. Angesichts dieser Demontage von ArbeitnehmerInnenrechten in bedeutenden Regelungsbereichen muten die Änderungen *zugunsten* von Beschäftigten fast zynisch an. So vermag etwa die Verlängerung der Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage von bislang drei Wochen auf einen Monat (!) die vorhandenen Nachteile kaum ernsthaft aufzuwiegen.

In der Gesamtschau stellt der Gesetzesvorschlag der Bertelsmann-Stiftung nicht nur mühsam in Kämpfen errungene Rechtspositionen der Gewerkschaftsbewegung zur Disposition. Er befördert überdies, was die Rechtsentwicklung angeht, substantiell regressive Tendenzen. Der Vorschlag gründet – gleich zu Beginn – das Arbeitsverhältnis auf den Vertrag und verweist explizit auf das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB). Eine Erwähnung von Arbeitnehmergrundrechten hingegen unterbleibt. Diese systematische Konzeption – mit Sicherheit nicht zufällig gewählt – legt, wie Kritiker mit Recht bemerkten, den Schluss nahe, dass die Verfasser eine schrittweise Rücknahme des Arbeitsrechts in das bürgerliche Recht anstreben (Wroblewski 2008: 624).

Ein Verständnis vom Arbeitsvertrag als „normalem“ zivilrechtlichen Kontrakt bricht allerdings mit der im Rechtsdiskurs momentan (noch) vorherrschenden Ansicht. Nach der dort geläufigen Definition ist Arbeitsrecht *zivilrechtliches Sonderrecht der abhängigen Arbeit*. In der Regel wird in diesem Zusammenhang auf die besondere Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer sowie die historische Entwicklungslinie des Arbeitsrechts *neben und im Gegensatz zum BGB* verwiesen, welches lediglich frühliberales Dienstvertragsrecht ohne Bestandschutz und Belegschaftsvertretung enthält, (vgl. Söllner 1976: 18 ff). Zahlreiche Beschreibungen in der Arbeitsrechtsliteratur stellen das moderne Arbeitsrecht zudem in den Kontext des soziale Antagonismen ausgleichenden „Erfolgsmodells“ Soziale Marktwirtschaft. Zuweilen findet sich allerdings auch die wenig trennscharfe – neoliberalen Einflüssen eine offene Flanke bietende – tautologische Formel, Arbeitsrecht sei „die Summe der Bestimmungen, die die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern normieren“. Nichtsdesto-

trotz kann es nach wie vor als überwiegender Konsens in der Rechtsdiskussion angesehen werden, dass Arbeitsrecht nicht als „gewöhnliches“ Privatrecht, sondern vielmehr als *Einhegung klassisch-liberaler Vertragsfreiheit* aufgefasst wird. Vielzitiert in diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der zufolge arbeitsrechtliche Regelungen dort, wo „die Privatautonomie ihre regulierende Kraft nicht zu entfalten vermag, weil ein Vertragspartner kraft seines Übergewichts Vertragsbestimmungen einseitig setzen kann“ und angesichts des „faktischen Machtverhältnisses“ und der „Situation struktureller Unterlegenheit im Arbeitsverhältnis“ zugunsten der Grundrechte von ArbeitnehmerInnen von Verfassung wegen „ausgleichend eingreifen müssen“ (vgl. BverfG-Beschluss vom 23.11.2006). Gemeinhin anerkannt und einer Eingliederung des Arbeitsrechts in die Zivilrechtsordnung ebenfalls entgegenstehend ist, dass es sich seit jeher um einen aus privatrechtlichen, öffentlich-rechtlichen und kollektivrechtlichen Elementen bestehenden Normenkomplex handelt.

Ungeachtet dessen melden sich in der jüngeren juristischen Debatte vermehrt Stimmen zu Wort, die eine liberale Arbeitsrechtskodifikation fordern. Teilweise wird dabei direkt das BGB als „richtiger Standort“ vorgeschlagen (so z.B. Löwisch 2007: 98). Der rechtspolitische Gehalt derartiger Ansinnen, die auf den ersten Blick als „unpolitische“ systematische Auffassungen erscheinen, wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass damit implizit der historische Kerncharakter des Arbeitsrechts als einer marktregulierenden und Wirtschaftsmacht sozialpolitisch beschränkenden Größe, negiert wird. Die Richtung, die die weitere Rechtsentwicklung nehmen soll, ist programmatisch vorgegeben: sie zielt auf eine Rücknahme jener die Privatautonomie und „wahre Vertragsfreiheit“ einschränkenden Normen und somit des Arbeitsrechts *als Arbeitnehmerschutzrecht an sich*. Auch wenn die Verfasser des Bertelsmann-Entwurfs nicht derart weit gehen und eine Kodifikation im BGB anstreben: die ausdrückliche Hervorhebung der Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis weist in dieselbe Richtung. Der in Rede stehende Gesetzesentwurf ist nicht zuletzt unter diesem Aspekt den in einer frühliberalen Tradition stehenden Strömungen im rechtspolitischen Diskurs zuzurechnen.

Auf Initiative des damaligen Bundesarbeitsministers Scholz hin erklärte sich der Deutsche Gewerkschaftsbund schließlich bereit, Verhandlungen mit der Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände (BDA) über eine Zusammenfassung des Individualarbeitsrechts aufzunehmen, allerdings auf der Basis einer Erhaltung des status quo und eines Ausschlusses weiterer sozialer Rückschritte. Nachdem die BDA, die im übrigen die Regelungen des Bertelsmann-Vorschlags als „nicht durchgreifend genug“ kritisiert hatte, keinerlei Gesprächsbereitschaft signalisierte, entwarf eine Arbeitsgruppe von Gewerkschaftern unter Beteiligung des Bremer Arbeitsrechtsprofessors Wolfgang Däubler einen am Arbeitnehmerschutz orientierten „Diskussionsentwurf eines Arbeits-

verhältnisgesetzes“, der 2009 im Rahmen einer Veranstaltung der Friedrich Ebert Stiftung vorgestellt wurde. Auch bei der Partei DIE LINKE wurde mittlerweile in Reaktion auf das Bertelsmann-Projekt eine „Arbeitsgemeinschaft Arbeitsgesetzbuch“ gegründet, die mit Unterstützung der Rosa Luxemburg Stiftung an einer einheitlichen, privatrechtliche, öffentlichrechtliche und kollektivrechtliche Regulierungen umfassenden Kodifikation arbeitet (vgl. Boerner 2009: 234 ff.).

Das Vorhaben der Bertelsmann-Stiftung ist indessen v.a. angesichts der jüngsten Entwicklung der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH etwas in den Hintergrund getreten. Als sich abzeichnete, dass das Projekt in der letzten Legislaturperiode nicht mehr zu realisieren war, kündigten die Initiatoren an, den Entwurf „bis auf weiteres zurückzustellen“.

Die Gefahr eines „Arbeitsvertragsgesetzes“ à la Bertelsmann ist dennoch keineswegs gebannt. Unter einer schwarz-gelben Koalition, die mehr noch als die Regierungen zuvor auf die Transformation des Sozialstaats nach neoliberalen Konzepten setzt, muss jedenfalls damit gerechnet werden, dass die Pläne einer tiefgreifenden neoliberalen Arbeitsrechts„reform“ erneut aufgegriffen werden. Dass der Koalitionsvertrag in dieser Hinsicht keine konkreten Aussagen trifft, sollte da nicht allzu optimistisch stimmen. Ob dem Bertelsmann-Entwurf das gleiche Schicksal wie seinen geschichtlichen Vorläufern zuteil wird, ist nicht entschieden.

Positiv gewendet könnte die mit der Wirtschaftskrise einhergehende gesellschaftliche Diskreditierung marktliberaler Leitbilder allerdings auch neue Handlungsspielräume für einen Ausbau und eine Weiterentwicklung von Beschäftigtenrechten eröffnen. Zu hoffen bleibt, dass es gelingt, dies im Sinne einer Verschiebung der momentanen Kräfteverhältnisse zu nutzen und in diesem Kontext auch progressive Arbeitsrechtsalternativen zum Gegenstand einer breiten Diskussion zu machen.

2. Angriffe auf Streikrecht und Tarifautonomie – die neue Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)

Die Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union werden seit einigen Jahrzehnten in zunehmenden Maße durch europäisches Recht überformt. In diesem Kontext bedeutsam ist der in den 1960er Jahren vom EuGH aufgestellte Grundsatz des Vorrangs des europäischen Rechts (Urteil C-6/46 vom 15.7. 1964). Die Richter in Luxemburg entschieden, dass im Fall der Kollision die nationalen Normen nicht mehr angewendet werden dürfen.

Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht hat dieses Prinzip grundsätzlich anerkannt und es sich in einer Art „Selbstzurückhaltung“ versagt, Gemeinschaftsrecht am Grundgesetz zu prüfen, es sei denn, die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des EuGH gebe Anlass zur

Annahme, dass ein unabdingbarer Grundrechtsstandard generell unterschritten“ werde (sog. Maastricht-Urteil).

Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft wurde ursprünglich mit dem Ziel gegründet, den gemeinsamen Binnenmarkt herzustellen. Ein „soziales Europa“ mit einer einheitlichen Arbeits- und Sozialverfassung stand von Beginn an nicht auf der politischen Agenda. Diese „Asymmetrie zwischen Marktintegration und sozialer Integration“ (Scharpf 2009) spiegeln die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union wider. Die Gemeinschaftsverträge beinhalten als programmatisches „Herzstück“ die wirtschaftlichen Grundfreiheiten, insbesondere Warenverkehrs-, Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Die soziale Dimension nimmt hingegen im Gesamtgefüge des EU-Rechts kaum mehr als eine Randstellung ein. Auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes und der Arbeitnehmerkonsultation wurden erst in den 1990er Jahren arbeitsrechtliche Kompetenzen eingefügt. Weiteren Regelungsbereichen wie Kündigungsschutz und Mitbestimmung stehen mit dem Erfordernis der Einstimmigkeit aller 27 Länder hohe institutionelle Hürden entgegen. Im Bereich der Sozialpolitik bestehen europäische Legislativbefugnisse im wesentlichen bei der Diskriminierung als Annexkompetenz zur Wirtschaftsfreiheit, was seinen Niederschlag im Erlass der viel diskutierten europäischen Antidiskriminierungsvorgaben gefunden hat. Durch letztere werden freilich die Arbeitsbeziehungen lediglich in einem Randbereich tangiert und das gesellschaftliche Kräfteverhältnis zwischen Beschäftigten und Arbeitgeberseite nicht relevant verschoben.

Die Unterrepräsentanz des Arbeits- und Sozialrechts stellt sich vielmehr als Konstante des europäischen Einigungsprozesses dar, welche auch im Lissabonner Vertrag eine Fortsetzung gefunden hat. Letzterer bietet mit dem Unionsziel einer „sozialen Marktwirtschaft“ in dieser Hinsicht wenig mehr als „hübsche Verfassungsslyrik“ (Rödl 2009).

Dessen ungeachtet kamen in den letzten Jahren einige europäische Richtlinien zustande, die arbeitsrechtliche Mindeststandards festschreiben. Zu nennen sind hier bspw. die Regelwerke zur Teilzeit- und Zeitarbeit, zur Information und Konsultation von Betriebsräten und zur Arbeitnehmerentsendung. Geschuldet war dies im konkreten Fall korporatistischen Arrangements zwischen Gewerkschaftsverbänden und Kapital auf europäischer Ebene sowie teilweise einer besonderen politischen Konstellation innerhalb der Europäischen Kommission.

Obwohl die besagten arbeitsrechtlichen Bestimmungen die Spirale eines *race to the bottom* an einigen Stellen auffangen und partiell sogar ein höheres Schutzniveau gegenüber dem jeweiligen nationalen Recht normieren: in der Gesamtbetrachtung sind die festgelegten Standards niedrig und lassen im europaweiten Vergleich eine Nivellierungstendenz nach unten erkennen. Sie bieten zudem oftmals Ausstiegsoptionen. Hinzu kamen europäische Rechtsakte, die weitergehende Deregulierungen vorsehen. So hatten bspw. die Richtlinie

zum Mutterschutz sowie die rechtliche Aufweichung des Verbots der Kinderarbeit die Aufkündigung entsprechende ILO-Übereinkommen, die höhere Anforderungen an den Arbeitnehmerschutz normierten, durch die Mitgliedstaaten zur Folge.

Das *kollektive Arbeitsrecht*, insbesondere das Streik- und Koalitionsrecht wird nach den Grundverträgen explizit aus dem Kompetenzbereich der EG herausgenommen. Bislang ging auch die Mehrheitsmeinung im Rechtsdiskurs davon aus, dass die historisch gewachsenen und nach unterschiedlichen Mechanismen austarierten nationalen Regelungen der kollektiven Arbeitsbeziehungen dem europarechtlichen Einfluss weitgehend entzogen sind. Dieser Auffassung hat die jüngste Rechtsprechung des EuGH nunmehr eine klare Absage erteilt und kollektives Arbeitsrecht in den Mitgliedstaaten auf seine Vereinbarkeit mit den EG-Wirtschaftsfreiheiten hin überprüft. Sämtliche Urteile betrafen dabei Fälle des europaweit stattfindenden Lohn- und Sozialdumpings.

Der sog. Viking-Entscheidung aus dem Jahr 2007 (Rs. C-438/05) war vorausgegangen, dass ein finnisches Fährunternehmen („Viking Line“) ein Schiff von Finnland nach Estland ausflaggen wollte, um die finnische Besatzung durch niedriger entlohnte estnische Arbeitskräfte zu ersetzen. Die finnische Seeleute-Gewerkschaft drohte mit Unterstützung der Internationalen Transportarbeiter-Föderation (ITF) Streikmaßnahmen an. Die ITF forderte zudem erfolgreich die estnischen Gewerkschaften auf, keine Tarifverhandlungen mit der finnischen Reederei aufzunehmen. Viking-Line brachte den Fall daraufhin vor Gericht und klagte auf Unterlassung. Der EuGH wertete das Gewerkschaftshandeln in seinem Urteil als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit des Unternehmens, welches durch die Arbeitskampfindrohung abgehalten werden könnte, von seinem Recht Gebrauch zu machen, den Standort in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Zwar stellten die europäischen Richter – keine Selbstverständlichkeit – fest, dass das Streikrecht ein Grundrecht und als solches fester Bestandteil des europäischen Rechts sei. Dieses wird allerdings erheblich eingeschränkt. Nur nach einer gerichtlichen Prüfung im Einzelfall und unter bestimmten vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen soll ein das Niederlassungsrecht tangierender Arbeitskampf gerechtfertigt sein.

Eine besondere Brisanz gewinnt dieses Urteil insbesondere in Hinblick auf künftige Gewerkschaftsmaßnahmen gegen transnationale Produktionsverlagerungen. Indem es die Möglichkeit eröffnet, dem Ausgangsfall vergleichbare Arbeitskämpfe für rechtlich unzulässig zu erklären, verkürzt es die Mittel der Beschäftigten, sich gegen drohende Standortschließungen und Massentlassungen zur Wehr zu setzen. Ein weiterer vieldiskutierter Prozess (Rs. C-341/05) betraf das lettische Bauunternehmen Laval, welches überwiegend mit eigenen Arbeitnehmern beim Bau einer Schule in Schweden tätig war. Die Arbeitskräfte wurden nach lettischen Tariflöhnen bezahlt, welche nicht einmal halb so hoch waren wie die schwedischen Entgelte. Die ansässige Bauarbeiter-

gewerkschaft nahm daraufhin Tarifverhandlungen mit Laval auf, um die in der Region üblichen Löhne durchzusetzen und blockierte nach dem Scheitern der Gespräche die Baustelle. Dem Arbeitskampf schloss sich die schwedische Elektrikergewerkschaft mit einem Sympathiestreik an. Nach nationalem Recht war das Gewerkschaftshandeln dabei legal, da in Schweden die einheimischen Tarife vor einem Unterbietungswettbewerb durch ausländische Arbeitgeber, gesetzlich besonders geschützt sind (sog. *Lex Britannica*). Das Unternehmen, unterstützt vom schwedischen Arbeitgeberverband, verklagte die Gewerkschaften auf Schadensersatz. Der EuGH entschied, dass der Arbeitskampf gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit verstoße und rechtswidrig sei. Zentrale Grundlage des Urteils war eine restriktive Auslegung der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern, deren Mindestschutzbestimmungen die Richter im Sinne einer Obergrenze für die Zulässigkeit eines Streiks interpretierten. Die juristische Argumentation des EuGH bemüht in diesem Fall recht gewagt anmutende Rechtskonstruktionen – eine Besonderheit die im übrigen das Europarecht *generell* auszuzeichnen scheint. Den Wortlaut der Entsenderichtlinie, demzufolge die dort festgelegten Mindestvorschriften einer „Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“ am Leistungsort nicht entgegenstehen, versteht das Gericht so, dass es sich hier ausschließlich um die (seltene) Konstellation handele, dass ein ausländischer Unternehmer „aus freien Stücken“ beschließt, die höheren Entgelte des Aufnahmestaats zu zahlen. Ähnlich wie im Fall „Viking“ beschneidet das Urteil gewerkschaftliche Durchsetzungsfähigkeit und nationale Tarifsysteme. Eine besondere Tragweite gewinnt es zusätzlich dadurch, dass mit der Missachtung der schwedischen Gesetzeslage, welche die einheimischen Arbeitsbedingungen besonders schützt, ein historischer Grundpfeiler des skandinavischen Sozialstaatsmodells zur Disposition gestellt wird.

Für Aufsehen sorgte auch die sog. Ruffert-Entscheidung (Rs. C- 346/06), welche das Handelsblatt euphorisch als „Revolution für die öffentliche Auftragsvergabe“ bezeichnete. Der EuGH erklärte hierbei die niedersächsischen Tariftreueregelungen, welche ausländische Unternehmer auf Einhaltung ortsüblicher Tarifverträge bei der Erfüllung öffentlicher Aufträge verpflichteten, für rechtlich unzulässig.⁷ Dem lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein polnisches Subunternehmen beim Bau eines Gefängnisses in Göttingen Arbeitskräfte eingesetzt hatte, die weit unter dem vorgesehenen Mindestlohn vergütet wurden. Der Rechtsstreit über die vom Land Niedersachsen infolgedessen verhängte Vertragsstrafe landete schließlich beim EuGH. Dieser sah die landesrechtlichen Vorgaben mit Blick auf den freien Dienstleistungsverkehr als unvereinbar mit

7 Dies vor dem Hintergrund, dass das deutsche Bundesverfassungsgericht erst 2006 Tariftreugesetze mit Verweis auf ihre Bedeutung für den Erhalt der Sozialversicherungssysteme als grundgesetzkonform gebilligt hatte.

dem Europarecht an. Die Richter argumentierten, dass die Tariftreueverpflichtung nicht mit dem Zweck des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt werden könne, da sie nur im öffentlichen Sektor gelte und nicht erkennbar sei, warum ein im Rahmen eines privaten Auftrags tätig werdender Arbeitnehmer weniger des Schutzes bedürfe (!). Zwar belässt das Urteil begrenzte Möglichkeiten, Tariftreueregelungen künftig auf nationaler Ebene einzuführen. Diese dürfen – und diese politisch aufschlussreiche Wertung durchzieht auch andere Entscheidungen des EuGH – *nicht durch arbeitskampfförmige Aktionen gegenüber dem jeweiligen Unternehmer* durchgesetzt werden, sondern müssen über den *staatlichen Akt* der sog. Allgemeinverbindlichkeitserklärung erfolgen. Ein weiterer Aspekt, unter dem gewerkschaftliche Handlungsspielräume eingengt werden.

Die unmittelbaren Auswirkungen des Ruffert-Urteils in Deutschland waren verheerend. Alle acht Bundesländer, in denen entsprechende Tariftreuegesetze bei der öffentlichen Auftragsvergabe existierten, erklärten diese für ungültig und setzten sie in Gänze außer Kraft. Dies nicht zuletzt deshalb, um einer drohenden Staatshaftung – ein effektives Druckmittel des EuGH – zu entgehen. Entsprechende Legislativvorhaben in anderen Bundesländern wurden zurückgezogen. Mehrere Unternehmen nutzten unverzüglich die Gunst der Stunde, um sich im Unterbietungswettbewerb Markt Vorteile zu verschaffen. Der Vorstand der Bahn AG kündigte bspw. sogleich an, sich mit nicht tarifgebundenen Subunternehmen an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen zu wollen.

Die Linie der europäischen Richter, Arbeitsrecht über den Binnenmarkt auszuhebeln, setzte sich auch im darauffolgenden Fall „Luxemburg“ (Rs. C-341/05) fort. Gegenstand des Verfahrens, das die Kommission gegen das Großherzogtum Luxemburg eingeleitet hatte, waren nationale Vorschriften, die in Umsetzung der Entsenderichtlinie erlassen worden waren. Der EuGH konstatierte hier ein zu hohes, dem Gemeinschaftsrecht widersprechendes Arbeitnehmerschutzniveau. In Rede standen insbesondere Vorschriften die eine automatische Anpassung der Löhne und Gehälter nach Luxemburg entsendeter Arbeitnehmer an die Lebenshaltungskosten vorsahen. Außerdem hielt das Urteil fest, dass Luxemburg als Aufnahmeland für die Erbringung von Dienstleistungen nicht berechtigt sei, seine einheimischen Regeln für Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge auf ausländische Unternehmen auszudehnen.

Die vier Entscheidungen des EuGH lösten eine kontroverse Debatte, nicht nur innerhalb der Rechtswissenschaften, sondern auch in Politik und Verbänden der Mitgliedstaaten aus. Nicht zuletzt in gewerkschaftsnahen Publikationen wurden Konsequenzen, Übertragbarkeit der Urteile auf künftige Fälle sowie politische Reaktionsmöglichkeiten erörtert. Kritik an der europäischen Rechtsprechung kam von verschiedenen Seiten, mit – akteursbezogen – unterschiedlichen Konnotationen. So äußerten sich Stimmen aus der deutschen

Richterschaft ablehnend gegenüber der Tendenz des EuGH, national gewachsene Arbeitsrechtsprechung an sich zu ziehen und zogen die Vereinbarkeit der Entscheidungen mit dem Grundgesetz, mit Blick auf die dort garantierte Koalitionsfreiheit, in Zweifel (vgl. Zwanziger 2009). Auch das handwerklich-juristische Vorgehen der Richter aus Luxemburg stieß teilweise auf Widerspruch. Insbesondere die auch rechtspolitisch bedeutsame Frage, ob die vom EuGH aufgemachte Prüfungs- und Wertungshierarchie zwischen Wirtschaftsfreiheiten und Grundrechten, die nationaler Verfassungsrechtsdogmatik zuwiderläuft, legitim sei, war in der Rechtslehre nicht unumstritten. Einige politikwissenschaftliche Stellungnahmen fokussierten ihre Kritik auf die durch die Urteile forcierte Verengung nationaler Handlungsspielräume für einen sozial eingebetteten Kapitalismus und die damit einhergehende Gefährdung sozialer Demokratie (Höpner 2007: 411; Rödl 2009). Dies mit Recht, zumal sich in der Aushöhlung nationaler Arbeitsrechts- und Verfassungsnormen durch die europäischen Judikative einmal mehr das *generelle* Demokratiedefizit der Europäischen Union manifestiert, welche in ihrer strukturellen Verfasstheit weit hinter das Modell der nationalstaatlichen repräsentativen Demokratie zurückfällt (vgl. Fisahn: 2009: 126 f).

Vor allem in gewerkschaftsnahen Veröffentlichungen wurde ferner Gegenmaßnahmen und Handlungsoptionen im Anschluss an die Urteile diskutiert. Sie reichten von einer Aufforderung an die Regierungen der Mitgliedstaaten, dem Gericht in Luxemburg vorerst den Rechtsgehorsam zu verweigern, bis geklärt sei, ob dessen Handeln vom europäischen Gesetzgeber gedeckt ist (Scharpf 2009), über einen Ruf nach stärkeren Kontrollmechanismen für Besetzung und Rechtsprechung des EuGH (Monks 2009) bis hin zu auf den nationalstaatlichen Rahmen verweisende Handlungsstrategien, um die nationalen Arbeitsrechts- und Sozialsysteme vor weiteren Beschädigungen zu schützen (Rödl 2009).

Einige Kommentare konzentrierten ihre Analyse der neuen Rechtsentwicklung auf die marktradikale „Überinterpretation der Europäischen Verträge“ durch die Richter in Luxemburg. In diesem Kontext wurde argumentiert, dass sich der EuGH, – einer stringenten und in sich logischen Rechtsprechungslinie folgend – mit den Jahren immer mehr Kompetenzen angemaßt und Zuständigkeiten zulasten des nationalen Rechts usurpiert habe. Die richterliche Rechtsfortbildung wird auf diese Weise besonders in das Blickfeld gerückt und als entscheidende Ursache der jüngsten Urteile dargestellt. Als Konsequenz dieser Betrachtung wird u.a. eine politisch überwachte, die nationalstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassungen schonende „Selbstzurückhaltung des EuGH“ vorgeschlagen (vgl. Höpner 2009).

Zwar soll hier nicht in Abrede gestellt werden, dass die europäischen Richter bei den besagten Fällen einer eigenen Rechtsprechungstradition folgten und auch im Sinne eines gewissen „Interesses an sich selbst“ entschieden haben. Die Fokussierung auf die richterliche Rechtsfortbildung vermag jedoch nicht

zu erklären, weshalb der EuGH jahrzehntelang kollektives Arbeitsrecht *nicht* auf seine Vereinbarkeit mit den Wirtschaftsfreiheiten hin überprüfte. Indem die sich „verselbständigende“ Richterpraxis in den Mittelpunkt der Kritik gestellt wird, droht der *politische Inhalt* der jüngsten EuGH-Urteile in den Hintergrund zu treten. Dieser Inhalt ist ziemlich eindeutig. Sämtliche Entscheidungen lassen eine einseitige Orientierung an Unternehmens- und Wettbewerbsinteressen zulasten von ArbeitnehmerInnenrechten erkennen. Die erhobenen Klagen wurden teilweise von nationalen Arbeitgeberverbänden mitgetragen und bewusst lanciert, um ein entsprechendes, den gewerkschaftlichen Arbeitskämpfe einschränkendes Resultat der Rechtsprechung zu erreichen. Die rechtspolitische Diskussion in den Mitgliedstaaten um Bewertung und Tragweite der EuGH-Urteile ist indessen nicht abgeschlossen. Ob sie dazu beitragen kann, die europäische Rechtsprechung zu korrigieren und in „gemäßigte“ Bahnen zu lenken, wird sich zeigen.

3. ArbeitnehmerInnenrechte in Europa verteidigen!

Die mit den Entscheidungen des EuGH einhergehende Beschränkung des Streik- und Tarifrechts stellt nicht zuletzt eine Kampfansage an historisch erungene Rechtspositionen der europäischen Gewerkschaften dar. Diese sind vor die Herausforderung gestellt, neue Formen grenzüberschreitender Solidarität und gemeinsame Handlungsstrategien zu entwickeln, um kollektive Arbeitsrechte in Europa zu verteidigen und einer weiteren Erosion eigener Verhandlungsmacht und politischer Einflussmöglichkeiten entgegenzuwirken. Die ersten Reaktionen der Gewerkschaftsverbände auf die neoliberale Rechtsprechung des EuGH fielen allerdings eher verhalten und wenig offensiv aus. So hoben GewerkschaftsvertreterInnen, wohl in der Hoffnung zu retten, was zu retten ist, neben grundsätzlicher Kritik an den Urteilen, positiv hervor, dass der EuGH das Streikrecht auf europäischer Ebene als Grundrecht anerkannt habe (vgl. die Stellungnahme des EGB vom 4.3. 2008). Um das soziale Defizit des EG-Rechts künftig zu korrigieren, wurde von Seiten des Europäischen Gewerkschaftsbundes (EGB) insbesondere die Implementierung einer „sozialen Fortschrittsklausel“ in einem Zusatzprotokoll zum Lissabonner Vertrag gefordert. Ob sich dieses Ziel in naher Zukunft realisieren lässt, erscheint jedoch eher unwahrscheinlich, da eine Änderung des europäischen Primärrechts die Zustimmung aller 27 Mitgliedstaaten erfordern würde. Ferner wurde eine Novellierung der Entsenderichtlinie vorgeschlagen, um den Arbeitnehmerschutz zu stärken und der richterlichen Interpretation künftig Grenzen zu setzen. Repräsentanten des EGB warnten überdies davor, die Verschiebung der Kräfteverhältnisse zulasten von Gewerkschaftsrechten durch die europäische Rechtsprechung mit „Europaskepsis“ und „protektionistischen Lösungen“ zu beantworten, was insbesondere den legitimen Aufholinteressen der osteuropäi-

schen Beitrittsländer nicht gerecht werde. Auch andere europäische Gewerkschaftsverbände beschränkten sich in offiziellen Stellungnahmen vorwiegend auf ein Einfordern institutioneller Reformen auf europäischer Ebene und positionierten sich dementsprechend im Europawahlkampf 2009. Eine Initiative für eine gewerkschaftliche Offensive zur Verteidigung von Arbeitnehmerrechten ging hingegen 2008 vom Schweizer Gewerkschaftsbund (SGB) aus. Dieser setzte sich für eine europaweite gewerkschaftliche Kampagne gegen Lohn- und Sozialdumping unter dem Motto „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ ein und versuchte – vorerst ohne Erfolg – ein entsprechendes Positionspapier auf die politische Agenda des EGB zu setzen (vgl. Rechsteiner 2009: 117 f.).

Angesichts der neuen Qualität der EuGH-Rechtsprechung erscheinen gewerkschaftliche Reaktionen und Gegenstrategien, die über eine Politik der „sozialen Rhetorik“ und „normativen Appelle an europäische Entscheidungseliten“ (Urban 2009) hinausweisen, dringend vonnöten, um Arbeitnehmerrechte in Europa zu wahren.

An dieser Stelle sei an einen Gedanken Pierre Bourdieus erinnert, der nichts an Aktualität eingebüßt hat. Bourdieu betonte schon früh die Notwendigkeit einer europaweiten sozialen Bewegung und übernationalen Gewerkschaftspolitik, um sowohl dem von oben in Gang gesetzten Lohn- Sozialdumping wie auch dem dadurch wiedererstarkenden Rechtspopulismus etwas wirksames entgegenzusetzen. Er plädierte in diesem Zusammenhang für ein sog. „Regressionsverbot“, das jeden weiteren „Rückschritt im Bereich der sozialen Errungenschaften europaweit verbietet“, als Grundlage gemeinsamen Denken und Handelns (Bourdieu, 2004: 17).

Eine in diesem Sinne, auf der Basis geteilter sozialer Werte und Gerechtigkeitsvorstellungen, international vernetzte und koordinierte Gewerkschaftsbewegung, könnte eine Kraft darstellen, die dem gegenwärtigen Europa des Demokratie- und Sozialabbaus wirksam entgegentritt.

Allerdings würde dies – auch da sei an Bourdieu erinnert – vor dem Hintergrund der geschichtlichen Erkenntnis, dass es „keine Sozialpolitik ohne soziale Bewegung zu deren Durchsetzung gibt“, Aktionsformen und Mobilisierungsstrategien erfordern, die mehr beinhalten als geschicktes Verhandlungslobbying und eine Politik der Symbolik.

Erste Ansätze einer solchen europaweit agierenden sozialen Bewegung gab es bereits mit den gesellschaftlichen Protestbewegungen gegen die sog. Bolkesteinrichtlinie oder den gemeinsamen Protesten europäischer Hafentarbeiter 2006⁸,

8 Die auf den EU- Kommissar Bolkestein zurückgehende Dienstleistungsrichtlinie sah u.a. vor, dass private Dienstleistungsunternehmen bei Aufträgen ausschließlich die Bestimmungen ihres Heimatlandes einhalten müssen. Die Proteste der Hafentarbeiter 2006 richteten sich gegen die mit der „Port Package II“ Richtlinie geplante Liberalisierung von Hafendienstleistungen und die damit verbundene Gefährdung von Arbeitsplätzen.

die den europäischen Gesetzgeber zu Korrekturen zugunsten des Arbeitnehmerschutzes bewegten. Daran anzuknüpfen wäre notwendig, um ArbeitnehmerInnenrechte in Europa – und auch das Arbeitsrecht – vor weiteren Angriffen zu verteidigen.

Literatur

- Böckelmann, Frank u.a. (2004): *Bertelsmann. Hinter der Fassade des Medienimperiums*, Frankfurt/Main.
- Boerner, Hans- Joachim (2009): Alternatives Arbeitsgesetzbuch, in: *Arbeitsunrecht*, hrsg. von Werner Rügemer, Münster.
- Bourdieu, Pierre (2004): *Gegenfeuer*, Konstanz.
- Düwell, Franz- Josef u.a. (Hrsg.): *Beschäftigungsfördernd? Sozialverträglich? Zukunftsfähig? Ein Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes- Dokumentation eines Expertengesprächs der Friedrich- Ebert- Stiftung*, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/erfurt/05387.pdf>
- Europäischer Gewerkschaftsbund (2009): *Stellungnahme zu den Urteilen des EuGH in den Fällen Viking und Laval*, <http://www.etuc.org/IMG/pdf/ResolutionDE-2.pdf>
- Fisahn, Andreas (2009): Funktionswandel von Verfassungsnormen. Normative Geltung und normative Kraft des Faktischen, in: *Topos- Internationale Beiträge zur dialektischen Theorie*, 101- 131.
- Höland, Armin u.a.(2004): Recht und Wirklichkeit der Kündigung von Arbeitsverhältnissen, in: *WSI-Mitteilungen*, 145- 151.
- Höpner, Martin (2009): Integration durch Usurpation- Thesen zur Radikalisierung der Binnenmarktintegration, in: *WSI-Mitteilungen*, 407- 415.
- Hümmerich, Klaus (1996): Von der Verantwortung der Arbeitsrechtsprechung für die Volkswirtschaft, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1290- 1305.
- Hensche, Detlev (2009): Arbeitsrecht und Globalisierung, in: *Arbeitsunrecht*, hrsg. von Werner Rügemer, Münster.
- Monks, John (2008): „Wir halten am europäischen Sozialmodell fest“, Interview in: *Magazin Mitbestimmung*, http://www.boeckler.de/107_94426.html
- Pfarr, Heide (2007): Flexicurity – Ein Konzept für das Arbeitsrecht der Zukunft?, in: *WSI-Mitteilungen*, 416- 420.
- Rechsteiner, Paul (2009): Verteidigung der Arbeitnehmer/innenrechte in Europa. Für eine gewerkschaftliche Offensive, in: *Widerspruch 57 Beiträge zu sozialistischer Politik*, 115- 123.
- Rödl, Florian (2009): Bleierne Zeiten für die Arbeitsbeziehungen. Viking, Laval und Ruffert, in: *Magazin Mitbestimmung*, http://www.boeckler.de/107_94438.html
- Römer, Peter (1970): Für und wider ein Gesetzbuch der Arbeit, in: *Arbeit und Recht*, 141- 147, <http://www.roemer-peter.de/publikat.htm>
- Rüthers, Bernd (1999): Arbeitsrecht und Ökonomie, in: *Recht der Arbeit*, 32- 38.
- Scharpf, Fritz (2008): „Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen“, Interview in: *Magazin Mitbestimmung*, http://www.boeckler.de/163_91911.html
- Schubert, Michael (2009): Der Bertelsmann- Entwurf zum Arbeitsvertragsgesetz, in: *Arbeitsunrecht*, hrsg. von Werner Rügemer, Münster.
- Sinzheimer, Hugo (1921): *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena.
- Sittard, Ulrich (2007): ArbVG-Entwurf, in: *Recht der Arbeit*, 253- 255.
- Söllner, Alfred (1976): *Arbeitsrecht*, Stuttgart u.a.
- Urban, Hans- Jürgen (2009): Den EU-Prozess neu programmieren. Was setzen Gewerkschaften dem Europa der Eliten entgegen?, in: *Magazin Mitbestimmung* 3, 28-32.
- Wroblewski, Andrej (2008): Sachstand „Arbeitsvertragsgesetz“- Verwirklichungschancen einer Kodifikation, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 622- 626.
- Zwanziger, Bertram (2009): Nationale Koalitionsfreiheit vs. europäische Grundfreiheiten - aus deutscher Sicht, in: *Recht der Arbeit- Beil.*, 11-33.