

Europäische Arbeitsverfassung

Rödl, Florian

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Rödl, F. (2009). *Europäische Arbeitsverfassung*. (ZERP-Diskussionspapier, 1). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62224-4>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
Universität Bremen

ZERP

Florian Rödl

Europäische Arbeitsverfassung

ZERP-Diskussionspapier 1/2009

Dieser Text wird unter dem Titel „Arbeitsverfassung“ als neues Kapitel in der 2. Auflage des von Armin v. Bogdandy herausgegebenen Bandes „Europäisches Verfassungsrecht“ erscheinen. Die Querverweise wurden für diese Vorabveröffentlichung nicht beseitigt.

IMPRESSUM

Herausgeber: Zentrum für Europäische
Redaktion: Rechtspolitik
Vertrieb: Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen

Nachdruck: Nur mit Genehmigung des
Herausgebers

ISSN: 0947 — 5729

Bremen, im Februar 2009

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	1
1.	Europäische Verfassung und gesellschaftliche Ordnung.....	1
2.	Zum Begriff der Arbeitsverfassung	4
II.	Die EWG-Arbeitsverfassung und der soziale Integrationskompromiss.....	7
1.	Die Grundnormen der Arbeitsverfassung der EWG.....	7
2.	Grundlage und Funktion der EWG-Arbeitsverfassung.....	9
a)	Das Versprechen der neo-klassischen Ökonomie	9
b)	Der soziale Integrationskompromiss.....	11
3.	Gestalt der europäischen Arbeitsverfassung im gesellschaftlichen Wandel	14
III.	Die positiv-rechtliche Gestalt der EU-Arbeitsverfassung.....	16
1.	Übersicht über den Normbestand.....	16
a)	Rechte.....	16
b)	Leitnormen	19
c)	Kompetenzen.....	19
2.	Das Kernproblem der fehlenden Kongruenz	21
IV.	Die Form der europäischen Arbeitsverfassung	24
1.	Eine integrierte europäische Arbeitsverfassung „im Werden“?	24
a)	Marksteine der Entwicklung der europäischen Arbeitsverfassungsnormen.....	25
aa)	Aufbau autonomer arbeitsrechtlicher Kompetenzen: Einheitliche Europäische Akte (1987) und Sozialabkommen von Maastricht (1993).....	25
bb)	Konstitutionalisierung von Rechten: Die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (1989) und die EU-Charta der Grundrechte (2001).....	27
cc)	Vermehrung der Leitnormen: Sozialabkommen von Maastricht (1993) und Amsterdamer Vertrag (1999).....	29
dd)	Neuerungen durch den Lissabonner Vertrag	29
b)	Eine historisch und polit-ökonomisch verfestigte Asymmetrie	30
2.	Eine post-regulatorische Arbeitsverfassung für die EU?.....	33
3.	Die EU-Arbeitsverfassung im europäischen Arbeitsverfassungsverbund.....	36
a)	Schutz der Autonomie mitgliedstaatlicher Arbeitsverfassung.....	36
aa)	Horizontale Schutzrichtung: Arbeitskollisionsrecht und Grundfreiheiten	37
bb)	Vertikale Schutzrichtung: Wettbewerbs- und Binnenmarktrecht.....	40
b)	Legislative Kompetenzen für marktfunktionale Harmonisierung	43
aa)	Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz.....	43

bb) Harmonisierungen für Maschinen, Produktionsstoffe und Anlagen-Märkte	44
cc) Harmonisierung des übrigen technischen und des sozialen Arbeitsschutzes	45
dd) Arbeitsrechtlicher Annex europäischen Gesellschaftsrechts	46
c) Transnationalisierung arbeitsverfassungsrechtlicher Rechte	47
aa) Transnationale Berufsfreiheit.....	48
bb) Transnationale Mitwirkungsrechte	49
cc) Transnationale Tarifautonomie	50
V. Schluss	53

I. Einführung

1. Europäische Verfassung und gesellschaftliche Ordnung

Der vorliegende Band verfolgt das Projekt, das europäische Primärrecht als Verfassungsrecht zu lesen.¹ Dies ist ein begrifflich anspruchsvolles Vorhaben, denn damit ist die Entscheidung verbunden, den Begriff der Verfassung von seiner hergebrachten Bindung an den des Staates zu lösen. Auf diese Weise werden Verfassung und Verfassungsrecht auch jenseits des Staates möglich,² und das bedeutet zugleich, dass die staatsrechtliche Dichotomie von Staaten(ver)bund oder Bundesstaat³ nicht mehr gültig ist. Als Begriff für diejenige rechtliche Einheit, die neben und über dem Staat eine eigene Verfassung haben kann, wird inzwischen der des Bundes wiederentdeckt.⁴ Den suprastaatlichen Bund zeichnet aus, dass er Ursprung autonomen Rechts sein kann, das dem Recht seiner Gliedstaaten vorgeht, ohne zugleich die Autonomie der Rechtsordnungen jener Gliedstaaten aufzuheben. Die Europäische Union als Bund begriffen kann insofern eine Verfassung haben, die selbständig neben den Verfassungen ihrer Mitgliedstaaten steht und mit diesen einen Verbund eingeht.⁵

Der Begriff der Verfassung wird hier zu Recht anspruchsvoll gehalten als rechtliche Begründung und Formung öffentlicher Gewalt.⁶ Doch mit diesen Funktionen ist das moderne Verständnis des Verfassungsbegriffs noch nicht erschöpft. Denn neben der öffentlichen Gewalt konstituiert die Verfassung zugleich eine soziale Ordnung. Sie liefert eine „Gesellschaftsverfassung“ oder „gesellschaftliche Gesamtverfassung“.⁷ Namentlich die Begrenzung öffentlicher Gewalt in Gestalt von Grundrechten stiftet zugleich einen gesellschaftlichen Raum und verleiht ihm spezifische normative Strukturen. „Drittwirkung von Grundrechten“⁸ und „institutionelle Verfassungsgarantien“⁹ bilden die Stichworte der klassischen Verfassungsdogmatik, mit denen diese gesellschaftliche

1 A. v. Bogdandy, in diesem Band, S. ***. [S. V und S. 149 f. der dt. Erstauflage]

2 C. Möllers, in diesem Band, S. ***. [S. 18 ff.]

3 P. Kirchhof, in diesem Band, S. ***. [S. 904 ff.]

4 C. Schönberger, Die Europäische Union als Bund, AöR 129 (2004), S. 81.

5 I. Pernice, Bestandssicherung der Verfassungen, in: R. Bieber/U. Widmer (Hrsg.), Der europäische Verfassungsraum, 1995, S. 225 (261 ff.); siehe auch S. Oeter, in diesem Band, S. *** [S. 110 ff.] („Verbundverfassung“).

6 C. Möllers, in diesem Band, S. ***. [S. 3 ff. der dt. Erstauflage]

7 R. Scholz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, 2001, § 151, A. II. (Rn. 21–35) („Gesellschaftsverfassung“); H. Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, S. 40 („gesellschaftliche Gesamtverfassung“). Der nachfolgend unter 2. entfaltete Begriff der Arbeitsverfassung fokussiert einen wichtigen Teilbereich der „gesellschaftlichen Gesamtverfassung“.

8 H.-J. Papier, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), HGR II, 2006, § 55.

9 M. Kloepfer, in: Merten/Papier (Fn. 8), § 43.

Verfassungsdimension gewöhnlich zum Ausdruck gebracht wird. Die Herausforderung europäischer Verfassungstheorie besteht daher darin, auch die Idee einer Verfassung als Konstitution gesellschaftlicher Ordnung von der Folie eines staatlichen Rahmens abzulösen und für den Verfassungsverbund neu zu artikulieren. Die für die Verfassung öffentlicher Gewalt durchaus instruktive Rede ihrer Teilung zwischen der mitgliedstaatlichen und der europäischen Ebene¹⁰ passt für die Verbundverfassung gesellschaftlicher Ordnung allerdings nicht, weil die korrespondierende Vorstellung von einer gesellschaftlichen Sphäre, die in eine europäische und in eine mitgliedstaatliche aufgeteilt wäre, keinen verständlichen Sinn hat. Vielmehr muss die Theorie europäischer Verfassung erläutern können, dass und wie die gesellschaftliche Sphäre von mitgliedstaatlicher und unionaler Verfassung im Zusammenwirken konstituiert wird, und sie muss die besondere normative Struktur dieser Sphäre zum Ausdruck bringen.

Die Frage nach der gesellschaftlichen Gesamtverfassung der EU bildet gegenwärtig wohl nichts weniger als den Zentralnerv des europäischen Integrationsprozesses. Sie wird gestellt in Gestalt der Forderung nach einem „sozialen Europa“, hinter der sich inzwischen so viele Bürger versammeln, dass die den europäischen Integrationsprozess tragenden pro-europäischen Mehrheiten in den Mitgliedstaaten nicht mehr ungefährdet erscheinen.¹¹ Diese Forderung beruht auf der erfahrungsgesättigten Diagnose, dass die volkswirtschaftlichen Wohlstandsgewinne durch europäische Marktintegration mit der Steigerung sozialer Ungleichheit erkaufte werden. Während in der Phase relativ geschlossener Volkswirtschaften nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs bis in die 1970er Jahre hinein die Faktoren wirtschaftlichen Wachstums und steigender Arbeitseinkommen miteinander gekoppelt waren, sind sie inzwischen über die Prozesse europäischer und globaler Marktintegration für alle sichtbar auseinander getreten. Jene goldene Phase des modernen Staates¹² erlaubte jedenfalls in der Mehrheit der alten Mitgliedstaaten einen gesellschaftlichen Kompromiss zwischen Kapital und Arbeit, in dem die wirtschaftlichen Eigentumsverhältnisse nicht in Frage gestellt wurden und die abhängig Beschäftigten im Gegenzug an dem auf diesen Verhältnissen beruhenden steigenden Wohlstand angemessen beteiligt wurden. Die Grundlage dieser Kompromisse ist seit den 1970er Jahren mit zunehmender Marktintegration schrittweise erodiert. Die positive Vision eines

10 So S. Oeter, in diesem Band, S. ***. [S. 83 ff. der dt. Erstauflage]

11 Der Verfassungsvertrag war nicht im Stande, diese Forderungen überzeugend aufzugreifen und einzulösen, und dies hat ihn bei der Volksabstimmung in Frankreich offenbar „den Kopf gekostet“.

12 Vom „goldenen Zeitalter“ der Staatlichkeit sprechen S. Leibfried/M. Zürn, Von der nationalen zur post-nationalen Konstellation, in: dies. (Hrsg.), Transformation des Staates, 2006, S. 19 (23), dabei anknüpfend an E. Hobsbawm, The Age of Extremes, 1994, S. 225 ff., der für die Periode von etwa 1950–1975 vom „golden age“ des 20. Jahrhunderts spricht.

„sozialen Europas“ besteht für viele mithin darin, auf europäischer Ebene einen vergleichbaren gesellschaftlichen Kompromiss neu zu konstituieren, wobei dessen neue institutionelle Konturen alles andere als klar auf der Hand liegen. Die gesellschaftliche Anerkennung der Union als legitime Ordnung und damit die Zukunft des europäischen Integrationsprojektes werden aber mutmaßlich davon abhängen, ob es gelingt, der Chiffre eines „sozialen Europas“ klaren Gehalt zu verleihen.¹³

Die Frage nach der gesellschaftlichen Gesamtverfassung im Allgemeinen und nach der europäischen Arbeitsverfassung im Besonderen ist nicht zuletzt ein Beitrag zu dieser gesellschaftspolitischen Suchbewegung, die den maßgeblichen verfassungsrechtlichen Rahmen und dessen realistische Entwicklungspotenziale freilegen soll. Ein wichtiger Anfang zu diesem Unternehmen wurde in der Vorauflage dieses Bandes gemacht, die bereits zwei Beiträge zur Wirtschafts- und Wettbewerbsverfassung der Union enthielt.¹⁴ Mit dem vorliegenden Beitrag zur Form der europäischen Arbeitsverfassung¹⁵ wird nun ein zweiter Schritt unternommen. Allerdings begegnet dieses Unternehmen gleich zu Beginn der Schwierigkeit, dass die Arbeitsverfassung in der rechtswissenschaftlichen Diskussion nur vergleichsweise bescheiden präsent ist.¹⁶ Das gilt sowohl für die arbeitsrechtliche¹⁷ als auch für die verfassungsrechtliche¹⁸ Sparte der Rechtswissenschaft. Allzu oft fungiert „Arbeitsverfassung“ nur als Überschrift und wohlklingendes Schlagwort. Der Begriff muss darum an dieser Stelle in gebotener Knappheit noch einmal neu entfaltet werden.

13 Siehe auch U. Haltern, in diesem Band, S. ***.

14 In fortentwickelter Fassung A. Hatje und J. Drexler, jeweils in diesem Band.

15 Dieser Ansatz kritischer Rechtswissenschaft, nach dem die Form eines Rechtsgebietes einen grundlegenden kritischen Maßstab geltenden Rechts liefert, ist am Beispiel des Zivilrechts näher expliziert bei F. Rödl, Normativität und Kritik des Zivilrechts, ARSP Beiheft Nr. 114 (2007), S. 167.

16 So wurde die Arbeitsverfassung im deutschen Grundgesetz erst deutlich später als die Wirtschaftsverfassung überhaupt entdeckt (Scholz (Fn. 7), § 151, Rn. 24). Die erste monographische Abhandlung zur Arbeitsverfassung des Grundgesetzes stammt aus dem Jahr 1965 (D. Conrad, Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung). Der einschlägige Band „Die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung“ des von Bettermann u.a. herausgegebenen Handbuchs (K. Bettermann u.a., Die Grundrechte, Bd. III/1, 1958) führte sie hingegen nur im Titel.

17 Die Ausnahme liefert R. Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968; ders., Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung, 2002; daneben noch E. Picker, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, 2000.

18 Die Ausnahme liefert R. Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971; ders., Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, 1979; ders., Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980.

2. Zum Begriff der Arbeitsverfassung

Der Begriff der Arbeitsverfassung geht auf den Weimarer Arbeitsrechtler *Hugo Sinzheimer* zurück. Die Arbeitsverfassung stand ihm zufolge neben dem Arbeitsvertrag.¹⁹ Während der Arbeitsvertrag die Grundlage der Arbeitsleistung liefert, ist es die Funktion der Arbeitsverfassung, eine Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern zur Ausübung der Verfügungsrechte des Arbeitgebers zu stiften.²⁰ Die Arbeitsverfassung besteht mithin in den kollektiven Ebenen des Arbeitsrechts, das heißt der Ebene der Betriebs- und Unternehmensverfassung und der Ebene der Tarifordnung, samt Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht. *Sinzheimers* Rede von der Arbeitsverfassung hat dabei in erster Linie einen materiellen Sinn, auch wenn sich die Grundlagen des kollektiven Arbeitsrechts in der Weimarer Reichsverfassung fanden (Art. 159, 162 Abs. 1, 2 WRV). Die kollektiven Ebenen des Arbeitsrechts heißen nicht deswegen Arbeitsverfassung, weil sich ihre Grundlage formell in der geschriebenen Verfassung fände, sondern weil sie in materieller Hinsicht Verfassungsfunktion erfüllen. Gegenstand der *Sinzheimerschen* Arbeitsverfassung ist die Herrschaftsposition des Unternehmers kraft seines Eigentums an den Produktionsmitteln. Dabei vermittele die Stellung als Eigentümer von Produktionsmitteln nicht nur eine sachenrechtliche Herrschaftsposition, sondern über deren ungleiche Verteilung zugleich eine Position der Herrschaft über Personen.²¹ Die Funktion dieser Verfassung der Sach- und Personenherrschaft des Eigentümers entspricht mithin der Funktion der begrenzenden Formung öffentlicher Herrschaft.²² Denn ebenso wenig wie die lediglich formende Staatsverfassung die souveräne Herrschaft ihres Inhabers antastete und nur ihre Ausübung rechtlich band, sollte auch die Arbeitsverfassung die Stellung des Unternehmers als Eigentümer, das Haben und die Verwertung des Eigentums, nicht antasten, sondern lediglich die Verwaltung des Eigentums dem Willen einer Gemeinschaft zwischen Beschäftigten und Unternehmer unterstellen.²³

In dieser Prägung durch *Sinzheimer* ist jedoch die Arbeitsverfassung festgelegt auf eine Rolle als begriffliches Komplement einer marktwirtschaftlich-liberalen Wirtschaftsverfassung,²⁴ in deren Zentrum die Garantie des Eigentums

19 H. Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927, S. 107. Beide zusammen bilden den „Arbeitsverband“.

20 Ebd.

21 Ebd., S. 22 ff.

22 C. Möllers, in diesem Band, S. ***. [S. 9 ff. der dt. Erstauflage]

23 Sinzheimer (Fn. 19), S. 208 ff.

24 Demgegenüber ist die Konjunktur bemerkenswert, die der Begriff der Arbeitsverfassung in der nationalsozialistischen Arbeitsrechtslehre erfuhr (etwa A. B. Krause, Die Arbeitsverfassung im neuen Reich, 1934 und W. Siebert, Die deutsche Arbeitsverfassung, in: E. R. Huber (Hrsg.), Idee und Ordnung des Reichs, Bd. II, 1943. Seine Verwendung sollte offenbar den Abschied vom freiheitlichen Paradigma des individuellen und kol-

an Produktionsmitteln steht. Dies ändert sich, wenn man im Unterschied zu *Sinzheimer* auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen des individuellen Arbeitsverhältnisses in den Begriff der Arbeitsverfassung hineinzieht, sodass zugleich die Interdependenz beider Ordnungen transparent wird. Die Arbeitsverfassung begrenzt dann nicht nur die Herrschaft des vorgefundenen privaten Eigentümer-Unternehmers, sondern konstituiert erst die sozialen Akteure im gesellschaftlichen Feld der Arbeit und bestimmt ihr Verhältnis zueinander. Eigentumsgarantie und Vertragsfreiheit bilden in diesem Verständnis nicht nur die Grundsteine einer liberalen Wirtschaftsverfassung, sondern als Garantie des Eigentums an Produktionsmitteln und als Arbeitsvertragsfreiheit²⁵ zugleich die Grundsteine einer gleichfalls liberalen Arbeitsverfassung.²⁶

Vor dem Hintergrund der hiesigen Fragestellung empfiehlt sich überdies eine Beschränkung auf einen formellen Verfassungsbegriff. Denn während *Sinzheimer* vor allem auf die Beschränkung der Herrschaft des Eigentümers fokussierte, geht es an dieser Stelle um eine Analyse der kraft Verfassungsrang stabilisierten (europäischen) Ordnung gesellschaftlicher Verhältnisse. Zur Arbeitsverfassung rechnen hier darum all diejenigen Normen mit formellem Verfassungsrang, die Grundentscheidungen über die Konstitution sozialer Kräfte und ihr Verhältnis zueinander im gesellschaftlichen Feld abhängiger Arbeit darstellen.

Das Fundament der Arbeitsverfassung bilden die individuellen und kollektiven Rechte der sozialen Akteure. Logisch am Anfang stehen dabei die individuellen Rechte, die die gesellschaftlichen Akteure in ihrer sozialen Rolle konstituieren. Das sind unter liberalen Bedingungen die Garantie des Privateigentums an Produktionsmitteln einerseits und die Arbeitsvertragsfreiheit andererseits, die die Rollen des Unternehmers und des abhängig Beschäftigten konstituieren. Daneben treten kollektive Rechte der Beschäftigten im Bereich betrieblicher und unternehmerischer Mitwirkung, die die Verfügungsgewalt des Unternehmers beschränken. Schließlich gehören diejenigen Rechte zur Arbeitsverfassung, die eine kollektive Vertretung der Beschäftigten in Bezug auf ihre vertraglichen Arbeitsbedingungen zum Gegenstand haben, also die verfassungsrechtliche Garan-

lektiven Arbeitsrechts anzeigen. Zu diesem Kontrast M. Becker, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis während der Weimarer Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus*, 2005, S. 382 ff.

25 Das Zusammentreffen von Privateigentum an Produktionsmitteln mit der Arbeitsvertragsfreiheit ist dabei alles andere als zwingend. An die Stelle der Arbeitsvertragsfreiheit kann, wie die Geschichte gezeigt hat, auch Sklaverei, Leibeigenschaft oder Zwangsarbeit treten.

26 Im österreichischen Arbeitsrecht hat sich das engere Verständnis der „Arbeitsverfassung“ als Gesamtheit des kollektiven Arbeitsrechts bis heute erhalten. Vgl. das österreichische Arbeitsverfassungsgesetz vom 14.12.1973 (österreichisches BGBl. Nr. 22/1974) und die Definition des Österreichers T. Mayer-Maly, Stichwort „Arbeitsverfassung“, in: A. Klose u.a. (Hrsg.), *Katholisches Soziallexikon*, 1980, S. 126.

tie der Tarifautonomie.

Neben diesen Grundrechten stehen die arbeitsverfassungsrechtlichen „Leitnormen“. Unter dem Ausdruck „Leitnormen“ sollen alle übrigen Verfassungsnormen gefasst sein, die Einfluss auf die rechtlichen Strukturen des Feldes abhängiger Arbeit haben können, womit Prinzipien ebenso wie Ziel- und Aufgabennormen eingeschlossen sind. Das wichtigste Beispiel einer Leitnorm aus der deutschen Verfassung bildet das Prinzip der Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG).²⁷

Zur Arbeitsverfassung sind schließlich die legislativen Kompetenzen im Bereich des Arbeitsrechts und die judikativen Zuständigkeiten für arbeitsrechtliche Streitigkeiten zu zählen. Denn wie alle verfassungsrechtlichen Normen bedürfen auch diejenigen der Arbeitsverfassung ihrer „Artikulation“. Dieser Ausdruck soll im hiesigen Zusammenhang sämtliche Leistungen der Konkretisierung von Grundrechten und Leitnormen in verschiedenen historischen Kontexten und für spezifische soziale Konstellationen bezeichnen.²⁸ Sie können sowohl vom Gesetzgeber als auch von Gerichten erbracht werden. Die Rede von der Artikulation soll also legislative und judikative Akte gleichermaßen erfassen. Inwieweit und unter welchen Bedingungen Gesetzgeber und Gerichte zur Artikulation und mithin zur Gestaltung des Feldes abhängiger Arbeit berufen sind, ist von grundlegender Bedeutung für die Wirkung und Dynamik der zu artikulierenden Normen, die entsprechenden Kompetenznormen sind darum selbst als Teil der Arbeitsverfassung zu begreifen.

Der dem Folgenden zugrunde liegende Begriff der Arbeitsverfassung umfasst also die individuellen und kollektiven Grundrechte der sozialen Akteure im gesellschaftlichen Feld abhängiger Arbeit, die für die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse maßgeblichen verfassungsrechtlichen Leitnormen und schließlich die Kompetenzen von Gesetzgeber und Gerichten zur Artikulation jener verfassungsrechtlichen Grundnormen.²⁹

27 Eine Definition, die ebenfalls die für das Arbeitsrecht maßgeblichen Prinzipien einschließt, bei Scholz (Fn. 7), § 151, Rn. 24.

28 Die Rede von der Artikulation soll dabei das kreative Moment der Konkretisierung von Grundrechten gegenüber einer schlichten deduktiven Vorstellung einholen, ohne dabei die Idee aufzugeben, dass die Grundrechte dennoch den Maßstab jener kreativen Leistungen bilden.

29 Dieser Begriff der Arbeitsverfassung enthält einen einstweilen mit den begrenzten Ressourcen des Autors zu erklärenden blinden Fleck, nämlich den äußerst relevanten staatlich-administrativen Beitrag zur Konstitution des gesellschaftlichen Kräfteverhältnisses in Gestalt der Kontrolle der Arbeitsmigration (zur gesellschaftlichen Funktion der Kontrolle der Arbeitsmigration siehe K. Dohse, *Ausländische Arbeiter und bürgerlicher Staat*, 1981, S. 412). Dieser Bereich ist gerade auch in der EU zu einem umkämpften Terrain geworden, siehe C.-U. Schierup u.a., *Migration, Citizenship, and the European Welfare State*, 2006, S. 48 ff.

II. Die EWG-Arbeitsverfassung und der soziale Integrationskompromiss

Die ursprüngliche Arbeitsverfassung der EWG liefert der folgenden Abhandlung nicht einfach den Ausgangspunkt eines chronologischen Berichts. Vielmehr lässt sich über die Erläuterung der konkreten Gestalt der EWG-Arbeitsverfassung die gesellschaftliche Funktion einer europäischen Arbeitsverfassung rekonstruieren, die auch für die Gegenwart maßgeblich ist. Also werden nachfolgend zunächst die wesentlichen Normen der Arbeitsverfassung der EWG dargestellt (1.). Anschließend wird entfaltet, dass sich die Normen der EWG-Arbeitsverfassung aus ihrer Funktion erklären, einen die Gründung des europäischen Integrationsprojektes ermöglichenden „sozialen Integrationskompromiss“ einzulösen. (2.). Vor diesem Hintergrund lassen sich schließlich Implikationen für Form und Gestalt der europäischen Arbeitsverfassung heute angeben (3.).

1. Die Grundnormen der Arbeitsverfassung der EWG

Die zentrale Norm der EWG-Arbeitsverfassung bildete Art. 117 EWG-Vertrag. Sie lautete:

„Die Mitgliedstaaten sind sich über die Notwendigkeit einig, auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte hinzuwirken, und dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen. Sie sind der Auffassung, dass sich eine solche Entwicklung sowohl aus dem eine Abstimmung der Sozialordnung begünstigenden Wirken des Gemeinsamen Marktes als auch aus den in diesem Vertrag vorgesehenen Verfahren sowie aus der Angleichung ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften ergeben wird.“

Die Norm enthält also in erster Linie ein soziales Versprechen, nämlich das eines angleichenden Fortschritts der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Beschäftigten. Damit verknüpft wird die Voraussage, dass die Einlösung dieses Versprechens ein Effekt des Gemeinsamen Marktes sein wird. Darüber hinaus sollten die „in diesem Vertrag vorgesehenen Verfahren“ eine Rolle spielen, womit etwa der Europäische Sozialfonds (Art. 123-128 EWG-Vertrag) oder die europäische Kooperation der Mitgliedstaaten (Art. 118 EWG-Vertrag) in Bezug genommen wurde,³⁰ die das Feld der Arbeitsverfassung im hier entfalteten Sinne verlassen.³¹ Schließlich sollte noch die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften zum Tragen kommen. Allerdings sah der EWG-Vertrag in den

30 J. Pipkorn, in: H. v. d. Groeben u.a. (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl. 1983, vor Art. 117–122 EWG-Vertrag, Rn. 7 f.

31 Zur Idee einer post-regulatorischen Arbeitsverfassung, deren Kern in Formen „weicher“ politischer Koordinierung bestehen soll, unten IV. 2.

nachfolgenden Vorschriften des Kapitels „Sozialvorschriften“ (Art. 117–122 EWG-Vertrag) keinerlei Kompetenzen zur Angleichung mitgliedstaatlichen Arbeitsrechts vor. Insofern verwies der Teilsatz auf Angleichungskompetenzen in anderen Kapiteln des Vertrages und insbesondere auf die Kompetenz nach Art. 100 EWG-Vertrag, der die europäische Ebene generell zur Angleichung von Rechtsvorschriften ermächtigte, sofern Errichtung oder Funktionieren des Gemeinsamen Marktes es erforderten. Eine umfassende europäische Angleichung mitgliedstaatlichen Arbeitsrechts war also kein Ziel für sich, vielmehr sollte europäisches Arbeitsrecht nur punktuell und marktfunktional begründet auftreten. Keine umfassende europäische Arbeitsverfassung, sondern der Gemeinsame Markt fungierte mithin letztlich als Garant des versprochenen sozialen Fortschritts.

Indem Art. 117 EWG-Vertrag die Grundentscheidung repräsentiert, dass es neben der europäischen Wirtschaftsverfassung keiner vergleichbar integrierten europäischen Arbeitsverfassung bedarf, liefert er die Zentralnorm der EWG-Arbeitsverfassung. Daneben enthielt der EWG-Vertrag lediglich noch zwei weitere Normen, die seiner Arbeitsverfassung zuzurechnen sind und bis heute im Wesentlichen unverändert fortbestehen. Die erste ist die Norm zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 48 EWG-Vertrag (Art. 39 EG, Art. 45 AEUV). Sie schuf für die abhängig beschäftigten Staatsbürger der Mitgliedstaaten ein Grundrecht, das dem europäischen Arbeitnehmer eröffnete, seine Berufsfreiheit mit Ablauf der Übergangsperiode (Ende 1969) nicht nur im Heimatstaat, sondern auch innergemeinschaftlich grenzüberschreitend wahrzunehmen. Dieses Recht berührt auch das arbeitsverfassungsrechtliche Feld, insofern als Art. 48 Abs. 2 EWG-Vertrag Schutz vor unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung im Verhältnis zum Gesetzgeber, zu den Tarifparteien und auch zum einzelnen Arbeitgeber gewährt.³² Die zweite Norm, Art. 119 EWG-Vertrag, enthielt das Gebot, gleiches Entgelt für Männer und Frauen zu gewährleisten (Art. 141 EG, Art. 157 AEUV). Von seinem Wortlaut her an die Mitgliedstaaten gerichtet sah der Europäische Gerichtshof darin schon früh ein auch horizontal gegen private Arbeitgeber wirkendes Recht auf gleiches Entgelt.³³

32 Inwieweit das Diskriminierungsverbot aus Art. 48 EWG-Vertrag (Art. 39 EG) die Tarifparteien und die Arbeitgeber unmittelbar bindet, steht nicht fest. Für Kollektivvereinbarungen und Einzelarbeitsverträge folgt diese Bindung jedenfalls aus Art. 7 Abs. 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. 1968 L 257, S. 2) für Bestimmungen in Tarif- und Einzelarbeitsverträgen. Ausgebaut hat der EuGH die unmittelbare Bindung privater Arbeitgeber an das Diskriminierungsgebot in EuGH, Rs. C-281/98, Angonese, Slg. 2000, I-4139. Allerdings scheint er im Gegenzug die Rechtfertigungshürden für Private niedriger einzustellen (Rn. 42); siehe A. Randelzhofer/U. Forsthoﬀ, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, (Stand: Jan. 2008), vor Art. 39–55 EG, Rn. 80.

33 EuGH, Rs. 43/75, Defrenne II, Slg. 1976, 455, Rn. 38 f.

Art. 48 und 119 EWG-Vertrag sind keinesfalls zufällig als einzige aus der größeren Zahl denkbarer arbeitsverfassungsrechtlicher Rechte in die EWG-Arbeitsverfassung geraten. Vielmehr sind sie Teil des Programms in Art. 117 EWG-Vertrags: Art. 48 EWG-Vertrag diente der Errichtung des Gemeinsamen Marktes, nämlich eines europäischen Marktes für Arbeitskräfte, und Art. 119 EWG-Vertrag diente marktfunktional der Beseitigung von Wettbewerbsvorteilen von Unternehmen am europäischen Markt, die Frauen kraft gesetzlicher, tariflicher oder vertraglicher Vorschriften kein gleiches Entgelt zahlen. Den Kern der Arbeitsverfassung der EWG bildete mithin ein kohärentes Ensemble bestehend aus der programmatischen Leitnorm des Art. 117 EWG-Vertrag, den marktfunktionalen Rechten nach Art. 48 und 119 EWG-Vertrag und der gleichfalls marktbezogenen Kompetenznorm des Art. 100 EWG-Vertrag.

2. *Grundlage und Funktion der EWG-Arbeitsverfassung*

a) *Das Versprechen der neo-klassischen Ökonomie*

Mit seinem Versprechen einer progressiven Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Beschäftigten als Folge der Errichtung des Gemeinsamen Marktes verdichtete Art. 117 EWG-Vertrag ein ökonomisches Narrativ der in der Volkswirtschaftslehre seinerzeit herrschenden neo-klassischen „reinen Außenhandelstheorie“. Nachlesen lässt es sich in dem Experten-Bericht der International Labour Organisation (ILO), der – wie noch zu erläutern sein wird – für die Gestalt der EWG-Arbeitsverfassung maßgeblich war.³⁴

Schon vor der Gründung der EWG bestand die Besorgnis, freier grenzüberschreitender Handel würde den Unternehmen in den Mitgliedstaaten mit besseren Arbeitsbedingungen ökonomisch schaden und damit ein in diesen Staaten erreichtes soziales Niveau unter ökonomischen Druck setzen.³⁵ Denn, so wurde befürchtet, Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten würden dieselben Waren aufgrund schlechterer Arbeitsbedingungen billiger produzieren, sodass die eigene Produktion bei geöffneten Grenzen im In- und Ausland nicht mehr konkurrenzfähig wäre. Zu dieser Besorgnis über die sozialen Effekte eines gemeinsamen europäischen Marktes erteilte die neo-klassische Ökonomie dreierlei Auskünfte. Die erste lautete, dass die seinerzeit zwischen den Mitgliedstaaten tatsächlich bestehenden Differenzen der durchschnittlichen nominellen Arbeitskosten keine Wettbewerbsvorteile für die Unternehmen in den Mitgliedstaaten mit

34 International Labour Organisation, *Social Aspects of European Economic Co-operation: Report of a Group of Experts, Studies and Reports, New Series 46* (1956).

35 International Labour Organisation, *Social Aspects of European Economic Co-operation: Report of a Group of Experts (Summary)*, *International Labour Review* 74 (1956), S. 99.

den niedrigeren Kosten begründeten. Die Differenz der durchschnittlichen nominellen Arbeitskosten, das ist der für geleistete Arbeitsstunden zu zahlende Geldpreis, spiegele lediglich die Differenz der durchschnittlichen Produktivität der Arbeitskraft, die unter anderem vom Ressourcenaufkommen, der Qualifikation der Beschäftigten und dem Kapitalangebot im jeweiligen Mitgliedstaat abhängt, während die durchschnittlichen realen Arbeitskosten, in die die unterschiedliche Produktivität eingerechnet ist („Lohnstückkosten“), in allen Mitgliedstaaten weitgehend gleich seien.³⁶ Dies würde auch zukünftig gelten, jedenfalls unter der Annahme, dass die Kapitalmobilität trotz des Gemeinsamen Marktes gering bliebe.³⁷ Sofern im Zuge ökonomischen Strukturwandels doch einmal Differenzen der realen Arbeitskosten entstehen sollten, sei es die Aufgabe der nationalen Zentralbanken, im Rahmen ihrer Orientierung an langfristig ausgeglichenen Außenhandelsbilanzen (vgl. Art. 104 EWG-Vertrag) den Wechselkurs der eigenen Währung entsprechend anzupassen.³⁸

Diese erste Auskunft war geeignet, die Besorgnisse um einen durch den Gemeinsamen Markt ausgelösten sozialen Rückschritt auszuräumen. Allerdings machte die neo-klassische Außenhandelstheorie eine zweite Voraussage, die diese Botschaft scheinbar wieder in Frage stellte. Sie lautete, dass die realen Arbeitseinkommen in den Staaten mit den bis zur Grenzöffnung höheren Löhnen sinken würden. Diese Voraussage ging auf die wesentliche theoretische Innovation der neo-klassischen gegenüber der klassischen Außenhandelstheorie zurück. Diese betraf die Erklärung, wie es zu den für die Wohlstand steigernden Effekte freien Handels zentralen „komparativen Kostenvorteilen“ kommt. In der klassischen Theorie Ricardos bildete die nationale Arbeitsproduktivität die Grundlage der „komparativen Kostenvorteile“.³⁹ Unterschiedliche Arbeitsproduktivität schlägt sich von Ware zu Ware unterschiedlich nieder (in Ricardos bekanntem Beispiel bei englischem Tuch stärker als bei portugiesischem Wein). Dadurch entstehen selbst in einer Volkswirtschaft, die insgesamt unproduktiver ist als der Handelspartner, komparative Kostenvorteile in Bezug auf solche Güter, die im Vergleich mit der Produktion des Handelspartners relativ, das heißt im Verhältnis zu anderen Gütern der eigenen Gesamtproduktion, günstig produziert werden.⁴⁰ Weil sich beide Handelspartner auf die Produktion der Güter konzentrieren werden, bei denen komparative Kostenvorteile bestehen, um die Mehrproduktion anschließend miteinander zu tauschen, ist freier Handel für beide von Vorteil. Beide Staaten haben bei unverändertem Ressourceneinsatz hinterher mehr Güter als ohne Handel. Die neo-klassische Theorie hatte daneben heraus-

36 International Labour Organisation (Fn. 34), § 99.

37 Ebd., § 261 f.

38 Ebd.

39 D. Ricardo, Über die Grundsätze der politischen Ökonomie und der Besteuerung (1817), 1959, S. 114 ff.

40 Kurze Einführung bei M. Heine/H. Herr, Volkswirtschaftslehre, 2003, S. 616 ff., 634 ff.

gebracht, dass auch ein von Staat zu Staat unterschiedliches Angebot an Produktionsfaktoren, das sind Grund, Kapital und Arbeit, komparative Kostenvorteile begründen kann.⁴¹ Die durch das unterschiedliche Angebot begründeten unterschiedlichen Preise der Produktionsfaktoren schlagen sich nämlich ebenfalls von Ware zu Ware je nach deren Faktorzusammensetzung unterschiedlich nieder. In diesen Fällen muss die Folge freien Handels nun aber gerade darin bestehen, dass sich die relativen Faktorpreise, das ist das Verhältnis der Faktorpreise in einem Staat, in den beteiligten Staaten einander annähern (so genanntes Faktorpreisausgleichstheorem).⁴² Denn – veranschaulicht am Faktor Arbeit – ein Staat, in dem die Arbeitskosten im Verhältnis zu den Kapitalkosten hoch sind, wird bei freiem Handel verstärkt arbeitsintensive Güter importieren. Dadurch wird im Inland die Nachfrage nach Arbeit und mithin auch ihr Preis sinken. Und das bedeutet nichts anderes als ein Sinken der realen Arbeitseinkommen in den Staaten mit den zuvor höheren Arbeitseinkommen.

Doch die dritte Auskunft besagte schließlich, dass die über den Gemeinsamen Markt ermöglichte vertiefte grenzüberschreitende Arbeitsteilung und die damit verknüpften positiven Skaleneffekte (d.h. die Menge der Produktion steigt stärker als die Menge der eingesetzten Produktionsfaktoren) zu erheblichen Wohlstandsgewinnen für alle beteiligten Volkswirtschaften führen würden.⁴³ Aufgrund der sozialen Ambitionen der mitgliedstaatlichen Regierungen und der Stärke der nationalen Gewerkschaften würden die Handelsgewinne intern auch so umverteilt, dass sie sich in den Arbeits- und Lebensbedingungen der Beschäftigten niederschlagen würden.⁴⁴ Damit war die kritische Implikation des Faktorausgleichstheorems in das frohe Versprechen des Art. 117 EWG-Vertrag gewendet: Angleichung im Fortschritt als Folge des Gemeinsamen Marktes.

b) Der soziale Integrationskompromiss

Der soeben explizierte Zusammenhang der neo-klassischen Voraussagen über die sozialen Effekte des Gemeinsamen Marktes mit der Gestalt der EWG-Arbeitsverfassung ist keinesfalls bloß historisch von Interesse. Vielmehr steht er für einen sozialen Kompromiss, der das Projekt europäischer Integration ermöglichte und auf den das Fortkommen des Projektes bis heute und auch in Zukunft angewiesen ist.

Wie gezeigt wurde, ist die genaue Fassung des Art. 117 EWG-Vertrag nur vor dem Hintergrund der neo-klassischen Außenhandelstheorie verständlich.

41 B. Ohlin, *Interregional and International Trade*, 1933, S. 7.

42 Am besten erläutert von P.-A. Samuelson, *International Trade and the Equalization of Factor Prices*, *Economic Journal* 58 (1948), S. 163.

43 *International Labour Organisation* (Fn. 34), § 210.

44 Ebd.

Man wird also anerkennen müssen, dass die neo-klassischen Theoreme im Wege der Verankerung ihres prognostischen Kerns im Vertrag selbst verfassungsnormative Relevanz erhalten haben. Aber nicht nur auf den Vertragswortlaut lässt sich diese These stützen, sondern auch auf den Spaak-Bericht von 1956.⁴⁵ Der belgische Außenminister *Spaak* war auf der Regierungskonferenz von Messina 1955 von den Gründungsstaaten der EGKS mit der Leitung eines Ausschusses betraut worden, dessen Bericht die Grundlage für die Gestalt der weiteren Wirtschaftsintegration sein sollte und auch wurde.⁴⁶ Damit repräsentiert der Spaak-Bericht so etwas wie Verfassungsmaterialien zum EWG-Vertrag, die heranzuziehen sind, um den tieferen Sinn seiner Vorschriften herauszuarbeiten. Der Spaak-Bericht stützte sich nun aber, was die sozialen Effekte eines Gemeinsamen Marktes anging, weitgehend auf den Bericht der ILO.⁴⁷ Die von der ILO berufene Expertenkommission wiederum war von Bertil Ohlin geleitet worden, der nicht nur profiliertester Vertreter der neo-klassischen Außenhandelstheorie seiner Zeit,⁴⁸ sondern zugleich Vorsitzender der sozial-liberal ausgerichteten liberalen Volkspartei Schwedens war. Als Dokument, das von einer tripartistischen, also Gewerkschaften, Unternehmen und Staat einschließenden Organisation verantwortet und unter Vorsitz eines Mannes der (seinerzeit) politischen Mitte erarbeitet worden war und das darüber hinaus noch höchsten wissenschaftlichen Ansprüchen genügte, musste der Ohlin-Bericht eine hohe gesellschaftliche Glaubwürdigkeit und Akzeptanz haben. Verknüpft mit seiner Funktion als wesentliche Vorarbeit für den die Gründung des Integrationsprojektes insgesamt tragenden Spaak-Bericht verkörpert der Ohlin-Bericht damit alles andere als eine Meinung einer zufälligen Expertenrunde, sondern eine legitimatorische Grundlage des Projektes der wirtschaftlichen Integration Europas.

Noch ein weiterer Aspekt verschafft den neo-klassischen Versprechen eine verfassungsnormative Relevanz. Die Gestalt der EWG-Arbeitsverfassung wird nämlich auch als politischer Kompromiss zwischen der deutschen und der französischen Verhandlungsdelegation beschrieben. Demzufolge forderte die französische Seite eine umfangreichere Angleichung der Arbeits- und Sozialvorschriften der Mitgliedstaaten als Voraussetzung der Marktintegration, während dies die deutsche Seite ablehnte. Im Kompromiss erreichte die französische Seite dann immerhin die Einfügung des Gebots der Entgeltgleichheit (Art. 119

45 Comité Intergouvernemental Créé par la Conférence de Messine, Rapports des Chefs des Délégations aux Ministres des Affaires Etrangères, 1956.

46 R. Streinz, *Europarecht*, 2008, Rn. 20.

47 Siehe z.B. Comité Intergouvernemental Créé par la Conférence de Messine (Fn. 45), unter Titre II Chapitre 2 Section 2; vgl. P. Davies, *The Emergence of European Employment Law*, in: W. McCarthy (Hrsg.), *Legal Intervention in Industrial Relations*, 1993, 313 (318 ff.).

48 Siehe dazu sein in Fn. 41 zitiertes Hauptwerk; für seinen Beitrag zur Theorie des internationaler Handels- und Kapitalbewegungen erhielt Ohlin 1977 den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften.

EWG-Vertrag), eine Absichtserklärung in Bezug auf die mitgliedstaatlichen Arbeits- und Urlaubszeitregelungen (Art. 120 EWG-Vertrag) und den Verweis auf die generelle Harmonisierungskompetenz (Art. 100 EWG-Vertrag).⁴⁹ Doch obgleich es sich nach jener Beschreibung um ein politisches Verhandlungsergebnis handelt, spiegelte die Aufnahme genau dieser Vorschriften in den EWG-Vertrag zugleich die Position des Ohlin-Berichts. Denn dieser hatte nicht nur befunden, dass eine Marktöffnung keine Angleichung der Arbeits- und Sozialvorschriften voraussetzte, sondern auch empfohlen, Differenzen der Arbeitszeiten in Grenzen zu halten und die geschlechtliche Entgeltdiskriminierung gleichwohl als Wettbewerbsverzerrung zu untersagen, sowie schließlich eine Harmonisierungskompetenz für Einzelfälle weiterer Wettbewerbsverzerrung vorzubehalten.⁵⁰ Der Ohlin-Bericht lieferte mithin dem für den politischen Durchbruch entscheidenden Kompromiss eine sachliche Rationalität.

Nach alledem ist freilich noch zu klären, worin die nun belegte verfassungsnormative Relevanz des Zusammenhangs neo-klassischer Voraussagen und der Gestalt der EWG-Arbeitsverfassung konkret bestehen kann. Schließlich werden ökonomische Voraussagen durch die reale Entwicklung zunächst einmal nur bestätigt oder widerlegt, ohne dass ihr konstitutioneller Status hieran etwas änderte. Verfassungsnormativer Sinn lässt sich indes aus dem Umstand gewinnen, dass das Projekt umfassender europäischer Wirtschaftsintegration ohne die neo-klassischen Prognosen nicht hätte gestartet werden können. Und dafür steht eben ihre Verankerung in Art. 117 EWG-Vertrag, ihre prominente Präsenz in den Verfassungsmaterialien des Spaak-Berichts und in ihrer Rolle als rationale Grundlage des deutsch-französischen Kompromisses. Aus dieser Perspektive kann und muss das neo-klassische Versprechen eine normative Wendung erfahren.

Wird die neo-klassische These, dass die mitgliedstaatlichen Differenzen der Arbeitskosten keine Wettbewerbsfaktoren bilden werden, normativ aufgegriffen, so bedeutet das nichts weniger, als dass der durch den Gemeinsamen Markt eröffnete Wettbewerb nicht auf der Basis von Arbeitskosten ausgetragen werden darf. Da Arbeitskosten auf Löhne und andere Arbeitsbedingungen zurückgehen, die ihrerseits ein Ergebnis der durch die mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen eröffneten gesellschaftlichen und politischen Auseinandersetzungen darstellen, bedeutet dies auf einer zweiten Ebene, dass die Funktionsweise der mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen durch den Gemeinsamen Markt nicht angetastet werden darf. Die mitgliedstaatliche Arbeitsverfassung soll also gegenüber der Verfassung des Gemeinsamen Marktes rechtlich und gegenüber den Effekten des Marktes faktisch autonom bleiben. Auf einer dritten Ebene bedeuten der

49 Pipkorn (Fn. 30), Rn. 18 ff. Die Einführung der deutschen Rentenversicherung war ein wichtiger Blockadebrecher, dazu A. S. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, 2000, S. 212 f.

50 International Labour Organisation (Fn. 35), S. 107, 110, 113.

Ausschluss des Arbeitskostenwettbewerbs und die Autonomie mitgliedstaatlicher Arbeitsverfassung schließlich, dass die wirtschaftliche Integration Europas die gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse zwischen Kapital und Arbeit nicht parteilich zugunsten der Kapitalseite verschieben darf.

Dies ist der normative Gehalt des historischen Zusammenhangs von neo-klassischer Außenhandelstheorie und EWG-Arbeitsverfassung, und er repräsentiert – mit einem bewusst im Anschluss an die verfassungstheoretische Rede von den Verfassungskompromissen der Weimarer Republik und des Bonner Grundgesetzes gewählten Wort⁵¹ – den der europäischen Einigung zugrunde liegenden *sozialen Integrationskompromiss*.

3. *Gestalt der europäischen Arbeitsverfassung im gesellschaftlichen Wandel*

Der eben inhaltlich entfaltete soziale Integrationskompromiss erklärt nicht nur historisch die Gestalt der EWG-Arbeitsverfassung, sondern er liefert als außerrechtliche, gesellschaftliche Grundlage des europäischen Integrationsprojektes zugleich einen politisch-normativen Maßstab für die Arbeitsverfassung der Union heute. Sinn der europäischen Arbeitsverfassung ist es, den sozialen Integrationskompromiss einzulösen, und die konkrete Gestalt der geltenden Arbeitsverfassung beurteilt sich kritisch danach, ob und inwieweit sie diesen Sinn im Rahmen des Möglichen tatsächlich einlöst.

Unter neo-klassischen Prognosen war der soziale Integrationskompromiss rechtlich in Gestalt der EWG-Arbeitsverfassung zu institutionalisieren. Die drei oben bereits genannten wesentlichen Realitätsannahmen dieser Prognosen sind jedoch inzwischen, sofern sie je gegolten haben, vollständig überholt.⁵² Die dauernde Korrelation von Kosten abhängiger Arbeit mit ihrer Produktivität setzte eine niedrige Kapitalmobilität und ein System fester, aber anpassungsfähiger Wechselkurse voraus. Heute wird die innereuropäische Kapitalfreiheit, sowohl in

51 Zu Weimar siehe H. Heller, Grundrechte und Grundpflichten, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. II, 1971, S. 281 (312); ders., Genie und Funktionär in der Politik, ebd., S. 611 (621); F. Neumann, Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung (1930), in: ders., Wirtschaft, Staat, Demokratie, 1978, S. 57; ders., Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der Bürgerlichen Gesellschaft, in: ders., Demokratischer und autoritärer Staat, 1968, S. 31 (55). Zum Grundgesetz: W. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates, in: ders., Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie, 1972, S. 109 (125 f., 139 f.).

52 Gänzlich ausgespart bleiben muss an dieser Stelle die Kritik der vollmundigen Versprechen der neo-klassischen Außenhandelstheorie durch die ebenfalls neo-klassische „neue Außenhandelstheorie“ (P. R. Krugman/M. Obstfeld, Internationale Wirtschaft, 2006) und erst recht eine Kritik des neo-klassischen Paradigmas im Außenhandel an sich. Zu letzterem Heine/Herr (Fn. 40), S. 639 ff.

Gestalt von Anlagekapital (Art. 56 ff. EG, Art. 63 ff. AEUV) als auch in Gestalt von fixem Kapital (als Standortverlagerung, Art. 43 ff. EG, Art. 49 ff. AEUV) effektiv genutzt. Die einst an den jeweiligen Produktivitätsschritt anpassungsfähigen nationalen Währungen sind 1999 mit der Einführung des Euro im Rahmen der Währungsunion untergegangen. Die innermitgliedstaatliche Umverteilung der Handelsgewinne setzte sozial ambitionierte Regierungen und starke Gewerkschaften voraus, was Ende der 1950er Jahre zum Beginn der Blütezeit keynesianisch-fordistischer Makrosteuerung eine berechtigte Erwartung gewesen sein mag. Aber sie trug eben nur so lange wie das zugrunde liegende Steuerungsparadigma, und das war spätestens seit den 1980er Jahren nicht mehr der Fall.⁵³

Damit ist aber auch die Begründung dafür entfallen, dass die EWG-Arbeitsverfassung die angemessene Institutionalisierung des sozialen Integrationskompromisses liefert. Es war und ist darum Aufgabe einer kritischen europäischen Verfassungslehre, den historischen Wandel der europäischen Arbeitsverfassung und des europäischen Arbeitsrechts im Lichte des sozialen Integrationskompromisses zu analysieren. In diesem Zusammenhang mag sich empirisch herausstellen, dass der Kompromiss heute aufgrund veränderter sozio-ökonomischer Kontexte nicht mehr vollständig verwirklicht werden kann. Schließlich können die mitgliedstaatlichen Unternehmen heute ohne wesentliche Schwierigkeiten in einem europäischen Rahmen operieren. Die Freiheiten für Waren, Dienstleistungen und Kapital ermöglichen es ihnen, hohe Produktivität mit niedrigen Arbeitskosten zu verbinden.⁵⁴ So wird aufgrund der inzwischen erreichten Beweglichkeit der Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital ein gewisser arbeitskostenbasierter Wettbewerb regulativ nicht mehr vollständig aufzuheben sein, was zugleich eine grundlegende Verschiebung des Kräfteverhältnisses zwischen Kapital und Arbeit nach sich zieht.⁵⁵ Dieser Umstand entwertet jedoch nicht die normative Relevanz des sozialen Integrationskompromisses, sondern verstärkt nur die Notwendigkeit seiner Einlösung, soweit es unter den gegebenen Bedingungen eben noch möglich ist.

53 B. Jessop, Die Zukunft des Nationalstaates, in: S. Becker u.a. (Hrsg.), *Jenseits der Nationalökonomie?*, 1997, S. 50 (60 f.); Milward (Fn. 49), S. 439 ff.

54 H. Flassbeck/F. Spieker, Die Irrlehre vom Lohnverzicht, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2005, S. 1071.

55 Einer von vielen empirischen Belegen ist etwa die wachsende Ungleichheit der Einkommensverteilung (hierzu: U. Klammer, *Armut und Verteilung in Deutschland und Europa*, WSI-Mitteilungen 2008, S. 19) oder die europaweite Verringerung der Lohnquote (hierzu: F. Breuss, *Globalization, EU Enlargement and Income Distribution*, WiFo Working Paper 296 (2007), unter <http://www.wifo.ac.at/wwa/jsp/index.jsp> (19.08.2008), sogar mit neoklassischem Erklärungsansatz).

III. Die positiv-rechtliche Gestalt der EU-Arbeitsverfassung

Nach der Entfaltung der arbeitsverfassungsrechtlichen Normen der EWG als Umsetzung des europäischen sozialen Integrationskompromisses erfolgt nun eine Bestandsaufnahme des geltenden Arbeitsverfassungsrechts der Union⁵⁶ (1.). Im Anschluss daran ist auf das Kernproblem dieses Normbestandes einzugehen, nämlich die fehlende Kongruenz der Rechte und Leitnormen einerseits und der Kompetenzen andererseits (2.).

1. Übersicht über den Normbestand

a) Rechte

Wie einst zählt das Recht der in einem Mitgliedstaat beheimateten Arbeitnehmer auf Freizügigkeit und Gleichbehandlung (Art. 39 Abs. 1, 2 EG)⁵⁷ und ebenso die rechtliche Garantie gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art. 141 Abs. 1 EG)⁵⁸ zu den grundlegenden Normen der EU-Arbeitsverfassung. Daneben hat bisher keine weitere individuelle oder kollektive Rechtsposition Aufnahme in das Primärrecht der Verträge gefunden.⁵⁹ Die Situation ändert sich erst mit der Grun-

56 Es folgt die Darstellung der verfassungsrechtlichen Lage vor einem etwaigen Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages. Zu den Änderungen siehe unten IV. 1. a) dd).

57 Freizügigkeitsrecht und Diskriminierungsverbot nach Art. 39 EG ist *lex specialis* sowohl zu Art. 18 EG (M. Hilf, in: Grabitz/Hilf (Fn. 32), Art. 18 EG, Rn. 5), als auch zu Art. 12 EG (EuGH, Rs. C-131/96, Romero, Slg. 1997, I-3659, Rn. 10–12).

58 Art. 141 Abs. 3, 4 EG setzen weitergehend einen allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsatz geschlechtlicher Gleichbehandlung voraus (S. Krebber, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2007, Art. 141 EG, Rn. 75 f.). In der Entscheidung EuGH, Rs. C-144/04, Mangold, Slg. 2005, I-9981, Rn. 75 f., hat der Europäische Gerichtshof noch darüber hinaus einen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz (Art. 6 Abs. 2 EU) der altersmäßigen Gleichbehandlung festgestellt.

59 Einige Darstellungen des europäischen Arbeitsrechts stellen unter dem Gliederungspunkt kollektiven Arbeitsrechts den sozialen Dialog (Art. 138, 139 EG) heraus (M. Fuchs/F. Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2006, S. 202 ff.; D. Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 2001, Rn. 599 ff.; E. Szyszczak, EC Labour Law, 2000, S. 31 f.; R. Blanpain, European Labour Law, 2006, S. 643 ff.). Der soziale Dialog verleiht den europäischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden vor allem besondere politische Rechte innerhalb der europäischen Gesetzgebung, darunter das bemerkenswerte Recht normvertraglicher Rechtssetzung (dazu O. Deinert, Partizipation europäischer Sozialpartner an der Gemeinschaftsrechtssetzung, Recht der Arbeit 2004, S. 211). Auf den wesentlichen Gegenstand der Arbeitsverfassung, nämlich das Kräfteverhältnis der sozialen Akteure untereinander, haben diese Rechte indes keinen Einfluss, insbesondere weil die Normverträge zwischen den Sozialpartnern nicht über Arbeitskämpfe erzwingbar sind (E. Eichenhofer, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 139 EG, Rn. 9; B. Bercusson, European Labour Law, 1996, S. 542; K. W. Wedderburn, Consultation

drechte-Charta, deren Status der Gerichtshof inzwischen zu einer Quelle der Erkenntnis von Grundrechten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts (Art. 6 Abs. 2 EU, Art. 6 Abs. 3 EUV-Liss.) erhöht hat.⁶⁰ Arbeitsverfassungsrechtlich bedeutsam sind dabei vor allem die Vorschriften zu Eigentumsrecht (Art. 17 Abs. 1 GR-Charta), zur Berufsfreiheit (Art. 15 Abs. 1), zu den Rechten auf Kündigungsschutz (Art. 30) und auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen (Art. 31 Abs. 1), zu Mitwirkungsrechten in Betrieb und Unternehmen (Art. 27) sowie zur Tarifautonomie (Art. 12 Abs. 1, Art. 28).⁶¹

Die Garantien der für das soziale Kräfteverhältnis zentralen kollektiven Rechte (Art. 27, 28 GR-Charta) und des Kündigungsschutzes (Art. 30) erfolgen dabei „nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“. Die Bedeutung dieser Formulierung ist bislang nicht aufgeklärt. Drei Positionen haben sich heraus kristallisiert. Nach der ersten Auffassung würden die betroffenen Rechte durch den Vorbehalt eines eigenständigen Inhalts weitgehend beraubt⁶² und fungierten allenfalls noch verdünnt als „teleologische Auslegungsdirektive“⁶³ anderer europarechtlicher Vorschriften. Nach einer zweiten Position handelt es sich um einen so genannten Ausgestaltungsvorbehalt, wobei die Ausgestaltungen gleichwohl einen selbständigen Garantiegehalt des Grundrechts zu achten haben sollen.⁶⁴ Auf Grundlage dieser Position wäre also aus den betroffenen Grundrechten ein Kernbestand herauszu-

and Collective Bargaining in Europe, *Industrial Law Journal* 26 (1997), S. 1 (29 f.)). Zur Frage, ob Art. 139 Abs. 1, 2 EG bereits heute Tarifvertragsfreiheit auf europäischer Ebene gewährt, siehe unten bei Fn. 186.

60 Aus jüngerer Zeit EuGH, Rs. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, Slg. 2007, I-3633, Rn. 46; Rs. C-432/05, *Unibet*, Slg. 2007, I-2271, Rn. 37; Rs. C-540/03, *Parlament/Rat*, Slg. 2006, I-5769, Rn. 38; Zur Änderung der Lage durch die förmliche Verankerung der Grundrechte-Charta im Reformvertrag: J. Kühling, in diesem Band, ***.

61 Die Charta enthält noch eine Reihe weiterer konkreter individueller Rechte, etwa ein Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit (Art. 31 Abs. 2 GR-Charta) und ein Recht auf Mutterschaftsurlaub (Art. 33 Abs. 2 GR-Charta). Sie reflektieren mit wenigen Ausnahmen Gegenstände des bestehenden sekundärrechtlichen *acquis* im europäischen Individualarbeitsrecht – was freilich Probleme für die normative Reichweite der Grundrechte aufwerfen kann (dazu ein anschauliches Beispiel bei E. Riedel, in: J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2006, Art. 31, Rn. 19 f.).

62 *Krebber*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 58), Art. 27 GR-Charta, Rn. 5; P. Goldsmith, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, *CMLRev.* 38 (2001), S. 1201 (1212 f.); E. Pache, *Die Europäische Grundrechtscharta ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?*, *EuR* 2001, S. 475 (481).

63 H. Lang, in: P. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 27 GR-Charta, Rn. 8.

64 S. Rixen, in: Tettinger/Stern (Fn. 63), Art. 28 GR-Charta, Rn. 14; für außerordentlich weites Gestaltungsermessen des nationalen Gesetzgebers R. Rebhahn, *Überlegungen zur Bedeutung der Charta der Grundrechte der EU für den Streik und die kollektive Rechtsgestaltung*, in: GS Heinze, 2005, S. 649 (654 f.); siehe auch J. Kühling, in diesem Band, S. ***.

arbeiten,⁶⁵ wie es im deutschen Verfassungsrecht, nicht zuletzt gerade bei Art. 9 Abs. 3 GG,⁶⁶ vertraut ist. Der dritten Position zufolge handelt es sich um eine Schrankenregelung, die mit der allgemeinen Schrankenregelung nach Art. 52 Abs. 1 GR-Charta konkurriert. Die Konkurrenz sei danach aufzulösen, welche Schrankenregelung den anspruchsvolleren Grundrechtsschutz verkörpert, weil nur dies dem Nebeneinander beider Schranken gerecht würde.⁶⁷ Richtig erscheint hingegen, dass der zitierte Verweis für den normativen Gehalt der betroffenen Rechte ohne Bedeutung ist. Vielmehr handelt es sich um einen Verweis auf die Verteilung der Kompetenzen zur ermöglichenden und begrenzenden Artikulation jener Rechte zwischen der europäischen und der mitgliedstaatlichen Ebene. Für die sensiblen Bereiche kollektiver Rechte und des Kündigungsschutzes wird noch ein weiteres Mal – zusätzlich zur bereits redundanten Reihung von Verweisen in Art. 51 Abs. 1 S. 2, Art. 51 Abs. 2 und Art. 52 Abs. 6 GR-Charta – betont, dass die Verteilung der Kompetenzen zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene durch die neue europäische Garantie dieser Rechte nicht überschrieben wird. Denn nach den im Grundrechte-Konvent maßgeblichen Begründungen war in erster Linie die Kompetenzordnung entscheidend für die Aufnahme jenes Verweises,⁶⁸ während sich niemand dafür aussprach, dass die Rechte lediglich einen Kerngehalt oder gar nichts garantieren sollten. Für diese Deutung als erneuten deklaratorischen Kompetenz(wahrungs)verweis sprechen darüber hinaus die Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechte-Konvents. Auch sie enthalten keinen Hinweis dahin, dass dem Verweis auf die zur Artikulation zuständige Rechtsebene ein anderer als ein kompetenzbezogener, namentlich ein den normativen Gehalt einschränkender Sinn zukäme.⁶⁹ Das bedeutet im Ergebnis, dass sich alle, auch mitgliedstaatliche Einschränkungen an Art. 52 Abs. 1 GR-Charta messen lassen müssen.

65 Ansätze bei C. Hilbrandt, in: F. S. M. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 35 Rn. 42 f.

66 BVerfGE 84, 212 (225); E 92, 365 (393 f.); W. Höfling, in: M. Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 2007, Art. 9, Rn. 71 ff.; H. Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 4 Rn. 20 ff.

67 S. Peers, Taking Rights Away?, in: ders./A. Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2004, S. 141 (165): „higher standard approach“. Allerdings ändere sich die Lage mit der im Reformvertrag tatsächlich erfolgten Einfügung von Art. 62 Abs. 6 GR-Charta (S. 177).

68 CHARTE 4192/00 CONVENT 18 v. 27.03.2000 unter <http://www.europarl.europa.eu/charta/activities/docs/pdf/convent18_fr.pdf> (12.12.2008); vgl. auch den Beitrag des für die Aufnahme der sozialen Rechte maßgeblichen Konventsmitglieds *Jürgen Meyer*, der den Verweis für äquivalent mit den horizontalen Klauseln in Art. 51 f. GR-Charta erklärte und darum für verzichtbar hielt: N. Bernsdorff/M. Borowsky (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 370; wie hier Riedel (Fn. 61), Rn. 9 ff.

69 CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 26 ff, unter <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_de.pdf> (7.10.2008).

Diese Prüfung steht allerdings unter der bedeutsamen allgemeinen Voraussetzung, dass der Anwendungsbereich der Charta (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GR-Charta) überhaupt eröffnet ist. Dies macht die eigentliche Problematik sämtlicher arbeitsverfassungsrechtlichen Rechte der Grundrechte-Charta aus (dazu sogleich).

b) Leitnormen

Wie eingangs erläutert werden hier unter „Leitnormen“ alle diejenigen Verfassungsnormen gefasst, die jenseits der konstitutiven Grundrechte der sozialen Akteure juristische Effekte im gesellschaftlichen Feld abhängiger Arbeit entfalten können. An Leitnormen, die generell für eine soziale Dimension Europas stehen, besteht schon im geltenden europäischen Verfassungsrecht kein Mangel. Wenige beziehen sich aber unmittelbar auf das Feld der Arbeitsbeziehungen. In Art. 136 Abs. 1 EG verpflichten sich nicht mehr nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Gemeinschaft auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen und auf den sozialen Dialog. In Art. 2 EU wird allgemein als Ziel der Union die Förderung des sozialen Fortschritts festgeschrieben, was wohl auch im Recht der Arbeitsbeziehungen zum Tragen kommen könnte.

Während die Tragweite der deutschen Referenznorm, des Sozialstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG, im arbeitsverfassungsrechtlichen Bereich seit langem klare Konturen hat,⁷⁰ ist der normative Effekt der sozialen europäischen Leitnormen insgesamt noch nicht erschlossen.⁷¹ Soweit in der Literatur ein übergreifendes europäisches Rechtsprinzip der Solidarität erörtert wird,⁷² liegt der Schwerpunkt in einer Charakterisierung des Verhältnisses der Mitgliedstaaten untereinander als solidarisch, nicht hingegen in einem solidarischen Selbstverhältnis einer europäischen Gesellschaft als Ganzer.

c) Kompetenzen

Bei der Bestandsaufnahme über die heute bestehenden legislativen Kompetenzen der Union im Bereich der Arbeitsverfassung muss differenziert werden. Es bestehen zum einen diejenigen Kompetenzen, deren Gegenstand explizit das Feld abhängiger Arbeit betreffen. Hierunter fallen zunächst die Kompetenzen nach Art. 137 Abs. 2 lit. b, Abs. 1 EG, der unter Verweis auf die Ziele aus der

70 Nur beispielhaft: A. Hueck, Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: E. Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 411.

71 In der Rechtsprechung relevant geworden ist in Einzelfällen namentlich Art. 136 EG, etwa EuGH, Rs. 43/75 (Fn. 33), Rn. 14/15 (Angleichung nach oben im Fall von Entgeltdiskriminierung).

72 Hierzu A. v. Bogdandy, in diesem Band, S. *** m.w.N. [S. 182 ff. der dt. Erstauflage]

Leitnorm des Art. 136 EG der Union erlaubt, Mindestvorschriften im Bereich des technischen und sozialen Arbeitsschutzes, der Arbeitsbedingungen, des Kündigungsschutzes, der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer und der Vertretung von kollektiven Interessen festzulegen. Weitere Kompetenzen eröffnen Art. 141 Abs. 3 EG im Bereich der geschlechtlichen Gleichbehandlung⁷³ und Art. 40 EG im Bereich der innereuropäischen Arbeitnehmerfreizügigkeit. Auszuüben sind die eröffneten Kompetenzen dabei regelmäßig im Mitentscheidungsverfahren (Art. 251 EG). Eine wichtige Ausnahme bildet die Kompetenz im Bereich des Kündigungsschutzes und der kollektiven Interessenvertretung (Art. 137 EG): Dort kommt das Anhörungsverfahren zur Anwendung, wobei Einstimmigkeit im Rat erforderlich ist.

Neben diesen so genannten autonomen arbeitsrechtlichen Kompetenzen können auch noch andere Kompetenzen des Vertrages zum Zuge kommen. Im Lichte der bislang erfolgten europäischen Gesetzgebung sind hervorzuheben die Kompetenz zu Anti-Diskriminierungsmaßnahmen (Art. 13 EG), zur marktbezogenen Rechtsangleichung (Art. 94, 95 Abs. 1 EG), zur Regulierung der Wahrnehmung der übrigen Grundfreiheiten (Art. 44, 47, 55 EG), im Internationalen Arbeits- und Arbeitsprozessrecht (Art. 65 lit. c EG), sowie die Auffangkompetenz (Art. 308 EG). Dabei greift das Mitentscheidungsverfahren nur für markt- und grundfreiheitsbezogenes Arbeitsrecht, alle übrigen Kompetenzen werden im Anhörungsverfahren bei einstimmiger Ratsentscheidung ausgeübt.

Vor dem Hintergrund der zuletzt genannten Kompetenzen ist die Bedeutung der Sperrnorm in Art. 137 Abs. 5 EG näher zu beleuchten. Art. 137 Abs. 5 EG sperrt die in Art. 137 Abs. 2 lit. b EG eingeräumten Kompetenzen für Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht und Arbeitskämpfrecht. Damit wird zum Beispiel ausgeschlossen, dass ein einheitlicher europäischer Mindestlohn auf der Grundlage der Kompetenz für Mindestarbeitsbedingungen (vgl. Art. 137 Abs. 1 lit. b EG) eingeführt wird. Ungeklärt ist aber das Verhältnis dieser Norm für die Wahrnehmung von Kompetenzgrundlagen jenseits von Art. 137 Abs. 2 lit. b EG. Man könnte die Sperrnorm einerseits als allen Kompetenzen vorgreifliche negative Kompetenznorm ansehen.⁷⁴ Doch stünde dies im Widerspruch zum Wortlaut („Dieser Artikel gilt nicht für ...“).⁷⁵ Man kann die Sperrnorm andererseits lediglich als negatives Tatbestandsmerkmal von Art. 137 Abs. 2 lit. b EG lesen

73 Art. 137 Abs. 1 lit. i) EG hat neben Art. 141 Abs. 3 EG keinen eigenständigen Gehalt und ist darum eigentlich überflüssig: Eichenhofer (Fn. 59), Art. 137 EG, Rn. 21.

74 In diesem Sinne C. W. Hergenröder, in: H. Oetker/U. Preis (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (Stand: Juli 2000), B 8400, Rn. 39, 41, jedenfalls im Verhältnis zu Art. 94 und 308 EG.

75 A. v. Bogdandy/J. Bast, in: Grabitz/Hilf (Fn. 32), Art. 5 EG, Rn. 27. Auf einer ähnlichen Position beruht auch der Vorschlag einer europäischen Tarifvertragsgesetzgebung auf der Grundlage von Art. 308 EG von R. Kowanz, Europäische Kollektivvertragsordnung, 1999, S. 313 ff.

und ihr damit jede Überwirkung auf andere Kompetenzen absprechen.⁷⁶ Eine dritte Position besagt, der Sperrnorm sei ein gewisses Gewicht bei der Auslegung der anderen Kompetenznormen zuzusprechen.⁷⁷ Das wird man präzisieren können: Regelungen zu Gegenständen des Art. 137 Abs. 5 EG auf anderer Grundlage als Art. 137 Abs. 2 lit. b EG sind dann zulässig, wenn ihre Regelung in notwendigem Zusammenhang mit der Regelung des eigentlich betroffenen Gegenstandes aus der wahrgenommenen Kompetenzgrundlage steht.⁷⁸ Die Begründung liefert eine historisch-teleologische Auslegung der Vorschrift: Mit Art. 137 EG sollten die Kompetenzen der Union in den Bereich des Arbeitsrechts hinein erweitert werden, Art. 137 Abs. 5 EG schnitt aus dieser Erweiterung wiederum einen Bereich aus. Beides geschah vor dem Hintergrund, dass die Gegenstände des Art. 137 EG dem sozialen Integrationskompromiss entsprechend ohnehin nicht in den Kompetenzbereich der Gemeinschaft fallen sollten. Art. 137 Abs. 5 EG macht damit eine dem EWG-Vertrag insgesamt unterliegende Kompetenzstruktur explizit, was erst mit der Einführung von Art. 137 EG erforderlich wurde. Mit Blick auf den Wortlaut der Norm und die Offenheit der übrigen Kompetenznormen wird Art. 137 Abs. 5 EG dadurch nicht zu einer echten negativen Kompetenznorm, aber er strahlt im bezeichneten Sinn auf die übrigen Kompetenzen aus. Europäische Rechtssetzung für Mindestentgelt, Koalitions- und Arbeitskampfrecht ist darum nur punktuell und nur im Ausnahmefall zulässig. Ein Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages wird hieran nichts ändern.

2. *Das Kernproblem der fehlenden Kongruenz*

Die Arbeitsverfassung der Union enthält also einen umfassenden Katalog arbeitsverfassungsrechtlicher Rechte, einige Leitnormen und auch eine Reihe von Kompetenzen. Man könnte darum meinen, dass sie den Arbeitsverfassungen der Mitgliedstaaten heute in nichts mehr nachsteht. Das grundlegende Problem besteht jedoch im Fehlen der Kongruenz der arbeitsverfassungsrechtlichen Normen der Union.⁷⁹ Der EU-verfassungsrechtliche Bestand an Rechten und Leitnormen steht zwar auch inhaltlich für eine Arbeitsverfassung der Union, die nach dem Vorbild der mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen entworfen zu sein scheint. Der Bestand an EU-verfassungsrechtlichen Kompetenzen kon-

76 v. Bogdandy/Bast (Fn. 75), mit der Begründung, das Unionsrecht statuiere generell keine „bipolare“ Kompetenzordnung.

77 C. Langenfeld/M. Benecke, in: Grabitz/Hilf (Fn. 32), Art. 137 EG, Rn. 97; R. Rebhahn, in: J. Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 137 EG, Rn. 22.

78 In diesem Sinne GA Mengozzi zu EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-0000, Rn. 57.

79 Im breiteren Rahmen des Europäischen Sozialmodells ebenso R. Blanpain, The EU Competence Regarding Social Policies, in: ders. u.a. (Hrsg.), The European Social Model, 2006, S. 57 (82 f.).

terkariert diesen Anschein jedoch, denn wie eingangs ausdrücklich betont wurde, besteht eine Arbeitsverfassung nicht nur aus ihren Rechten und Leitnormen, sondern auch in den Kompetenzen zu deren Artikulation. Im nationalen Verfassungsstaat sind die erforderlichen Kompetenzen der nationalen Gesetzgeber und Gerichte regelmäßig nicht fraglich, und darum wird ihre etwaige Kongruenz auch gar nicht erst thematisch. Anders stehen die Dinge im föderalen Bund der EU, in dem die europäische Ebene nur auf der Grundlage gesondert verliehener Kompetenzen tätig werden kann.⁸⁰

Die Problematik sei zunächst mit Bezug auf den europäischen Gesetzgeber erläutert. Der europäische Grundrechtsbestand enthält wesentliche Rechte einer modernen Arbeitsverfassung: individuelle Berufsfreiheit, kollektive Mitwirkungsrechte, Tarif- und Arbeitskampfautonomie. Die Reihe dieser Rechte, die mit ihrer Verankerung in der Grundrechte-Charta als europäische erscheinen sollen, ist aber in der Ordnung der Kompetenzen des europäischen Gesetzgebers nicht kongruent repräsentiert, vielmehr nehmen die Kompetenzen mit der gesellschaftlichen Relevanz des Gegenstandes ab. Zur Artikulation individueller Berufsfreiheit besteht eine Kompetenz für Mindestarbeitsbedingungen samt Kündigungsschutz (Art. 137 Abs. 2 lit. b, Abs. 1 lit. b und lit. c EG),⁸¹ wobei letzteres schon einstimmige Beschlussfassung im Rat erfordert. Für die kollektive Mitwirkung der Arbeitnehmer besteht eine Kompetenz (Art. 137 Abs. 2 lit. b, Abs. 1 lit. e und f EG), die im gewichtigeren Bereich der Mitbestimmung ebenfalls nur durch einstimmigen Ratsbeschluss ausgeübt werden kann. Zur regulativen Verwirklichung der Tarifautonomie schließlich besteht allenfalls punktuelle Kompetenz kraft notwendigem Sachzusammenhang.⁸² Es gibt also eine Reihe europäischer arbeitsverfassungsrechtlicher Rechte, wesentliche unter ihnen kann der europäische Gesetzgeber aber nur unter erschwerten Bedingungen oder überhaupt nicht artikulieren.

Daneben könnten die Normen der EU-Arbeitsverfassung durch den Gerichtshof artikuliert werden. Dies geschieht zunächst einmal in einer Konkurrenz zum europäischen Gesetzgeber, soweit der Gerichtshof über Auslegung oder Gültigkeit von legislativen Akten im Lichte der arbeitsverfassungsrechtlichen Grundrechte entscheidet. Auch wenn, wie sich gezeigt hat, diese Konstellation durch-

80 Grundsätzlich könnte es sich beim föderalen Staat ebenso verhalten. Es ist aber mutmaßlich kein Zufall, sondern aus der Entwicklungslogik des modernen Wohlfahrtsstaates begreifbar, dass auch föderale Staaten wie die Bundesrepublik oder die USA die Kompetenz für das Arbeitsrecht auf Bundesebene angesiedelt haben.

81 Das individuelle Arbeitsrecht wird hier als materialisierende Artikulation der Arbeitsvertrags- und mithin der Berufsfreiheit verstanden. (Zur Einordnung der Arbeitsvertragsfreiheit in Art. 12 GG siehe BVerfGE 81, 242 (254); ebenso R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (Stand: Juni 2007), Art. 12, Rn. 58).

82 Zur Reichweite der Sperrwirkung von Art. 137 Abs. 5 EG siehe oben, 1. c).

aus auftreten kann,⁸³ reicht die Artikulationsmöglichkeit des EuGH aber insofern nicht viel weiter als die des europäischen Gesetzgebers.⁸⁴ Darüber hinaus kann der EuGH aber gerade nicht in gleicher Weise an die Stelle des kompetenzlosen europäischen Gesetzgebers treten, wie dies die nationalen Gerichte im Fall des untätigen nationalen Gesetzgebers tun (müssen). Zwar mögen im Zuge des Vorlageverfahrens (Art. 234 EG) auch Rechtsstreitigkeiten zur Entscheidung anstehen, in denen arbeitsverfassungsrechtliche Rechte im Streit stehen, die sich auch in der Grundrechte-Charta finden. Doch kann der Gerichtshof diese Charta-Rechte neben den eben erwähnten Fällen, in denen Sekundärrecht eine Rolle spielt, nur dann rechtlich zur Geltung bringen, wenn der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts auf andere Weise eröffnet ist.⁸⁵ Dies begrenzt aber die potenzielle Artikulation arbeitsverfassungsrechtlicher Grundrechte durch den EuGH auf grenzüberschreitende Arbeitsbeziehungen. Mitgliedstaatsinterne individuelle und kollektive Arbeitsbeziehungen können von der Rechtsprechung des Gerichtshofs mithin kraft seiner begrenzten rechtlichen Artikulationsmöglichkeiten nicht berührt werden. Auch der EuGH wird mithin nicht zum Urheber einer integrierten europäischen Arbeitsverfassung werden können.

Das bedeutet im Ergebnis, dass die arbeitsverfassungsrechtlichen Rechte und Leitnormen zwar den Eindruck einer Arbeitsverfassung der Union erwecken, die

83 So soll etwa die Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 1997 L 18, S. 1) – nach der in der Sache überraschenden Lesart des Gerichtshofes in EuGH, Rs. C-341/05 (Fn. 78) – einen Eingriff in das mitgliedstaatliche Streikrecht darstellen. Darum hätte der Gerichtshof die Entsenderichtlinie eigentlich am Maßstab von Art. 52 Abs. 1 GR-Charta messen müssen. Das hat er aber einfach unterlassen.

84 Die Artikulationsmöglichkeit deckt sich nicht, sondern reicht weiter, weil nationales Recht, das einmal auch der Umsetzung einer auch nur partiell harmonisierenden Richtlinie gedient hat, vollumfänglich an europäischen Grundrechten gemessen wird (sehr anschaulich etwa in EuGH, Rs. C-144/04 (Fn. 58), Rn. 75: Die unbeschränkte Möglichkeit mit Beschäftigten nach Vollendung des 52. Lebensjahres sachgrundlose Befristungen zu vereinbaren, ist am europäischen Gleichbehandlungsgrundsatz zu messen – und eine Prüfung an Art. 3 GG durch das Bundesverfassungsgericht hätte daher auszufallen –, weil das diese Möglichkeit eröffnende Teilzeit- und Befristungsgesetz einstmals auch der Umsetzung einer europäischen Richtlinie diene.) Ob diese Landnahme des europäischen Grundrechtsschutzes insgesamt für alle Mitgliedstaaten eine begrüßenswerte Entwicklung darstellt, muss an dieser Stelle dahin gestellt bleiben (positiv die Beurteilung durch J. Kühling, in diesem Band, S. *** [S. 606 ff.]; kritisch hingegen T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 58), Art. 51, Rn. 11, 16, sowie U. Haltern, Europarecht, 2007, Rn. 1090 ff.) Dessen ungeachtet führt die punktuelle Kontrolle nationaler Normen aber freilich nicht zu einer einheitlichen Artikulation der europäischen Rechte.

85 Diese Frage wird zumeist unter dem Stichwort der Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte erörtert, siehe etwa G. de Búrca/P. Craig, EU Law, 2008, S. 395 (dort auch zum Problem, dass die Rechtsverbindlichkeit des Art. 51 GR-Charta den normativen Einfluss der Gemeinschaftsgrundrechte auf das Recht der Mitgliedstaaten tatsächlich reduzieren könnte). Zum Ganzen auch J. Kühling, in diesem Band, S. ***.

den vom mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht konstituierten Arbeitsverfassungen vergleichbar wäre.⁸⁶ Doch im Lichte ihrer fehlenden Kongruenz mit den arbeitsverfassungsrechtlichen Artikulationskompetenzen des europäischen Gesetzgebers und des EuGH erweist sich dieser Eindruck als falscher Schein.

IV. Die Form der europäischen Arbeitsverfassung

Es ist nun aufzuklären, in welchem Sinn und auf welche Weise die EU-Arbeitsverfassung den sozialen Integrationskompromiss einlöst. Die oben berichtete Erosion der tragenden Voraussetzungen der Umsetzung des sozialen Integrationskompromisses in Gestalt der EWG-Arbeitsverfassung wird im rechtlichen Wandel hin zur geltenden EU-Arbeitsverfassung anschaulich. Letztere scheint das Bild einer marktfunktionalen Arbeitsverfassung hinter sich gelassen zu haben, ohne dass sich darum schon ein klares neues Bild ergäbe. Der folgende Abschnitt (1.) behandelt die für viele sicher nahe liegende Idee, die bestehende EU-Arbeitsverfassung sei eine Stufe einer Entwicklung hin zu einer die mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen integrierenden und ihnen in der Form entsprechenden einheitlichen europäischen Arbeitsverfassung. Anschließend (2./3.) ist auf alternative Entwürfe einzugehen.

1. Eine integrierte europäische Arbeitsverfassung „im Werden“?

Eben hieß es, die EU-Arbeitsverfassung erzeuge zwar den Schein einer integrierten europäischen Arbeitsverfassung, löse ihn aber nicht ein. Es stellt sich insofern die prognostische Frage, ob jener Schein Vorbote einer künftigen Wirklichkeit ist, mit anderen Worten: ob die heutige EU-Arbeitsverfassung eine integrierte europäische Arbeitsverfassung „im Werden“ darstellt. Um dies zu beurteilen, ist ein Blick auf die historische verfassungspolitische Entwicklung hilfreich, die sich in Bezug auf die drei Kategorien arbeitsverfassungsrechtlicher Normen je unterschiedlich vollzogen hat.

86 Eine mögliche Funktion der sozialen Grundrechte wurde darin gesehen, die Rechtfertigungsbasis für nationale Grundfreiheitsbeschränkungen zu stärken (und Gleiches ließe sich für die Leitnormen annehmen): siehe J. E. Fossum/A. J. Menéndez, *Still Adrift in the Rubicon?*, in: E. O. Eriksen u.a. (Hrsg.), *The European Constitution*, ARENA Report 3/05, S. 97 (135 f.); O. De Schutter, *La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, in: J.-Y. Carlier/ders., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, 2002, S. 117 (119 ff.). Daran wird man aber noch hart arbeiten müssen. Bisher nimmt der Europäische Gerichtshof zumindest den sozialen Grundrechten nämlich schon dadurch jedes überschießende Potential, indem er sie zu Institutionen zur Verwirklichung von Allgemeininteressen verformt und darüber an seine bisherige Grundfreiheitsdogmatik assimiliert. Vgl. anschaulich EuGH, Rs. C-438/05, *Viking*, Slg. 2007, I-0000, Rn. 77.

a) *Marksteine der Entwicklung der europäischen Arbeitsverfassungsnormen*

aa) *Aufbau autonomer arbeitsrechtlicher Kompetenzen: Einheitliche Europäische Akte (1987) und Sozialabkommen von Maastricht (1993)*

Lange kam der europäische Gesetzgeber auch im Bereich der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung mit der im EWG-Vertrag vorgesehenen Kompetenz aus Art. 100 EWG (Art. 94 EG, Art. 115 AEUV) zurecht, nämlich bis zur Einheitlichen Europäischen Akte. Deren Hintergrund bildete das Anliegen, die wirtschaftliche Integrationsdynamik neu zu beleben.⁸⁷ Ihr Herzstück bestand darin, wesentliche Bereiche der Marktregulierung nur noch einer qualifizierenden Mehrheit zu unterwerfen (Art. 100a EWG-Vertrag, heute Art. 95 EG, Art. 114 AEUV). Es wurde schon damals gesehen, dass die damit verknüpfte Verengung der europäischen Integration auf das Binnenmarktprojekt den Druck auf die Beschäftigten erheblich erhöhen würde.⁸⁸ Dessen ungeachtet nahm Art. 100a Abs. 2 EWG-Vertrag die „Rechte und Interessen der Arbeitnehmer“ von der neu eingeführten prozeduralen Erleichterung marktfunktional begründbarer Harmonisierung wieder aus, insoweit blieb es bei der Einstimmigkeitsregel aus Art. 100 EWG-Vertrag. Im Gegenzug wurde mit Art. 118a EWG-Vertrag (Art. 137 Abs. 1 lit. a EG, Art. 153 AEUV) die erste formell autonome arbeitsrechtliche Kompetenz der Gemeinschaft im Bereich des technischen und sozialen Arbeitsschutzes geschaffen. Im Grunde genommen aber handelte es sich um eine Gegen Ausnahme zur Sperrnorm aus Art. 100a Abs. 2 EWG-Vertrag, was durch die Anwendung desselben Entscheidungsverfahrens bei Art. 100a Abs. 1 und Art. 118a EWG-Vertrag unterstrichen wird: „Rechte und Interessen“ der Arbeitnehmer waren demnach von erleichterter Harmonisierung ausgenommen, es sei denn, es handelte sich um Fragen des technischen oder sozialen Arbeitsschutzes. Zwar bedurfte es für die Wahrnehmung der neuen Kompetenz aus Art. 118a EWG-Vertrag keines Nachweises einer Marktfunktionalität der Regelung mehr. Doch dies ging gerade nicht auf eine neue verfassungsrechtliche Entscheidung für eine schrittweise zu integrierende europäische Arbeitsverfassung zurück.⁸⁹

87 Dazu C.-D. Ehlermann, *The Internal Market Following the Single European Act*, CMLRev. 24 (1987), S. 361.

88 Die Einheitliche Europäische Akte bildete ein Rumpfprojekt gegenüber dem anspruchsvolleren und schon damals von Parlament und Rat ins Auge gefassten Vertrag über die Europäische Union. Vgl. den sog. Spinelli-Entwurf, ABl. 1984 C 77, S. 34. Siehe A. J. Menéndez (Hrsg.), Altiero Spinelli: *From Ventotene to the European Constitution* (2007), unter <http://www.reconproject.eu/projectweb/portalproject/Report1_Spinelli.html> (8.04.2008).

89 Vgl. J. Curall, in: H. v. d. Groeben u.a. (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 4. Aufl. 1991, Art. 118 EWG-Vertrag, Rn. 62: „keine Erweiterung des materiellen Geltungsbereichs der Gemeinschaftsbefugnisse“.

Vielmehr war in der Vergangenheit die formale Tragfähigkeit der Rechtsgrundlage aus Art. 100 EWG-Vertrag immer wieder zweifelhaft gewesen, obgleich Einigkeit bestand, dass ein europäischer Rechtsakt erlassen werden sollte.⁹⁰

Die Form der Arbeitsverfassung änderte sich erst mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht. Der Vertrag vertiefte die ökonomische Integration über die Ergänzung des Binnenmarkts um die Wirtschafts- und Währungsunion. Im Vorfeld und im Rahmen der Vertragsverhandlungen wurden große Anstrengungen unternommen, auch die soziale Dimension materiell erheblich und öffentlich sichtbar auszubauen.⁹¹ Das wichtigste Stück sollte dabei ein umfangreicher Ausbau der arbeitsrechtlichen Kompetenzen bilden. Doch dieser Plan scheiterte aufgrund eines Vetos des Vereinigten Königreichs. Die eigentlich anvisierten neuen Kompetenznormen konnten darum nur als Abkommen zwischen den übrigen elf Mitgliedstaaten vereinbart werden, das über das „Protokoll über die Sozialpolitik“ noch formalen Anschluss an den Vertrag von Maastricht erhielt.⁹²

Das Sozialabkommen enthielt neben der Integration europäischer Sozialpartner in den europäischen Gesetzgebungsprozess⁹³ vor allem zwei Neuerungen. Die erste bestand in einem markanten Ausbau der autonomen arbeitsrechtlichen Kompetenzen über den Arbeitsschutz hinaus. Dabei erfassten die Kompetenzen nach dem Sozialabkommen dieselben Gegenstände wie heute, also unter Ausparung des Entgelts sowie des Koalitions- und des Arbeitskampfrechts, und waren nach demselben Verfahren wie heute wahrzunehmen (Art. 2 Abs. 2, Abs. 1 Spstr. 2–4 und Abs. 3 Spstr. 2 und 3 des Maastrichter Sozialabkommens, heute Art. 137 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 lit. b, d bis f und i EG, Art. 153 AEUV). Die zweite Neuerung lag in der Festlegung der Form etwaiger europäischer Regulierung auf Mindestvorschriften.⁹⁴ Die bis dahin eröffnete marktfunktionale Regulierung arbeitsrechtlicher Vorschriften in Art. 100 EWG-Vertrag machte nämlich keine formale Vorgabe. Der Artikel (heute Art. 95 EG, Art. 114 AEUV) trägt darum bis heute auch Höchstvorschriften und Vollharmonisierungen, wenn es der europäische Markt denn erforderte. Damit wurde auf der Ebene des Verfassungsrechts angenommen, dass die nationalen Arbeitsstandards unter dem Druck des Binnenmarkts unter den verschärften Bedingungen einer Währungsunion Unterstützung von europäischer Ebene benötigen. Dies ist eine ganz andere Begründung europäischen Arbeitsrechts als diejenige marktfunktionaler An-

90 J. Pipkorn, in: v. d. Groeben u.a. (Fn. 89), Art. 118a EWG-Vertrag, Rn. 2.

91 J. Kenner, *EU Employment Law*, 2003, S. 219 ff.

92 Ebd., S. 223; siehe auch D. Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, 2004, 194 ff.

93 Dazu oben Fn. 59.

94 A. Lyon-Caen/Sp. Simitis, *Community Labour Law*, in: P. L. Davies u.a. (Hrsg.), *European Community Labour Law*, 1996, S. 1 (8); S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedoms the European Constitution*, 2006, S. 238. Auch Art. 118a EWG-Vertrag ermächtigte nur zum Erlass von Mindestnormen.

gleichungen zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen. Insofern dokumentierte die Einfügung autonomer arbeitsrechtlicher Kompetenzen zum Erlass von Mindestvorschriften die verfassungspolitische Intention eines Abschieds vom marktfunktionalen Paradigma der EWG-Arbeitsverfassung. Durch die Amsterdamer Integration des Sozialabkommens in den Text des EG-Vertrags wurde diese Intention noch einmal bekräftigt.⁹⁵

bb) Konstitutionalisierung von Rechten: Die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer (1989) und die EU-Charta der Grundrechte (2001)

Nicht erst mit der Währungsunion sondern schon im zeitlichen Umfeld der Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte hielten europäische Akteure die Repräsentation einer sozialen Dimension im Prozess der europäischen Integration allgemein für unterentwickelt.⁹⁶ In diesem Zusammenhang entstand die bis heute für viele maßgebliche Idee, diese Repräsentation durch die Konstitutionalisierung sozialer Rechte zu leisten.⁹⁷ Erstmals geschah dies mit der 1989 von den Mitgliedstaaten gemeinsam, zunächst aber ohne das Vereinigte Königreich feierlich proklamierten Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer.⁹⁸

Auch wenn der Gemeinschafts-Charta keine verbindliche Wirkung zukommt, ist sie in der Sprache individueller und kollektiver Rechte abgefasst. Sie spricht in ihrem ersten Teil eine Reihe wesentlicher Rechte an, namentlich die individuelle Berufsfreiheit (Art. 4 GemSozGR), daneben sogar ein Recht auf „gerechten Lohn“ (Art. 5 GemSozGR), im kollektiven Bereich kollektive Mitwirkungsrechte (Art. 17, 18 GemSozGR) sowie die Tarifautonomie (Art. 11–13 GemSozGR). In Bezug auf die Artikulation dieser Rechte bekennt sich die Gemeinschaftscharta jedoch ausdrücklich zur damaligen primärrechtlichen Kompetenzverteilung.

95 Der Vertrag von Nizza eröffnete die Möglichkeit, im Bereich des Kündigungsschutzes und der kollektiven Vertretung von Arbeitnehmerinteressen ohne Vertragsänderung zum Mitentscheidungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit im Rat überzugehen (Art. 137 Abs. 2 a.E. EG). Hiervon ist allerdings kein Gebrauch gemacht worden.

96 J. Curall/J. Pipkorn, in: v. d. Groeben u.a. (Fn. 89), Vorb. zu Art. 117–128 EWG-Vertrag, Rn. 38; als institutionelle Äußerung siehe Opinion of the Economic and Social Committee on the Social Aspects of the Internal Market (European Social Area), 19.11.1987, CES(87) 1069.

97 Von der Kommission aufgegriffen in Europäische Kommission, Arbeitsdokument der Kommission – Die soziale Dimension des Binnenmarktes, SEC(88) 1148, Ziff. 104, unter http://aei.pitt.edu/1346/01/social_internal_market_SEC_88_1148.pdf. Programmatisch seinerzeit wegweisend: W. Däubler, Sozialstaat EG? Notwendigkeit und Inhalte einer Europäischen Grundrechtsakte, in: ders. (Hrsg.), Sozialstaat EG?, 1989, S. 35.

98 Europäische Kommission, KOM (89) 248 endg. Das Vereinigte Königreich unterzeichnete die Gemeinschafts-Charta 1998.

lung: Die Gewähr der Gemeinschaftscharta-Grundrechte sei in erster Linie Aufgabe der Mitgliedstaaten (Art. 27 GemSozGR). Davon unberührt erhielt die Kommission den Auftrag, im Rahmen der Zuständigkeit der europäischen Ebene gesetzgeberische Vorschläge zur effektiven Umsetzung der in der Gemeinschaftscharta genannten Rechte zu unterbreiten (Art. 28 GemSozGR). So geschah es auch: Das auf die Gemeinschaftscharta folgende sozialpolitische Aktionsprogramm der Kommission⁹⁹ bildete den Ausgangspunkt für eine außerordentliche legislative Aktivität der europäischen Ebene im Bereich des Arbeitsrechts. Allerdings waren die europäischen Institutionen für die gesetzgeberische Umsetzung des Programms darauf angewiesen und auch in der Lage, bis zum Inkrafttreten des Maastrichter Vertrags samt dem Sozialabkommen (1993) auf der Grundlage der seit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 bestehenden Kompetenzen (Art. 100a, 118a EWG-Vertrag) zu agieren.¹⁰⁰

Nach der Umsetzung des sozialpolitischen Arbeitsprogramms der Kommission erschien das politische Potenzial der rechtlich unverbindlichen Gemeinschaftscharta erschöpft,¹⁰¹ was vor allem Akteure aus der Rechtswissenschaft zu neuen Anläufen zu verbindlichen sozialen Rechten auf europäischer Ebene motivierte.¹⁰² Hierauf erfuhren soziale Rechte eine gewisse Präsenz mit einer Änderung des alten Art. 117 EWG-Vertrag im Amsterdamer Vertrag (Art. 136 EG, Art. 151 AEUV). Die Ziele des Art. 117 EWG-Vertrag sollten künftig „eingedenk der sozialen Grundrechte“ nach der Europäischen Sozialcharta des Europarates von 1961¹⁰³ und der Gemeinschaftscharta von 1989 verfolgt werden. Das erschien immer noch zu wenig, denn das Ziel war und blieb ein konstitutioneller Eigenbestand an sozialen Rechten.¹⁰⁴ Dieses Bestreben konnte sich mit dem allgemeinen Prozess alliieren, der normativ frei schwebenden Grundrechts-Rechtsprechung des Gerichtshofes auf der Basis einer Charta eine positivrechtliche Grundlage zu schaffen. Zwar hatte der EuGH in dieser Rechtsprechung völkerrechtlich garantierte soziale Rechte nur als Inspirationsquelle genannt, aber gerade noch keine sozialen Grundrechte entscheidungsrelevant zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts erklärt.¹⁰⁵ Gleichwohl war angesichts der fortdauernd empfundenen sozialen Asymmetrie des Integrationspro-

99 Mitteilung der Kommission über ihr Aktionsprogramm zur Anwendung der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte, KOM(89) 568.

100 M. Rhodes, Das Verwirrspiel der Regulierung, in: S. Leibfried/P. Pierson, Standort Europa, 1998, S. 100.

101 Giubboni (Fn. 94), S. 102; M. Rodríguez-Pinero/E. Casas, In Support of a European Social Constitution, in: Davies/Wedderburn (Fn. 94), S. 23 (35).

102 Lyon-Caen/Simitis (Fn. 94), S. 14; R. Blanpain u.a., Fundamental Social Rights, 1996; B. Bercusson u.a., A Manifesto for Social Europe, 1996.

103 Europäische Sozialcharta (1961), ETS Nr. 35.

104 Giubboni (Fn. 94), S. 105 f.

105 E. Szyszczak, Social Rights as General Principles of Community Law, in: N. A. Neuwahl/A. Rosas (Hrsg.), The European Union and Human Rights, 1995, S. 211.

zesses gewiss, dass eine europäische Charta der Grundrechte nicht nur bürgerliche und demokratische, sondern auch soziale Grundrechte enthalten musste.¹⁰⁶ Die Proklamation der Grundrechte-Charta in 2001 wurde darum von vielen gerade aufgrund der in ihr festgeschriebenen sozialen Rechte grundsätzlich sehr begrüßt. Wie oben bereits dargestellt, spricht sie in der Tat eine Reihe wichtiger individueller und kollektiver arbeitsverfassungsrechtlicher Rechte an. Ihr Mangel liegt darum für viele Beobachter bis heute (allein) in ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit.¹⁰⁷

cc) Vermehrung der Leitnormen: Sozialabkommen von Maastricht (1993) und Amsterdamer Vertrag (1999)

Wie bereits dargestellt enthielt Art. 117 EWG-Vertrag die arbeitsverfassungsrechtliche Leitnorm des Gründungsvertrages. Die Einheitliche Europäische Akte brachte insoweit keine Veränderungen. Die Gründung der EU in Maastricht brachte dann in Art. B EU-Vertrag die Festlegung, die Union setze sich die Förderung eines ausgewogenen und nachhaltigen sozialen Fortschritts zum Ziel. Art. 117 E(W)G-Vertrag erfuhr Änderungen nicht bereits im Maastrichter Vertrag, sondern erst im Sozialabkommen. Nach dessen Art. 1 werden die Ziele des Art. 117 EG-Vertrag nicht mehr nur als geteilte Anliegen der Mitgliedstaaten gefasst, deren Übereinstimmung man sich versichert, sie werden zugleich als Ziele der Gemeinschaft ausgegeben. Als arbeitsverfassungsrechtlich einschlägiges neues Ziel erscheint zudem der „soziale Dialog“. Als gemeinsame Zielstellung von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten fungieren sämtliche Gegenstände dann auch seit Amsterdam in Art. 136 Abs. 1 EG. Im Übrigen ergeben sich weder hier noch mit dem Vertrag von Nizza weitere Änderungen.

dd) Neuerungen durch den Lissabonner Vertrag

Die arbeitsverfassungsrechtlichen Änderungen im Vertrag von Lissabon sind schnell berichtet. Auf der Ebene der Kompetenzen ergeben sich erneut keinerlei Änderungen, weder im Hinblick auf die Gegenstände noch im Hinblick auf die Entscheidungsverfahren. Die Grundrechte-Charta wird förmlich in das Verfas-

106 Diesen Tenor hatten auch die beiden Experten-Berichte der Kommission: Europäische Kommission (GD V), For a Europe of Civic and Social Rights, Report by the Comité des Sages, 1996, sowie Europäische Kommission (GD V), Affirming Fundamental Rights in the European Union, Report of the Expert Group on Fundamental Rights, 1999 („Simitis-Bericht“), unter http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/affirmingfundamentalrights_en.pdf (10.12.2008).

107 Statt vieler: M. Weiß, Grundrechte-Charta der Europäischen Union auch für Arbeitnehmer?, Arbeit und Recht 2001, S. 374 (378), U. Zachert, Die Arbeitnehmergrundrechte in einer Europäischen Gemeinschaftscharta, NZA 2001, S. 1041 (1046).

sungsrecht der Union inkorporiert werden.¹⁰⁸ Bemerkenswerte Änderungen ergeben sich nur auf der Ebene der arbeitsverfassungsrechtlichen Leitnormen, deren Bestand variiert und weiter ausgebaut wird. Art. 136 EG wird allerdings unverändert als Art. 151 AEUV fortgeschrieben. Art. 3 AEUV über die Ziele der Union, in dem Art. 2 EG und Art. 2 EU fusionieren, enthält in Absatz 3 weiterhin das Ziel des sozialen Fortschritts, der neuerdings aber durch das Ziel einer „in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“¹⁰⁹ mediatisiert wird (UAbs. 1 S. 2), daneben soll die Union nunmehr auch soziale Gerechtigkeit fördern (UAbs. 2). Hinzu tritt schließlich eine neue Norm über die Werte der Union (Art. 2 AEUV), in der es das Prinzip der „Solidarität“ zwar nicht in die Reihe derjenigen Werte geschafft hat, auf die sich die Union gründet, aber doch zu den Prinzipien zählt, durch die sich die europäische Gesellschaft auszeichnet.¹¹⁰

b) Eine historisch und polit-ökonomisch verfestigte Asymmetrie

Seit der Vertragsrevision von Amsterdam hat die Bedeutung arbeitsverfassungsrechtlicher Rechte und Leitnormen stetig zugenommen. Im Bereich der Rechte wäre das politische Projekt ihrer Konstitutionalisierung mit ihrer förmlichen Verankerung im Vertrag von Lissabon wohl endgültig abgeschlossen. Vergleichbares gilt von den arbeitsverfassungsrechtlichen Leitnormen. Ihr Ausbau begann mit dem Sozialabkommen von Maastricht, setzte sich in wenn auch bescheidenem Maße in Amsterdam fort und erfährt mit dem Reformvertrag einen neuen Höhepunkt. Zwar lässt sich der Bestand vergleichbarer Leitnormen letztlich ins Endlose steigern, doch wird man auch hier sagen können, dass das Projekt einer konstitutionellen Festlegung der EU auf Aufgaben, Ziele und Prinzipien, die dem Sozialstaatsprinzip zumindest der Intention nach korrespondieren sollen, nunmehr weitgehend erreicht ist.

Im Gegensatz zur expansiven Bewegung von Rechten und Leitnormen einer europäischen Arbeitsverfassung haben sich die autonomen arbeitsrechtlichen Kompetenzen über den Stand nach dem Sozialabkommen von Maastricht hinaus nicht weiter entwickelt.¹¹¹ Das Sozialabkommen von Maastricht stellt die erst- und zugleich einmalige Erweiterung der europarechtlichen Kompetenzen in das Feld der Arbeitsverfassung dar, und das gilt gerade auch unter Einschluss des

108 Zum Protokoll über die Anwendung der Charta auf Polen und das Vereinigte Königreich siehe C. Möllers und J. Kühling, in diesem Band, S. *** bzw. S. ***.

109 Zu diesem Kuriosum F. Rödl, Europäisches Verfassungsziel „Soziale Marktwirtschaft“, Integration 2005, S. 150.

110 C. Calliess, in: ders./M. Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, 2006, Art. I-2 VVE, Rn. 34.

111 Dies ist auch der Fokus der scharfzüngigen Analyse von W. Streeck, Vom Binnenmarkt zum Bundesstaat?, in: Leibfried/Pierson (Fn. 100), S. 369.

Reformvertrages. Mit kurzen Worten lässt sich die arbeitsverfassungsrechtliche Entwicklung der EU seit Maastricht also zusammenfassen als asymmetrische Entwicklung einer Expansion der Rechte und Leitnormen und einer Stagnation der Kompetenzen. Die historische Entwicklung spricht selbst dafür, dass sich an diesem Bild auch künftig wenig ändern wird. Denn auf allen Vertragskonferenzen wurden durchaus Vorstöße für umfangreichere arbeitsrechtliche Kompetenzen gemacht, doch mit Ausnahme von Maastricht sind alle gescheitert. Selbst im Verfassungskonvent, der grundlegenden Vorstößen sicherlich bislang das fruchtbarste Terrain bot, war eine Erweiterung der Kompetenzen nicht ernsthaft in Reichweite.¹¹²

Allerdings mögen einige darauf gebaut haben, dass sich eine integrierte europäische Arbeitsverfassung auch auf der Grundlage der seit Maastricht bestehenden Kompetenzen errichten lässt. Wenn nämlich ein dynamischer europäischer Gesetzgeber die formellen Kompetenzen in ihrer Bedeutung weit und in ihrer Funktion kreativ auslegen würde, ließen sich, unterstützt und beflügelt gerade durch die sozialen Rechte der Grundrechte-Charta und neuer Leitnormen, die von den Herren der Verträge ursprünglich gewollten Grenzen überschreiben. Das Vorbild für solche Erwartungen lieferte die Gemeinschaftscharta der Grundrechte der Arbeitnehmer, die in der Tat ein ambitioniertes Gesetzgebungsprogramm unter kreativer Nutzung der vorhandenen Kompetenzen trug.¹¹³ Die sozialen Grundrechte der Grundrechte-Charta haben demgegenüber keine auch nur im Ansatz vergleichbare gesetzgeberische Aktivität ausgelöst.¹¹⁴ Vielmehr hat der Umfang arbeitsrechtlicher Gesetzgebung schon seit dem Vertrag von Amsterdam stetig abgenommen, zudem wurden die neuen autonomen Kompetenzen aus Art. 137 EG dabei nur wenig genutzt. Auch für die kommenden Jahre sehen die gesetzgeberischen Programme der Kommission keine relevante gesetzgeberische Tätigkeit im Bereich des Arbeitsrechts vor.¹¹⁵ Hoffnungen auf eine katalysatorische Wirkung der sozialen Rechte der Grundrechte-Charta erscheinen darum von heute aus gesehen als vergeblich.

Beides, sowohl die Stagnation der Kompetenzen an sich als auch ihre Wahrnehmung durch den Gesetzgeber, ist indes nicht (allein) das Ergebnis kontingen-

112 Vgl. den Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Soziales Europa“, CONV 516/1/3 REV 1, unter <http://european-convention.eu.int>.

113 Siehe Kommission, Aktionsprogramm zur Anwendung der Gemeinschaftscharta, KOM(89) 568.

114 So auch B. de Witte, *The Trajectory of Fundamental Rights in the EU*, in: G. de Búrca/ders., *Social Rights in Europe*, 2005, S. 153 (166 f.).

115 Siehe Europäische Kommission, Grünbuch: Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts, KOM(2006) 708, und Europäische Kommission, Sozialpolitische Agenda 2006–2010, ABl. 2006 C 117, S. 256. Eine Ausnahme soll die – freizügigkeits- und wettbewerbsbezogene und darum auf Art. 42, 94 EG gestützte – Richtlinie zum Schutz zusätzlicher betrieblicher Altersversorgung bilden, KOM(2007) 603.

ter politischer Kompromissbildungen, sondern hat polit-ökonomische Gründe. Im besonders relevanten Bereich der reinen Arbeitskosten ist schlicht zu bedenken, dass in die Differenzen von Arbeitskosten Produktivitätsdifferenzen eingehen.¹¹⁶ Einheitliche europäische Mindestlöhne etwa lassen sich darum nicht sinnvoll festlegen. Richten sie sich nach dem Mitgliedstaat mit dem niedrigsten Lohnniveau, sind sie für alle anderen Mitgliedstaaten ineffektiv, richten sie sich nach dem Mitgliedstaat mit dem höchsten Lohnniveau, wirken sie schädlich für alle anderen als Wettbewerbsnachteil, liegen sie dazwischen, treten beide Fälle auf.¹¹⁷ Fast alle Mitgliedstaaten hätten darum die Sorge, dass sie zu den mit Nachteilen Belasteten zählen würden.

Darüber hinaus sind die europäischen Wohlfahrtsstaaten inzwischen eingehend als komplexe Systeme analysiert worden, die verschiedenen Grundmodellen folgen.¹¹⁸ Die für das jeweilige Modell typischen internen Regelungsformen und ihre vielfältigen Interdependenzen machen es problematisch, von übergeordneter europäischer Ebene in partikuläre Bereiche harmonisierend zu intervenieren. Auch die Normen des nationalen individuellen und kollektiven Arbeitsrechts stehen in vielfältiger Wechselbeziehung zu anderen sozial- und öffentlich-rechtlichen Regelungsfeldern (Sozialversicherung, Arbeitsförderung, soziale Fürsorge, berufliche Bildung) und diese wiederum zum jeweiligen nationalen Produktionsregime,¹¹⁹ sodass von tiefer gehenden europäischen Interventionen in das nationale Arbeitsrecht als Folge einer integrierten EU-Arbeitsverfassung desintegrative und dysfunktionale Effekte zu erwarten wären.¹²⁰

Im Kontrast zum Bild eines langsamen, aber stetigen Fortschritts lässt die vorstehende Analyse erkennen, dass es in der historischen Entwicklung tatsächlich nur eine Phase echter arbeitsverfassungsrechtlicher Dynamik gab. Es ist die Phase, die mit Vor- und Nachläufern von der Einheitlichen Europäischen Akte bis zur Übernahme des Sozialabkommens in den Amsterdamer Vertrag reicht, also von 1986 bis 1996.¹²¹ Die Dynamik dieser Phase flankierte diejenigen

116 Dieses Theorem des Ohlin-Berichts ist ungeachtet seiner überholten ökonomischen und rechtlichen Implikationen (siehe oben, II. 2./3.) weiter gültig.

117 F. Scharpf, *Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?*, 1999, S. 76 f.; K. Busch, *Perspektiven des Europäischen Sozialmodells*, HBS-Arbeitspapier 92 (2005), S. 44, unter <http://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_092.pdf> (1.09.2008).

118 Die grundlegende Arbeit von G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, 1990, zählt in Europa drei, die kritische Auseinandersetzung von M. Ferrera, *A New Social Contract? The Four Social Europes*, RSCAS Working Papers 36 (1996) vier Grundmodelle. Ebenso B. Amable, *The Diversity of Modern Capitalism*, 2003.

119 P. Hall/D. Soskice, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, in: dies. (Hrsg.), *Varieties of Capitalism*, 2001, S. 1 (38 ff.).

120 W. Streeck, *Industrial Citizenship Under Regime Competition*, *Journal of European Public Policy* 4 (1997), S. 643; C. Offe, *Demokratie und Wohlfahrtsstaat*, in: W. Streeck (Hrsg.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie*, 1998, S. 99.

121 Noch kritischer *Wolfgang Streeck*, für den schon diese Phase die „Niederlage der sozia-

Umwälzungen, denen das europäische Verfassungsrecht mit dem Start des Projekts Binnenmarkt 1986 und der Gründung der Währungsunion 1993 unterlag. Beide Schritte machten Quantensprünge wirtschaftlicher Integration aus, die nach arbeits- (und sozial-)verfassungsrechtlicher Kompensation verlangten. Doch die blieb am Ende auch aus polit-ökonomischen Gründen schmal, und die Versuche, sie in Amsterdam, Nizza und auch im Verfassungsvertrag nachzuholen, sind dementsprechend gescheitert. Vergleichbare Quantensprünge in der Verfassung wirtschaftlicher Integration, die neuen politischen Kompensationsdruck auslösen könnten, sind wohl auch auf lange Sicht nicht zu erwarten.

Zu der Idee, die Arbeitsverfassung der EU repräsentiere eine integrierte europäische Arbeitsverfassung im Werden, bedarf es also einer Alternative. Hierfür gibt es zwei Kandidaten: die Idee einer post-regulatorischen Arbeitsverfassung der Union (2.) und die hier neu zu entfaltende eines europäischen Arbeitsverfassungsverbunds (3.).

2. *Eine post-regulatorische Arbeitsverfassung für die EU?*

Die Vertragsänderung von Amsterdam brachte neben der Einbeziehung des Vereinigten Königreiches Großbritanniens in die Vorschriften des Sozialabkommens im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik vor allem ein neues Kapitel über Beschäftigung (Art. 125-130 EG, Art. 145-150 AEUV). Das Kapitel enthält keine arbeitsverfassungsrechtlichen Normen im hiesigen Sinne von das Kräfteverhältnis von Kapital und Arbeit konstituierenden und gestaltenden Rechten, Leitnormen und Kompetenzen. Vielmehr betreffen sie die Koordination mitgliedstaatlicher Beschäftigungspolitik (vgl. Art. 126 Abs. 2 EG, Art. 146 AEUV) und sind damit für den hiesigen Zusammenhang nicht unmittelbar relevant. Gleichwohl galt das Beschäftigungskapitel vielen nach gerade als erster Nachweis, dass die soziale Dimension europäischer Integration neben der wirtschaftlichen deutlich erstarkt sei.¹²²

Die europäische Koordination der Beschäftigungspolitik vollzieht sich in turnusmäßiger Abfolge von europäischen beschäftigungspolitischen Leitlinien, jährlichen Berichten der Mitgliedstaaten, Prüfungen dieser Berichte und rechtlich unverbindlichen Empfehlungen an die Mitgliedstaaten sowie eines gesamt-europäischen Beschäftigungsberichts (Art. 128 EG, Art. 148 AEUV). Dabei kann die europäische Ebene die mitgliedstaatliche Zusammenarbeit zusätzlich

len Dimension“ verkörpert: Streeck (Fn. 111), S. 377 ff.

122 Etwa I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, CMLRev. 36 (1 999), S. 703 (733 f.). Zur politischen Entstehungsgeschichte des Beschäftigungskapitals: J. Goetschy, *The European Employment Strategy: Genesis and Development*, European Journal of Industrial Relations 5 (1999), S. 117.

befördern durch Initiativen, „die darauf abzielen, den Austausch von Informationen und bewährten Verfahren zu entwickeln, vergleichende Analysen und Gutachten bereitzustellen sowie innovative Ansätze zu fördern und Erfahrungen zu bewerten“ (Art. 129 EG, Art. 149 AEUV). Beides zusammen kennzeichnet einen von vielen als neu und bahnbrechend angesehenen *modus operandi* der europäischen Ebene, in den hohe normative Erwartungen gesetzt sind.¹²³ Er wurde mit dem Europäischen Rat von Lissabon auf mehrere Felder der Sozialpolitik ausgedehnt¹²⁴ und erhielt in diesem Zusammenhang auch den heute gängigen Namen des „offenen Koordinierungsverfahrens“.

Das offene Koordinierungsverfahren im Bereich von Beschäftigung und Arbeitsrecht¹²⁵ verdient an dieser Stelle deswegen eine knappe Behandlung, weil es von einigen Beobachtern vor dem Hintergrund der sozio- und polit-ökonomischen Differenzen der Mitgliedstaaten als echte Alternative zu einer vollständigen EU-Arbeitsverfassung, als eine post-regulatorische¹²⁶ Erneuerung der sozialen Versprechen der europäischen Integration angesehen wird. Eine nach Stil und Inhalt nicht untypische Sicht aus arbeitsrechtlicher Perspektive lässt sich etwa folgendermaßen zusammenfassen:¹²⁷ Das offene Koordinierungsverfahren eröffne einen Raum, in dem die Mitgliedstaaten in den Bereichen Arbeitsrecht und Beschäftigungspolitik im Wege deliberativer Auseinandersetzung voneinander lernten und dabei normativ durch den Bestand der einschlägigen sozialen Rechte angeleitet werden sollten. Auf der Grundlage gemeinsamer Ziele werde nach spezifischen Lösungen für die Mitgliedstaaten gesucht, die die Besonderheiten der tradierten mitgliedstaatlichen Verfassung der Arbeitsbeziehungen reflektieren.

Vieles spricht dagegen, dass damit eine gegenwärtige oder wenigstens eine kommende Realität richtig beschrieben sein könnte. Erstens sind koordinierende Prozeduren, die nun den ganz neuen Integrationsmodus des offenen Koordinierungsverfahrens ausmachen sollen, für Arbeitsrecht (sogar unter Einschluss des kollektiven Arbeitsrechts) und Beschäftigung seit Gründung der EWG vorgese-

123 Exemplarisch seien genannt: C. de la Porte/P. Pochet (Hrsg.), *Building Social Europe Through the Open Method of Coordination*, 2002; J. Zeitlin/D. M. Trubek (Hrsg.), *Governing Work and Welfare in a New Economy*, 2003; C. F. Sabel/J. Zeitlin, *Learning From Difference*, ELJ 14 (2008), S. 271.

124 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Lissabon, 23. und 24. März 2000, Rn. 37-40, unter <http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_de.htm> (2.06.2008); von der Kommission prominent aufgenommen in: Europäische Kommission, *Europäisches Regieren – ein Weißbuch*, KOM(2001) 428, S. 28 f.

125 Vgl. auch den mit dem Vertrag von Nizza eingefügten Art. 137 Abs. 2 lit. a EG, dessen Potenzial wohl hinter Art. 140 EG (einst Art. 118 EWG-Vertrag) zurückbleibt, so auch Kriebler, in: Calliess/Ruffert (Fn. 58), Art. 137 EG, Rn. 36.

126 C. de la Porte u.a., *Social Benchmarking, Policy Making and New Governance in the EU*, *Journal of European Social Policy* 11 (2001), S. 291 (293).

127 Giubboni (Fn. 94), S. 245 ff., 266 ff. und 277 ff.,

hen (Art. 118 EWG-Vertrag), ohne dass dieses Koordinationsmandat der europäischen Ebene relevante Ergebnisse produziert und mit diesen größeres Aufsehen erregt hätte. Insofern wäre die Frage zu beantworten, aufgrund welcher Umstände eine im Grundsatz vergleichbare Koordinierungsbefugnis der europäischen Ebene heute zu ganz anderen Ergebnissen führen sollte. Viel näher liegt die These, dass die Einrichtung des offenen Koordinierungsverfahrens vor allem den fehlenden Willen der Mitgliedstaaten dokumentiert, die eigenen Systeme europäisch induzierten Veränderungen zu unterwerfen.¹²⁸ Zweitens unterliegt jener Beschreibung die irriige Vorstellung, im Bereich von Arbeitsrecht und Beschäftigungspolitik ginge es in erster Linie um Probleme unzureichenden Wissens, deren Lösung man durch fruchtbare kognitive Lernprozesse näher kommen könnte.¹²⁹ Stattdessen sind beide Felder in hohem Maße von normativen Vorstellungen geprägt, und zugleich sind die Möglichkeiten ihrer politischen Bearbeitung durch soziale und politische Kräfteverhältnisse vorstrukturiert. Es ist darum ein reales Problem mit überdies hohem Potenzial zur Ideologiebildung, wenn mit dem offenen Koordinierungsverfahren gerade keine europäischen Arenen für gesellschaftliche und politische Auseinandersetzungen, sondern nur Räume für – bestenfalls – ein wechselseitiges Lernen nationaler Arbeitsbürokratien geschaffen werden. Völlig im Leeren hängt schließlich die Idee, soziale Rechte sollten die koordinierenden Prozesse von Arbeitsrecht und Beschäftigungspolitik normativ anleiten. Da diese normative Anleitung nicht im Wege rechtlicher Bindung und Kontrolle erfolgt und so auch nicht erfolgen kann, handelt es sich bestenfalls um einen gut gemeinten Wunsch.¹³⁰ Die Idee einer

128 A. Schäfer, *Die neue Unverbindlichkeit*, 2005, S. 179 ff. und S. 215.

129 Wichtige Protagonisten des Konzeptes europäischer Politik als Prozess experimentellen Lernens, in dem gesellschaftliche Widersprüche und diesen unterliegende Kräfteverhältnisse keine Rolle zu spielen haben, sind *Joshua Cohen*, *Charles Sabel* und *Jonathan Zeitlin*. Vgl. etwa J. Cohen/C. Sabel, *Directly-Deliberative Polyarchy*, *ELJ* 3 (1997), S. 313, und J. Zeitlin, *Introduction: Governing Work and Welfare in a New Economy*, in: J. Zeitlin/D. Trubek (Fn. 123), S. 5. Kritisch hierzu etwa C. Offe, *The European Model of „Social“ Capitalism*, *Journal of Political Philosophy* 11 (2003), S. 437 (462 ff.).

130 Die normativ aufgeladenen Verzeichnungen des offenen Koordinierungsverfahrens drohen nüchternere Einsichten zu verstellen: Die europäische Beschäftigungspolitik ist gekennzeichnet durch eine Wende vom Paradigma der „Vollbeschäftigung“ hin zu dem der „Beschäftigungsfähigkeit“ (Erläuterung der paradigmatischen Differenz bei R. Salais, *Reforming the European Social Model and the Politics of Indicators*, in: M. Jepsen/A. Serrano (Hrsg.), *Unwrapping the European Social Model*, 2006, S. 189). Für diese Wende sind nicht zuletzt die Strukturen der europäischen Arbeits- und Sozialverfassung selbst ursächlich: Der Union stehen nahezu keine Instrumente für eine eigene Vollbeschäftigungspolitik zur Verfügung und eine europäische Koordination mitgliedstaatlicher Vollbeschäftigungspolitiken ist aufgrund politischer und polit-ökonomischer Differenzen ausgeschlossen. Als auf europäischer Ebene thematisierbarer Gegenstand verbleibt darum nur die individuelle Beschäftigungsfähigkeit. So etwa Offe (Fn. 129), S. 457 ff.; A. Somek, *Concordantia Catholica: Exploring the Context of European Anti-*

postregulatorischen Arbeitsverfassung der Union erscheint mithin im Grundsatz verfehlt.¹³¹

3. *Die EU-Arbeitsverfassung im europäischen Arbeitsverfassungsverbund*

Wie in der Einführung angekündigt, soll hier der für die Verfassung öffentlicher Gewalt entwickelte Begriff des Verfassungsverbunds auch für die Arbeitsverfassung fruchtbar gemacht werden. Die Analyse der EWG-Arbeitsverfassung hat ergeben, dass es die grundlegende Funktion der unionalen Ebene des europäischen Arbeitsverfassungsverbunds ist, den sozialen Integrationskompromiss unter den geänderten sozialen und ökonomischen Bedingungen einzulösen. Dabei besteht der soziale Integrationskompromiss darin, dass am Binnenmarkt kein Wettbewerb auf der Basis von Arbeitskosten stattfindet, dass die Arbeitsverfassungen der Mitgliedstaaten in der Festlegung der mitgliedstaatlichen Arbeitskosten autonom bleiben und dass die europäische Wirtschaftsintegration die gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse nicht parteilich zugunsten der Kapitaleseite verschiebt. Im Folgenden wird entfaltet, dass die EU-Arbeitsverfassung vor diesem Hintergrund heute dreierlei Leistungen erbringen kann: Erstens stützt sie rechtlich die Autonomie der mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen. Zweitens harmonisiert sie die mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte, wenn und soweit deren Differenz im Einzelfall zu arbeitskostenbezogenen Wettbewerbsverzerrungen führen. Drittens sorgt sie schließlich dafür, dass die Reichweite der sozialen Rechte der Beschäftigten im innereuropäischen Zusammenhang nicht hinter dem Aktionsradius der Unternehmen zurück bleibt. In arbeitsverfassungsrechtlichen Begriffen ausgedrückt unterstützt die EU-Arbeitsverfassung die effektive Entfaltung der Kompetenzen der Mitgliedstaaten im arbeitsverfassungsrechtlichen Bereich (a), sie verfügt selbst über legislative Kompetenzen zu marktfunktionaler Harmonisierung (b), und sie garantiert die transnationale Dimension der arbeitsverfassungsrechtlichen Rechte der Beschäftigten (c).

a) *Schutz der Autonomie mitgliedstaatlicher Arbeitsverfassung*

Der soziale Integrationskompromiss verlangt, dass die den Mitgliedstaaten mit guten Gründen überlassenen Kompetenzen effektiv ausgeübt werden können.

Discrimination Law and Policy, Transnational Law and Contemporary Problems 15 (2005), S. 959 (982 ff.).

131 Ausgespart sei an dieser Stelle die Problematik, dass mit den Ideen „post-regulatorischer“ Politik eine problematische Entrechtlichung einhergeht (dazu C. Joerges, Integration durch Entrechtlichung?, ZERP-Diskussionspapier 1 (2007), unter <<http://www.zerp.eu>>), die diametral zu den theoretischen Bemühungen um eine verfassungsförmige Bindung von Politik auch jenseits des Staates steht.

Das bedeutet vor allem anderen, dass die auf arbeitsverfassungsrechtlicher Grundlage generierten Normen der Mitgliedstaaten keine neuen Grenzen zu gewärtigen haben sollen, die vor Eintritt in das Projekt europäischer Integration nicht bestanden. Erforderlich ist demnach ein effektiver Schutz der Autonomie mitgliedstaatlicher Arbeitsverfassungen. Dieser Schutz mitgliedstaatlicher Autonomie ist dabei in zwei Richtungen erforderlich: in horizontaler Richtung im Verhältnis zu den anderen Mitgliedstaaten und in vertikaler Richtung im Verhältnis zur Union.

aa) Horizontale Schutzrichtung: Arbeitskollisionsrecht und Grundfreiheiten

Die Öffnung der innereuropäischen Grenzen für Waren (Art. 28 EG, Art. 34 AEUV), Personen (Art. 39, 49 EG, Art. 45, 56) und Kapital (Art. 43, 56 EG, Art. 49, 63 AEUV) über die Grundfreiheiten zieht die Frage nach dem transnationalen Anwendungsbereich mitgliedstaatlichen Arbeitsrechts und damit nach der horizontalen Reichweite der mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassung nach sich. Bildlich gesprochen geht es darum, ob und inwieweit Waren, Personen oder Kapital das Recht der Arbeitsbeziehungen in Wahrnehmung der einschlägigen Grundfreiheit aus dem einen Mitgliedstaat in den anderen Mitgliedstaat hineinbringen können. Über die Grundfreiheiten wurde also letztlich ein Konflikt eröffnet über die jeweilige horizontale Reichweite der mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen im Verhältnis zueinander.¹³² Es ist die Funktion der EU-Ebene im Arbeitsverfassungsverbund, diesen horizontalen Konflikt durch ein übergeordnetes Kollisionsrecht in einer Weise zu regulieren, die dem sozialen Integrationskompromiss der Union gerecht wird.

Diese Funktion wird von der europäischen Ebene in der Tat erfüllt, zum einen mithilfe des Rechts der Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeschränkungen, zum anderen mithilfe des europäischen internationalen Arbeitsvertragsrechts. Dabei gibt der Integrationskompromiss auch den wesentlichen Inhalt des europäischen Arbeitskollisionsrechts vor: Zur Meidung von Arbeitskostenkonkurrenz muss stets das Recht am Ort der Arbeitsleistung maßgeblich sein, sodass am gleichen Ort gleicher Lohn für gleiche Arbeit gezahlt wird. Art. 8 der neuen Rom I-Verordnung¹³³ (entspricht insoweit dem bisherigen Art. 6 EVÜ¹³⁴) setzt diesen Grundsatz technisch in Gestalt des so genannten Günstigkeitsprinzips um, das dem Beschäftigten das Niveau der Arbeitsbedingungen am gewöhnlichen Arbeitsort garantiert, aber diesem günstigere Arbeitsbedingungen eines

132 Dazu F. Rödl, Weltbürgerliches Kollisionsrecht, Ms., Diss. 2008 EUI Florenz, S. 225 ff.

133 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177, S. 6.

134 Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ) von 1980 wurde in Form eines völkerrechtlichen Vertrags zwischen den Mitgliedstaaten geschlossen und ist ohne förmlichen Halt in den Verträgen: ABl. 1980 L 226, S. 1.

von den Parteien gewählten Rechts gelten lässt.

Für diejenigen nationalen arbeitsrechtlichen Normen, die nicht zum Arbeitsvertragsstatut zählen, darunter auch die „Eingriffsnormen“ (vgl. Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO), aber auch die Normen des kollektiven und öffentlich-rechtlichen Arbeitsrechts, ist es das Recht der Grundfreiheiten, welches das autonomie-schützende Kollisionsrecht für die Lösung der horizontalen Konflikte liefert. Zwar wurde vertreten, dass die Geltung nationalen Arbeitsrechts von vorne herein aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgeschlossen sei,¹³⁵ und dieser Vorschlag steht eigentlich ganz im Einklang mit der hier entfalteten Idee eines Schutzes mitgliedstaatlicher Autonomie im Bereich der Arbeitsverfassung. Der EuGH hat sich jedoch anders entschieden, und auch die Normen nationalen Arbeitsrechts einer Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten unterworfen. Damit ist aber der hier vertretenen Auffassung an sich keine Absage erteilt. Vielmehr dient die Prüfung richtig begriffen letztlich nur einer Kontrolle von etwaigem Missbrauchs des mitgliedstaatlichen Arbeitsrechts zu protektionistischen Zwecken. Darum wird das nationale Arbeitsrecht zwar einer Prüfung anhand der Grundfreiheiten unterstellt, doch da der Schutz der Arbeitnehmer, die Grundfunktion jeden Arbeitsrechts, ein Ziel ist, das die Beschränkung der einschlägigen Grundfreiheit tragen kann,¹³⁶ sichert die weitere Prüfung der Eignung und der Erforderlichkeit lediglich ab, dass der Schutzzweck nicht vorgeschoben ist. Dieser Test läuft auf eine bloße Missbrauchskontrolle hinaus. Nur aufgrund von Besonderheiten in Einzelfällen¹³⁷ käme es zu weiter reichenden Korrekturen des nationalen Rechts.

Ein wichtiges Anschauungsbeispiel liefert in diesem Zusammenhang die Arbeitnehmerentsendung. Im Falle der vorübergehenden Entsendung von Arbeitnehmern liegt der für das anwendbare Vertragsrecht nach Art. 8 Rom I-VO maßgebliche gewöhnliche Arbeitsort nicht im Aufnahmestaat, sondern im Herkunftsstaat (Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO), sodass die Arbeitnehmerentsendung die Möglichkeit zu einem reinen Lohnkostenwettbewerb eröffnet. Dem traten betroffene Mitgliedstaaten schon im Anschluss an die Zweite Süderweiterung der Union um Portugal und Spanien im Jahr 1986 mit nationalen Entsendegesetzen entgegen und erklärten ihre arbeitsrechtlichen Normen auch für Entsendearbeitsverhältnisse für international zwingend. Der Gerichtshof erklärte solche Gesetze, beginnend mit der Entscheidung *Rush Portuguesa* im Grundsatz für

135 B. Hepple, Labour Laws and Global Trade, 2005, S. 214 f.; S. Deakin, Labour Law as Market Regulation, in: Davies u.a. (Fn. 94), S. 63 (73).

136 EuGH, Rs. 279/80, Webb, Slg. 1981, 3305, Rn. 19, seitdem ständige Rechtsprechung (siehe Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf (Fn. 32), vor Art. 39-55 EG, Rn. 161).

137 Es betrifft vor allem Fälle von Doppelbelastungen der Unternehmen, die wohlgermerkt auch nicht auf den sozialen Integrationskompromiss gestützt werden könnten, etwa EuGH, verb. Rs. C-369/96 und C-376/96, Arblade, Slg. 1999, I-8498, Rn. 34, sowie EuGH, Rs. C-165/98, Mazzoleni, Slg. 2001, I-2213, Rn. 25.

vereinbar mit dem Recht der Dienstleistungsfreiheit.¹³⁸

Zumindest für eine gewisse Periode des rechtlichen Integrationsprozesses geriet die Autonomie nationaler Arbeitsverfassung durch Instrumentalisierungen der Grundfreiheiten insbesondere gegen öffentlich-rechtliche arbeitsrechtliche Normen unter Druck. Referenzfälle bilden im Bereich der Warenverkehrsfreiheit die Entscheidung *Nachtbackverbot*¹³⁹ zum deutschen Nachtarbeitsverbot in Bäckereien und Konditoreien und *Conforama*¹⁴⁰ zum arbeitsrechtlichen Verbot der Sonntagsbeschäftigung nach französischem Recht. In beiden Fällen sah der EuGH allerdings die Arbeitszeitregelungen als gerechtfertigt an.¹⁴¹ Gleichfalls ohne Erfolg blieb ein Vorstoß, selbst die Arbeitnehmerfreizügigkeit zur Begrenzung mitgliedstaatlicher Autonomie zu mobilisieren.¹⁴² Im Fall *Graf*¹⁴³ war eine österreichische Regelung zum Verlust des Abfindungsanspruchs des Beschäftigten im Falle einer Eigenkündigung zu beurteilen. Dieser Verlust erst macht die Abfindung zu einem Instrument des Schutzes der Arbeitnehmer vor Kündigung. Ihn für europarechtswidrig zu erklären, hätte diesen Sinn aufgehoben, die Abfindung wäre in eine allgemeine (und als solche völlig sinnlose) Beendigungsprämie transformiert worden. Der EuGH hielt diese Regelung, obgleich auch sie durchaus nach den Grundfreiheiten zu prüfen war, aber nicht einmal für geeignet, die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu beschränken, sodass eine Rechtfertigungsprüfung entfallen konnte.

Obgleich also das nationale Arbeitsrecht dem Prüfungsprogramm des Rechts der Grundfreiheiten unterstellt wurde, ist es in den einzelnen Prüfungen weitgehend intakt geblieben. Bis hierhin war darum auch die Deutung der Funktion dieser Prüfung als bloße Missbrauchskontrolle gegenüber verschleiertem Protektionismus plausibel. Einen klaren Bruch mit dieser Lage markiert die Entschei-

138 EuGH, Rs. C-113/89, *Rush Portuguesa*, Slg. 1990, I-1417, Rn. 18; bestätigt u.a. in EuGH, Rs. C-164/99, *Portugaia Construções*, Slg. 2002, I-787, Rn. 21.

139 EuGH, Rs. 155/80, *Oebel*, Slg. 1981, I-1993.

140 EuGH, Rs. C-312/89, *Conforma*, Slg. 1991, I-1021; ebenso EuGH, Rs. C-332/89, *Merchandise*, Slg. 1991, I-1027, für ein vergleichbares Verbot nach belgischem Recht.

141 Dabei stellte der Gerichtshof nicht auf den „Schutz der Arbeitnehmer“, sondern in eher kompetenzbezogenem Vokabular darauf ab, dass es – ausgesprochen zu einem Zeitpunkt vor Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht samt Sozialabkommen – Sache der Mitgliedstaaten sei, die Verteilung der Arbeitszeiten und arbeitsfreie Zeiten zu regeln. Gleichfalls unter dem Gesichtspunkt der Warenverkehrsfreiheit ging es im Fall EuGH, Rs. 188/84, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1986, 419, um technische Arbeitsschutzbestimmungen als Importhindernis.

142 S. Roloff, *Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit) und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht*, 2003, insb. S. 149 ff.

143 EuGH, Rs. C-190/98, *Graf*, Slg. 2000, I-493. Aus der Perspektive der Dogmatik des Rechts der Grundfreiheiten zu Recht kritisch T. Kingreen, in diesem Band, S. ***. [S. 661 der dt. Erstauflage]

derung *Viking*.¹⁴⁴ Der Gerichtshof hatte zu beurteilen, ob Kampfmaßnahmen einer finnischen Gewerkschaft und damit verbundene Koordinierungsmaßnahmen eines internationalen gewerkschaftlichen Dachverbands gegen die zur Arbeitskostensenkung anvisierte Ausflagung eines Fährschiffs von Finnland nach Estland gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. Nachdem der Gerichtshof in seiner Antwort zunächst vollmundig das Streikrecht als europäisches Grundrecht anerkannte¹⁴⁵, stellte er das Streikrecht anschließend mithilfe einer scheinbar vollständigen Entgrenzung der horizontalen Wirkung der Grundfreiheiten¹⁴⁶, unter den Vorbehalt seiner mit Blick auf damit verbundene Grundfreiheitsbeschränkungen verhältnismäßigen Ausübung. Ein solcher Vorbehalt ist nicht nur in vielen mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen an sich unbekannt.¹⁴⁷ Auch dort, wo der Vorbehalt an sich bereits besteht¹⁴⁸, erhält die Position Unternehmerseite durch die Grundfreiheit zusätzliches Gewicht. Auf diese Weise werden die in den mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen bereits einmal austarierten Kräfteverhältnisse unmittelbar zugunsten der Unternehmen verschoben. Deutlicher lässt sich der Sinn der europäischen Arbeitsverfassung nicht verfehlen.

bb) Vertikale Schutzrichtung: Wettbewerbs- und Binnenmarktrecht

Die mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen, insbesondere die effektive Ausübung mitgliedstaatlicher Kompetenzen, bedarf nicht nur des Schutzes in horizontaler Richtung, sondern auch in vertikaler Richtung gegenüber dem materiellen Sekundärrecht der EU, einschließlich des europäischen Wettbewerbsrechts.¹⁴⁹

Das systematische Grundproblem resultiert in diesem Zusammenhang aus der Figur des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts. Zwar ist der Vorrang der höheren Rechtsebene aus dem Verfassungsrecht des deutschen Bundesstaates gut bekannt.¹⁵⁰ Doch seine umstandslose Übertragung auf das Verhältnis

144 EuGH, Rs. C-438/05 (Fn. 86).

145 Die Entscheidung enthält noch weitere problematische Verkürzungen des Grundrechts auf Streik. Dazu C. Joerges/F. Rödl, Das soziale Defizit des europäischen Integrationsprojektes, KJ 2008, S. 149.

146 Hierzu T. Kingreen, in diesem Band, S. ***.

147 Zum Beispiel in Großbritannien: N. Countouris, La Corte di giustizia e il vaso di Pandora del diritto sindacale europeo, in: A. Vimercati (Hg.), Il conflitto sbilanciato, im Erscheinen.

148 Zum Beispiel in Deutschland: Bundesarbeitsgericht (Großer Senat), Urt. v. 21. 4. 1971, in: AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

149 Zum Status des europäischen Wettbewerbsrechts als materielles Sekundärrecht: J. Bast, Einheit und Differenzierung der Europäischen Verfassung, in: Y. Becker u.a. (Hrsg.), Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa, 2005, S. 34 (44 f.).

150 Vgl. Art. 31 GG: „Bundesrecht bricht Landesrecht“ – vom Bundesverfassungsgericht als Grundsatznorm des Grundgesetzes bezeichnet, BVerfGE 36, 342 (365 f.).

zwischen Mitgliedstaat und Union, wobei letztere auf der Basis begrenzter und begründet ausgewählter Kompetenzen agiert (Art. 5 EG), ist prekär. Viele primär- und sekundärrechtliche Vorschriften der Union reichen in gesellschaftliche Felder hinein, in denen sie nach den Kompetenzvorschriften nicht zuständig ist. Eine schlichte Durchsetzung des Vorrangs bedeutet in diesen Konstellationen¹⁵¹ eine Ausweitung der gesellschaftlichen Funktionslogiken, die dem Unionsrecht und den unionalen Kompetenzen unterliegen (Wettbewerb und Binnenmarkt) zu Lasten derjenigen Funktionslogiken, die nach den Kompetenzvorschriften weiter in erster Linie unter mitgliedstaatlicher Gestaltungshoheit stehen sollen.

Diese allgemeine Problematik hat sich natürlich auch und gerade im Bereich der Arbeitsverfassung gezeigt. Aus dem Primärrecht waren es namentlich die europäischen Wettbewerbsvorschriften, deren Reichweite im Verhältnis zur mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassung zu bestimmen war. So stellte der Gerichtshof etwa fest, dass Ausnahmeregelungen innerhalb des nationalen Arbeitsrechts keine nach Art. 88 Abs. 3 EG bzw. Art. 108 AEUV anzeigepflichtige staatliche Beihilfen darstellen.¹⁵² Den zentralen Konfliktfall zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und mitgliedstaatlicher Arbeitsverfassung bildet jedoch der Fall *Albany*.¹⁵³ Die Auseinandersetzung betraf die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft in einem tariflich errichteten Betriebsrentenfonds. In diesem Zusammenhang hatte der EuGH auch die Frage zu beantworten, ob bereits der zugrunde liegende Tarifvertrag gegen Art. 81 EG bzw. Art. 101 AEUV verstieß. Dies wurde vom Gerichtshof auf grundlegender Stufe verneint: Tarifverträge, die den sozialpolitischen Zielen des EG-Vertrages dienen, fallen von vorne herein nicht unter das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen.¹⁵⁴ Gleiches gilt von Allgemeinverbindlicherklärungen.¹⁵⁵

Vom Ergebnis her konnte die *Albany*-Entscheidung nicht anders lauten. Es wäre undenkbar gewesen, nationale Tarifverträge zu Abreden im Sinne des Art. 81 EG zu erklären, die nur noch Bestand hätten haben können, wenn sie sich ausnahmsweise einmal nicht auf den Gemeinsamen Markt ausgewirkt hätten. Es hätte eine offene Aufkündigung des sozialen Integrationskompromisses bedeu-

151 *Christian Joerges* hat für diese den Begriff der „diagonalen Konflikte“ geprägt, erstmals ders., *Challenges of European Integration to Private Law*, in: *Collected Courses of the Academy of European Law VII-1*, 1996, S. 182 (311); vgl. auch Ch. Schmid, *Vertical and Diagonal Conflicts in the Europeanisation Process*, in: C. Joerges and O. Gerstenberg (eds.), *Private governance, democratic constitutionalism and supranationalism*, 1998, 185-191.

152 EuGH, Rs. C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Slg. 1993, I-6185, zur Ausnahme von Kleinstunternehmen vom deutschen allgemeinen Kündigungsschutz, und EuGH, verb. Rs. C-72/91 und C-73/91, *Slovan Neptun*, Slg. 1993, I-887, zu den Kollisionsregeln des deutschen Flaggenrechtsgesetzes.

153 EuGH, Rs. C-67/96, *Albany*, Slg. 1999, I-5751.

154 Ebd., Rn. 60.

155 Ebd., Rn. 66.

tet, die das europäische Integrationsprojekt politisch gesprengt hätte, wenn der Gerichtshof mit dem Tarifvertrag die Grundfeste jeder nationaler Arbeitsverfassung eingerissen hätte. Dogmatisch leitete der Gerichtshof seine Lösung allerdings allein auf Grundlage des Textes des Unionsrechts ab und griff dabei methodisch recht freihändig auf die Leitnormen in Art. 2, Art. 3 lit. j und Art. 136 EG, sowie die Kompetenz- bzw. Aufgabennormen in Art. 137 und Art. 138 EG (damals noch in Gestalt der Vorschriften des Maastrichter Sozialabkommens) zurück.¹⁵⁶

Umstrittener als der aus *Albany* abzuleitende Vorrang mitgliedstaatlichen Tarifrechts vor europäischem Wettbewerbsrecht sind die Lösungen von Konflikten mitgliedstaatlicher Arbeitsverfassung mit europäischem Sekundärrecht insbesondere in Gestalt von Richtlinien. Einen höchst zugespitzten Konflikt dieser Art stellt der Fall *Laval*¹⁵⁷ dar, in dem ein lettisches Unternehmen von schwedischen Gewerkschaften Ersatz für Schäden als Folge von Arbeitsk Kampfmaßnahmen verlangt. Ausschlaggebend für den Ausgang des Verfahrens war nicht zuletzt die Frage, welchen Regelungsgehalt die europäische Entsende-Richtlinie¹⁵⁸ entfaltet. Die Richtlinie war auf Grundlage von Art. 55 und 47 Abs. 2 EG (Art. 62 und 53 Abs. 1 AEUV) ergangen, also auf Grundlage der Kompetenz zur Koordinierung der mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen. Die Richtlinie statuierte unter Bezug auf die oben referierte Rechtsprechung beginnend mit *Rush Portuguesa* eine Pflicht der Mitgliedstaaten gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen generell und allgemeinverbindliche Tarifverträge der Baubranche auf Entsendearbeitsverhältnisse auszudehnen, soweit sie einen Kernbereich von Arbeitsbedingungen betreffen (vgl. Art. 3 Entsende-Richtlinie). In *Laval* transformierte der Gerichtshof die Entsende-Richtlinie überraschend in eine Streikrechtsbegrenzungs-Richtlinie. Er sah in ihr eine Vollharmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts grenzüberschreitender Arbeitskämpfe gegenüber fremden Dienstleistern, die den Gewerkschaften nur unter äußerst restriktiven Bedingungen Möglichkeiten zum Arbeitskampf belässt.

Die Entscheidung *Laval* stellt mithin einen eklatanten Bruch mit dem Grundsatz des Schutzes mitgliedstaatlicher Arbeitsverfassung vor europäischem Recht dar, das funktional anderen Zielen und Grundlagen verpflichtet ist. Der politisch-legitimatorische Schaden der Entscheidung ist heute noch nicht abzusehen.¹⁵⁹ Jedenfalls aber erscheint es als ein dringendes Desiderat europäischen

156 An dieser Stelle sei die Vermutung notiert, dass die Entscheidung *Albany* die Auffassung befördert hat, die soziale Dimension Europas ließe sich relevant mithilfe von sozialen Wert-, Ziel- und Aufgabenvorschriften stärken.

157 EuGH, Rs. C-341/05 (Fn. 78).

158 Siehe Nachweis in Fn. 78.

159 Als geradezu mutwillige Verschärfung der Situation erscheint die nachfolgende Entscheidung EuGH, Rs. C-346/06, Ruffert, Slg. 2008, I-0000, zur Unzulässigkeit von Tarifreuege-

Verfassungsrechts, der Kompetenzabgrenzung das Primat vor dem technischen Anwendungsvorrang europäischen Rechts einzuräumen, das ihr gerade auch mit Blick auf den sozialen Integrationskompromiss gebührt.¹⁶⁰

b) Legislative Kompetenzen für marktfunktionale Harmonisierung

Nach der EWG-Arbeitsverfassung sollte materielles europäisches Arbeitsrecht nichts anderes als marktfunktionales Arbeitsrecht sein.¹⁶¹ Wie unter Darlegung der historischen Entwicklung und ihrer polit-ökonomischen Grundlagen gezeigt wurde, kann es auch heute kaum anders sein. Marktfunktionales Arbeitsrecht auf der Basis entsprechender Kompetenzen ist darum als zweite Leistung der EU-Ebene im europäischen Arbeitsverfassungsverbund festzuhalten. Innerhalb dieses Bereiches lassen sich wiederum vier Gruppen einteilen. Die erste Gruppe bilden die arbeitsrechtlichen Teile des europäischen Antidiskriminierungsrechts, die zweite bilden europäische Harmonisierungen arbeitsrechtlicher Normen, die für die Funktionsweise spezifischer Märkte erforderlich sind. Arbeitsschutznormen stehen für die dritte Gruppe, und die vierte besteht aus Normen im Bereich der Arbeitnehmermitbestimmung, die einen notwendigen Annex zum europäischen Unternehmensrecht bilden.

aa) Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz

Den relativ größten Teil des materiellen europäischen Arbeitsrechts liefert das Anti-Diskriminierungsrecht. Die Marktfunktionalität von arbeitsrechtlichem Anti-Diskriminierungsrecht wurde bereits erläutert, soweit es die Entgelt-diskriminierung betrifft: Diskriminierung bedeutet Unterbewertung von Arbeit und liefert damit die Grundlage für einen rein arbeitskostenbasierten, also unfairen Wettbewerbsvorteil. Dieser Gesichtspunkt trägt mithin sämtliche europäische Anti-Diskriminierungsvorschriften,¹⁶² soweit sie das Entgelt, die Kosten sozialer Sicherheit und andere kostenrelevante Arbeitsbedingungen betref-

setzen. Zur Kritik F. Rödl, The ECJ's Rüffert-Judgement: A Case for "Undistorted" Wage Competition, unter <<http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hela/workingpaper.html>>.

160 Hilfreich wäre in diesem Zusammenhang auch die Rückbesinnung auf die einst behutsamer vorgenommene Justierung der Sperrwirkung von Richtlinienrecht durch den EuGH, vgl. A. Furrer, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen, 1994, S. 90 ff.

161 Siehe oben, II. 1.

162 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2006 L 204, S. 23 (Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen); Richtlinie 2000/78/EG des Rates, ABl. 2000 L 303, S. 16 (Rahmen für die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf); Richtlinie 2000/43/EG des Rates, ABl. 2000 L 180, S. 22 (Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft).

fen. Gleiches gilt von den Richtlinien zur Teilzeitarbeit und zu befristeten Arbeitsverhältnissen, die ebenfalls eine Unterbewertung der in atypischen Arbeitsverhältnissen erbrachten Arbeitsleistung verhindern sollen. Gegenüber der ursprünglichen EWG-Arbeitsverfassung ist insoweit lediglich der Kreis der verbotenen Diskriminierungsmerkmale erweitert worden.

Unbeschadet dieser Kategorisierung des Anti-Diskriminierungsrechts als marktfunktionales Recht ist allerdings zu gewärtigen, dass das europäische Anti-Diskriminierungsrecht eine weitere auch arbeitsverfassungsrechtlich relevante Funktion erfüllt. Verdichtet gesprochen handelt es sich um ein Instrument gegen eine mitgliedstaatliche und dort oftmals korporatistisch abgesicherte Dominanzkultur,¹⁶³ die namentlich durch den sozio-kulturellen Vorrang des Nationalen, Weißen und Männlichen gekennzeichnet ist. In dieser Funktion wirkt das Anti-Diskriminierungsrecht, das nur wenige Mitgliedstaaten aus eigener Kraft hätten hervorbringen können, auch zugunsten der Seite der Beschäftigten, indem es nämlich einer Spaltung der Belegschaften entlang der Dominanzkriterien entgegen arbeitet.¹⁶⁴

bb) Harmonisierungen für Maschinen, Produktionsstoffe und Anlagen-Märkte

Es gibt besondere Märkte, für die arbeitsrechtliche Normen auf andere Weise eine Rahmenbedingung darstellen als im Fall der gewöhnlichen Märkte für Waren und Dienstleistungen. Die wichtigsten Beispiele sind die Märkte für Maschinen und Produktionsstoffe einerseits und für produktive Kapitalanlagen andererseits, das heißt ganze Unternehmen, Betriebsstätten oder abtrennbare Teile davon. Für Betriebsanlagen, Maschinen und Produktionsstoffe relevant sind die Vorschriften des technischen Arbeitsschutzes. Die Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften ist zunächst wesentliche Voraussetzung ihrer Marktfähigkeit. Für diese Güter, Maschinen und Produktionsstoffe, ermöglicht darum erst eine europäische Harmonisierung des technischen Arbeitsschutzes echte europäische Märkte.¹⁶⁵ Darum ist das Feld des technischen Arbeitsschutzes auf europäischer Ebene entstanden¹⁶⁶ und wird bis heute stetig ausgebaut.¹⁶⁷

163 Zum Begriff: B. Rommelspacher, Dominanzkultur, 1998.

164 Diesen Aspekt übersieht auch die im Übrigen eindrucksvolle Kritik der europäischen Anti-Diskriminierungspolitik als neoliberal kompatiblen Ersatz für echte Sozialpolitiken von Somek (Fn. 130).

165 Streeck (Fn. 111), S. 383; F. Scharpf, Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch, Europäische Integration, 2003, S. 219 (230).

166 Wegweisend die nach Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte verabschiedeten Richtlinien 89/391/EWG des Rates, ABl. 1989 L 183, S. 1 (Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit) und 89/392/EWG des Rates, ABl. 1989 L 183, S. 9 (Angleichung der Rechtsvorschriften für Maschinen).

Im Fall der Märkte für produktive Kapitalanlagen spielen diejenigen arbeitsrechtlichen Vorschriften eine Rolle, die im Zusammenhang mit unternehmerischen Umstrukturierungen wie etwa Betriebsänderungen oder Betriebsveräußerungen stehen. Diese Vorschriften fungieren nämlich als Transaktionskosten solcher Umstrukturierungen. Divergieren der soziale Schutz der Beschäftigten und mithin die Transaktionskosten von Mitgliedsstaat zu Mitgliedstaat zu sehr, überlagern die Differenzen diejenigen ökonomischen Gesichtspunkte, die unternehmerisch eigentlich den Ausschlag geben sollten. Dies ist der Hintergrund für die europäischen Vorgaben im Recht des Betriebsübergangs, des Massenentlassungsschutzes und des Insolvenzschutzes.¹⁶⁸

cc) *Harmonisierung des übrigen technischen und des sozialen Arbeitsschutzes*

Die Bereiche des technischen Arbeitsschutzes, die nicht auf ihre funktionale Relevanz besondere Märkte für Produktstoffe, Anlagen und Maschinen zurückzuführen sind, lassen sich ebenfalls marktfunktional deuten. Sie verhindern Wettbewerbsvorteile auf Grundlage niedriger Arbeitsschutzstandards.¹⁶⁹ Anders als im Fall arbeitsvertraglicher Bedingungen lassen sich Arbeitsschutzstandards, in denen es nicht um die Kosten der Arbeitsleistung, sondern um Sicherheit und Gesundheit geht, europäisch einheitlich festlegen. Denn es geht insoweit nicht um den produktivitätsabhängigen Preis der Arbeitsleistung, sondern um den Preis von Produktions- und Dienstleistungsbedingungen. Weiterhin wird man den umfangreichen technischen Arbeitsschutz auf europäischer Ebene als Fall eines echten Überschusses (*spill-over*) europäischer Regulierung ansehen können, insofern eine funktionale Aufteilung der Kompetenzen praktische Schwierigkeiten bringen würde.

Zum Bereich des sozialen Arbeitsschutzes zählen vor allem die europäischen Richtlinien zu Arbeitszeit, Mutter- und Jugendschutz.¹⁷⁰ Die individuelle vertragliche Arbeitszeit der Beschäftigten ist zwar zunächst einmal eine Teilgröße zur Bestimmung der Arbeitskosten. Insofern erschiene eine europäische Rege-

167 Siehe die enzyklopädischen Darstellungen von W. Kothe u.a., in: Oetker/Preis (Fn. 74), B 6100–6400.

168 Richtlinie 2001/23/EG des Rates, ABl. 2001 L 82, S. 16 (Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang); Richtlinie 98/59/EG des Rates, ABl. 1998 L 225, S. 16 (Angleichung der Rechtsvorschriften über Massenentlassung); Richtlinie 80/987/EWG des Rates, ABl. 1980 L 283, S. 23 (Schutz der Arbeitnehmer bei Insolvenz des Arbeitgebers).

169 Krimphove (Fn. 59), Rn. 517.

170 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2003 L 299, S. 9 (Arbeitszeitgestaltung); Richtlinie 92/85/EWG des Rates, ABl. 1992 L 348, S. 1 (Mutterschutz); Richtlinie 94/33/EG des Rates, ABl. 1994 L 216, S. 12 (Jugendarbeitsschutz).

lung der regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeiten auf den ersten Blick ähnlich unplausibel wie eine europäische Regelung des Arbeitsentgeltes insgesamt. Anders steht es jedenfalls mit Höchstarbeitszeiten, sowie mit besonderen Arbeitszeitregelungen für Mütter und Jugendliche, denn exzessive Arbeitszeiten gefährden sowohl die Gesundheit der betroffenen Beschäftigten und in vielen Fällen auch die Sicherheit Dritter. Aber auch größere Differenzen der mitgliedstaatlichen regelmäßigen Arbeitszeiten führen zu Wettbewerbsverzerrungen, auch wenn eigentlich der für die geleistete kürzere oder längere Arbeitszeit gezahlte Lohn entscheidend ist.¹⁷¹ Denn die Lohnfindung orientiert sich zumindest auch an den legitimen Ansprüchen und Bedürfnissen eines Vollzeitbeschäftigten in gewisser Unabhängigkeit davon, wie viele Arbeitsstunden eine Vollzeitbeschäftigung ausmacht. Eine nationale Kultur exzessiv langer Vollzeitarbeitszeiten beinhaltet darum einen unfairen Wettbewerbsvorteil, der wie im Fall der Diskriminierung letztlich auf unterbewerteter Arbeit beruht.¹⁷²

dd) Arbeitsrechtlicher Annex europäischen Gesellschaftsrechts

Das vierte Feld bildet die unternehmerische Mitbestimmung als kollektiv-arbeitsrechtlicher Annex des europäischen Gesellschaftsrechts. Ohne eine europäische Regelung der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer wäre eine Gesetzgebung zu originär europäischen Unternehmensformstatuten, namentlich in Gestalt der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE), politisch nicht möglich gewesen.¹⁷³ Es ist allerdings bezeichnend, dass sich der europäische Gesetzgeber bei diesen Regelungen nicht auf echte materielle Vorgaben verständigen konnte. Hiergegen stand erneut die Disparität der tradierten arbeitsverfassungsrechtlichen Regelungsbestände der Mitgliedstaaten gerade im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung. Vor diesem Hintergrund durchaus findig wurde die Idee einer „verhandelten Mitbes-

171 Dies macht auch die im Ohlin-Bericht empfohlene Aufnahme des Art. 120 in den EWG-Vertrag (heute Art. 142 EG, Art. 158 AEUV) verständlich, demzufolge die Mitgliedstaaten bestrebt seien, die Gleichwertigkeit der Ordnungen über die bezahlte Freizeit beizubehalten.

172 Allerdings ist der marktfunktionale Zusammenhang von allgemeinen und besonderen Höchstarbeitszeiten weniger zwingend als in den zuvor erörterten Fällen. Insofern ist es bezeichnend, dass die Richtlinien zur Arbeitszeitgestaltung (ursprünglich als Richtlinie 93/104/EG des Rates, ABl. 1993 L 307, S. 18), zum Mutterschutz und zum Jugendarbeitsschutz sämtlich in der einmaligen dynamischen Phase im Anschluss an die Verabschiedung der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte und im zeitlichen Umfeld des Vertrages von Maastricht (dazu oben 1. c)) verabschiedet wurden.

173 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates, ABl. 2001 L 294, S. 1 (Europäische Gesellschaft SE) mit Richtlinie 2001/86/EG des Rates, ABl. 2001 L 294, S. 22 (Beteiligung der Arbeitnehmer SE); Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates, ABl. 2003 L 207, S. 1 (Europäische Genossenschaft SCE) mit Richtlinie 2003/72/EG des Rates, ABl. 2003 L 207, S. 25 (Beteiligung der Arbeitnehmer SCE).

timung“ entwickelt.¹⁷⁴ Verhandelte Mitbestimmung ist dadurch gekennzeichnet, dass das Recht selbst keine materiellen Mitbestimmungsregeln enthält, sondern sich beschränkt auf Vorgaben zum Verhandlungsverfahren und zum Mindestinhalt, und zur Konstitution von Verhandlungsmacht der Arbeitnehmer eine Auffangregelung und, für Fälle von Umwandlungen und Verschmelzungen, Verschlechterungsverbote festlegt.

Dies sind also die vier Gruppen, in die sich das marktfunktionale materielle Arbeitsrecht einteilen lässt, das im europäischen Arbeitsverfassungsverbund die EU-Ebene zu liefern hat. Wie eben vorgeführt ist es gerade diese Konzeption und nicht die einer sozialen Union mit integrierter Arbeitsverfassung „im Werden“, welche die Existenz und den Gehalt fast sämtlicher arbeitsrechtlicher Gesetzgebung der EU verständlich macht. Die positive Bestätigung jener Vorstellung, die bereits für den Verweis in Art. 117 EWG-Vertrag auf die marktfunktionale Rechtsharmonisierung nach Art. 100 EWG-Vertrag tragend war, hat mithin einen guten Sinn in der Rekonstruktion der Funktionen der EU-Ebene im europäischen Arbeitsverfassungsverbund.

c) *Transnationalisierung arbeitsverfassungsrechtlicher Rechte*

Die normativen Effekte der Rechte der europäischen Grundrechte-Charta dürfen nicht überschätzt werden.¹⁷⁵ Für die gesellschaftliche Sphäre abhängiger Arbeit bleiben darum die auf mitgliedstaatlicher Ebene eröffneten arbeitsverfassungsrechtlichen Rechte maßgeblich. Doch diese Rechte sind eben für den nationalen Kontext entworfen. Sie konstituieren ein System nationaler Arbeitsbeziehungen und sind nicht ausgelegt, als Rahmen für grenzüberschreitende Arbeitsbeziehungen zu dienen.

Nun hat die europäische Marktintegration die grenzüberschreitende unternehmerische Orientierung gewissermaßen zum Programm gemacht. Wenn nun das europäische Recht im Einklang mit dem sozialen Integrationskompromiss mit Blick auf die gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse nicht unmittelbar parteiisch auftreten will, muss es einen Ausgleich für die Europäisierung des unternehmerischen Bewegungsradius schaffen.¹⁷⁶ Da dieser Ausgleich gerade nicht in einem einheitlichen System europäischer Arbeitsbeziehungen liegen kann,

174 T. Blanke, Dynamik und Konturen des europäischen Sozialmodells, NZA 2006, S. 1304 (1306).

175 Siehe oben III. 2. Die europäischen Gewerkschaften scheinen diese Einsicht inzwischen zu teilen und setzen sich darum seit Neuestem für ein neues vertragsergänzendes Sozialprotokoll ein, in dem unter anderem der Vorrang der sozialen Rechte vor den Grundfreiheiten festgeschrieben werden soll. Selbst die mittelfristigen Aussichten dieses Vorhabens erscheinen jedoch – vorsichtig formuliert – recht ungewiss.

176 In dieser Zuspitzung auch F. W. Wedderburn, European Community Law and Workers' Rights After 1992, in: ders., Labour Law and Freedom, 1995, S. 247 (249).

bleibt nur die Alternative, in die mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen eine transnationale Dimension innerhalb europäischer Grenzen einzutragen. Die Transnationalisierung zielt dabei vor allem auf die grundlegenden Rechte mitgliedstaatlicher Arbeitsverfassung, also individuelle Berufsfreiheit, kollektive Mitwirkung in Betrieb und Unternehmen, sowie Tarifautonomie samt Arbeitskampfrecht. Soweit die mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen dazu nicht allein in der Lage sind, muss diese Leistung im europäischen Arbeitsverbund von Seiten der übergeordneten unionalen Ebene erbracht werden. Im Folgenden sind darum die für diese Transnationalisierung einschlägigen europäischen Rechte und zugehörigen Kompetenzen zu ihrer Artikulation zu entfalten.

aa) Transnationale Berufsfreiheit

Während sich das Erfordernis einer Transnationalisierung der kollektiven Rechte leicht als Gegengewicht zur europäischen Reichweite unternehmerischer Möglichkeiten begreifen lässt, erfordert die systematische Einbeziehung der Transnationalisierung der Berufsfreiheit eine zusätzliche Erläuterung. Denn historisch ist sie als Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 48 EWG-Vertrag) gestartet, der die Intention unterlag, durch die grenzüberschreitende Einsatzmöglichkeit die Effizienz des Faktors Arbeit insgesamt zu steigern. Gleichwohl dient die Transnationalisierung individueller Berufsfreiheit zugleich dazu, eine einheitliche und also nicht intern gespaltene Gruppe der europäischen Beschäftigten zu konstituieren. Da dies nach allem bisher Gesagten nicht durch die Verleihung materieller europäischer Rechte geschehen kann, muss jede mitgliedstaatliche Arbeitsverfassung jene Einheit für sich abbilden. Dies geschieht, indem das mitgliedstaatliche Recht kraft europäischen Gebotes die nach eigenem Recht bestehende Berufsfreiheit auf potenziell alle europäischen Beschäftigten ausdehnen muss.

Im Normalfall wird Berufsfreiheit als Recht zur Berufsausübung in abhängiger Beschäftigung innerhalb der eigenen staatlichen Grenzen nur den eigenen Staatsangehörigen gewährt.¹⁷⁷ Dem fremden Staatsangehörigen wird Einlass allenfalls nach politischem Ermessen gewährt. Innerhalb der Union jedoch wurde die Berufsfreiheit mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit innereuropäisch transnationalisiert. Als europäische Bürger sind alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten berechtigt, überall im Unionsgebiet abhängig beschäftigt zu arbeiten. In Verbindung mit dem umfassenden in die Arbeitnehmerfreizügigkeit eingeschriebenen Diskriminierungsverbot (Art. 39 Abs. 2 EG) kommen die Beschäftigten damit zugleich in den Genuss all derjenigen Rechte, die der jeweilige Mitgliedstaat im individuellen Arbeitsverhältnis intern garantiert.

Für diese bereits primärrechtlich garantierte Transnationalisierung der Be-

¹⁷⁷ Vgl. Art. 12 Abs. 1 GG.

rufsfreiheit bestehen auch legislative Kompetenzen der EU-Ebene (Art. 40 EG, Art. 46 AEUV). Auf dieser Grundlage wurde namentlich die Freizügigkeitsverordnung Nr. 1612/68 verabschiedet,¹⁷⁸ deren für den hiesigen Zusammenhang wichtigste Vorschriften Art. 7, 8 die Gleichbehandlung mit Inländern sowohl für die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen als auch für die individuellen gewerkschaftlichen Rechte verlangen.

bb) Transnationale Mitwirkungsrechte

Das geltende Verfassungsrecht der Verträge enthält keine Norm, die für kollektive Mitwirkungsrechte eine vergleichbare Leistung erbringen würde wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die Berufsfreiheit. Insofern hat die Transnationalisierung der Mitwirkungsrechte noch keine echte Konstitutionalisierung erfahren.¹⁷⁹ Darum richtet sich der Blick sogleich auf die europäischen Kompetenzen zu legislativer Regelung, denn aufgrund seines Vorrangs auch vor nationalem Verfassungsrecht kann auch einfaches europäisches Gesetzesrecht Äquivalentes leisten. Wie bereits referiert ist es insoweit aber auch um die Kompetenzen der Union schmal bestellt. Eine Kompetenz, die im vergleichsweise dynamischen normalen Rechtssetzungsverfahren ausgeübt werden kann, besteht lediglich für die generelle Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (Art. 137 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 lit. e EG), die natürlich auch die Regelung transnationaler Anhörungsrechte einschließt. Für die für das Kräfteverhältnis weitaus relevantere (transnationale) unternehmerische und betriebliche Mitbestimmung besteht zwar auch noch eine legislative Kompetenz, doch erfordert ihre Ausübung Einstimmigkeit im Rat (Art. 137 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 lit. f EG).

Dementsprechend sind die Ergebnisse der bisherigen Gesetzgebung bescheiden geblieben. Jenseits der schon genannten Vorschriften zur Beteiligung der Beschäftigten in originär europäischen Gesellschaften wurden die Richtlinien über die Einsetzung eines europäischen Betriebsrates¹⁸⁰ und die Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung¹⁸¹ verabschiedet. Ebenso wie im Recht der originär-europäischen Gesellschaftsformen konnte der Gesetzgeber keine andere Lösung finden als die der verhandelten Mitbestimmung, in dem die Verhandlungsmacht der Seite der Beschäftigten durch eine Auffanglösung kon-

178 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates (Fn. 32).

179 Art. 27 GR-Charta kann aufgrund der vorrangigen Kompetenzordnung keine große Kraft entfalten; daneben ist das in der Charta versprochene Recht auf rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung nicht besonders stark. Anders bei Art. 28 GR-Charta, zu dessen Potential darum sogleich, cc).

180 Richtlinie 94/45/EG des Rates, ABl. 1994 L 254, S. 64 (Europäische Betriebsräte).

181 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2005 L 310, S. 1, Art. 16 (Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten).

stituiert wird, die zur Geltung kommt, wenn kein Verhandlungsergebnis erzielt wird. Diese Auffanglösung wird im Fall grenzüberschreitender Verschmelzungen durch das stärkste involvierte mitgliedstaatliche Mitbestimmungsrecht gestellt,¹⁸² im Fall der Europäischen Betriebsräte aber durch das Recht des Staates mit Sitz der zentralen Leitung, das wiederum ein vom europäischen Gesetzgeber bestimmtes materielles Auffangniveau nicht unterschreiten darf.¹⁸³

In beiden Richtlinien verwirklichen also die verhandlungsdispositiven Auffangregelungen eine Transnationalisierung mitgliedstaatlicher Rechte, wie sie soeben als kennzeichnend für den europäischen Arbeitsverfassungsverbund expliziert wurden: Es ist nicht die EU-Ebene, sondern ein mitgliedstaatliches Recht, das die für transnationale kollektive Arbeitsbeziehungen in Betrieb und Unternehmen maßgeblichen Rechte bereitstellt. Die EU-Ebene sorgt lediglich für eine entsprechende rechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten. Was die Europäischen Betriebsräte angeht, bleibt allerdings ein Problem mit Blick auf den Gehalt der Auffanglösung bestehen. Das mitgliedstaatliche Recht dehnt dort nämlich nicht die im internen Kontext geltenden Rechtspositionen auf den transnationalen Kontext aus, sondern schafft besondere Normen, die sich nach einem wiederum von EU-Ebene vorgegebenen Minimalstandard richten.¹⁸⁴ Dieser europäische Standard repräsentiert zwar nicht ganz den kleinsten gemeinsamen Nenner, aber er siedelt doch auf einem vergleichsweise niedrigen Niveau.¹⁸⁵ Darum muss die Verhandlungsposition der Beschäftigten durch einen anderen Mechanismus gestärkt werden, und zwar indem Vereinbarungen zu Europäischen Betriebsräten zum Gegenstand grenzüberschreitender Arbeitskämpfe werden können. Der abschließend zu erörternden Transnationalisierung der Tarifautonomie im europäischen Arbeitsverfassungsverbund kommt darum eine überragende Bedeutung zu.

cc) Transnationale Tarifautonomie

Die Verträge selbst bieten einer Transnationalisierung der Tarifautonomie keine Grundlage. Zwar wird das Recht der Sozialpartner anerkannt, untereinander vertragliche Beziehungen herzustellen und autonom durchzuführen (Art. 139 Abs. 1, 2 1. Alt. EG), und einige rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit richtet sich daher auf die Frage, ob diese Beziehungen europäische Tarifverträge darstellen

182 Art. 16 Richtlinie 2005/56/EG (Fn. 181).

183 Art. 7 Richtlinie 94/45/EG (Fn. 180).

184 Richtlinie 94/45/EG (Fn. 180), Anhang: Subsidiäre Vorschriften nach Artikel 7. Die mitgliedstaatliche Umsetzung könnte darüber hinausgehen, aber dies ist nur in unwesentlichen Aspekten geschehen. Übersicht bei Europäischer Gewerkschaftsbund (Hrsg.), Die Umsetzung der EBR-Richtlinie in nationales Recht, 1998 (Tabellarische Übersicht Nr. 8 bis Nr. 14).

185 A. Höland, Mitbestimmung in Europa, 2000, S. 135.

könnten.¹⁸⁶ Die Frage nach einer über Art. 139 EG statuierten europäischen Tarifvertragsautonomie ist jedoch für sich allein genommen nicht von allzu hoher praktischer Relevanz, solange die arbeitskampfrechtliche Seite ungelöst bleibt.¹⁸⁷ Freiwillig wird auf lange Sicht eine europäische Arbeitgebervereinigung weder eine europäische Tarifvertragsordnung noch einen europäischen Tarifvertrag abschließen.¹⁸⁸ Tarifvertragsfreiheit und Arbeitskampfrecht bilden eine Einheit, erstere ohne letztere ist in Bezug auf die gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse ohne Belang.¹⁸⁹ Auf dem Vermögen zum Arbeitskampf basiert die Verhandlungsmacht der Beschäftigten und damit auch die Möglichkeit, überhaupt zu transnationalen Tarifvereinbarungen zu kommen.

Eine legislative Kompetenz der Union für eine innereuropäische Transnationalisierung der Tarifautonomie unter Einschluss von Koalitions-, Tarifvertrags-¹⁹⁰ und Arbeitskampfrecht aber ist für die Union nach geltendem Verfassungsrecht ausgeschlossen.¹⁹¹ Eine europäische Tarifvertrags- und Arbeitskampfordnung kann darum auch nicht aufgrund europäischer Gesetzgebung entstehen. Das bedeutet nichts anderes, als dass die mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen diejenigen Normen entwickeln müssen, die innereuropäischen transnationalen Arbeitskämpfen und transnationalen Tarifverträgen einen rechtlichen Rah-

186 Ein innovativer Vorschlag besagt, dass die europäischen Sozialpartner über die normative Wirkung europäischer Tarifverträge durch Vereinbarung einer europäischen Tarifvertragsordnung selbst entscheiden könnten, D. Schiek, in: W. Däubler, Tarifvertragsgesetz, 2006, Einleitung Rn. 790 ff.; Krimphove (Fn. 59), Rn. 604. Näher am Vertragstext und darum überzeugender ist die Position, die Rechtswirkungen eines europäischen Tarifvertrages bestimmten sich nach nationalem Tarifrecht und fielen insoweit von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich aus (Lehre vom parallelen Wirkungsstatut): O. Deinert, Der europäische Kollektivvertrag, 1999.

187 Dazu oben in Fn. 59.

188 Die bisher unter Art. 139 EG zustande gekommenen autonomen Vereinbarungen der Sozialpartner bestätigen dies eindrucksvoll. Es handelt sich um drei „Rahmenvereinbarungen“, zu Telearbeit (2002), arbeitsbezogenem Stress (2004) sowie Belästigung und Gewalt am Arbeitsplatz (2007), und zwei „Handlungsrahmen“ zur lebenslangen Entwicklung von Kompetenzen und Qualifikationen (2002) und zur Gleichstellung der Geschlechter (2005). Sie sind nicht einmal ihrem äußeren Anschein nach rechtsnormativ gedacht und auch die förmliche Kontrolle ihrer Umsetzung zeigt keine Anzeichen, dass es sich hierbei um rechtliche Verpflichtungen im *statu nascendi* handeln soll.

189 BAG, 1 AZR 822/79, NJW 1980, S. 1642.

190 Dies ist streitig. Dafür (und richtig): U. Preis/M. Gotthardt, in: Oetker/Preis (Fn. 74), B 1100, Rn. 43. A.A. Langenfeld/Benecke (Fn. 77), Art. 137 EG, Rn. 97; Rebhahn (Fn. 77) Art. 137, Rn. 19; E. Högl, in: H. v. d. Groeben/J. Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 2003, Art. 137 EG, Rn. 43. Neben dem engen Sachzusammenhang der drei Felder besteht die größte Schwierigkeit für die Gegenansicht darin, dass *Mindestvorschriften* – zu denen Art. 137 Abs. 2 lit. b EG allein ermächtigt (zu recht betont etwa bei Langenfeld/Benecke (Fn. 77), Art. 137 EG, Rn. 7) – für die Rechtswirkungen von Kollektivvereinbarungen kaum konzipierbar sein dürften.

191 Siehe oben, III. 1. c).

men eröffnen. Im europäischen Arbeitsverfassungsverbund müssen grenzüberschreitende Arbeitskämpfe um transnationale Tarifverträge nach mitgliedstaatlichem Recht grundsätzlich zulässig sein, und europäische Tarifverträge müssen als solche rechtliche Anerkennung finden. Dabei wird es nahe liegen, transnationale kollektive Arbeitsbeziehungen so weit wie möglich mit den internen gleich zu stellen.¹⁹² Denn anders als im Bereich der kollektiven Mitwirkungsrechte werden europäische Vorgaben, die zu einem besonderen mitgliedstaatlichen Recht der transnationalen Arbeitsbeziehungen führen könnten, aufgrund fehlender EU-Kompetenzen ausbleiben. Letztlich dürften transnationale Arbeitskämpfe dann keinen strengeren Anforderungen unterliegen als interne Arbeitskämpfe, europäischen Tarifverträgen müsste dieselbe Rechtswirkung zukommen wie internen Tarifverträgen.

Die verfassungsrechtliche Anknüpfung der Transnationalisierung mitgliedstaatlicher Tarifautonomie findet sich in Art. 28 GR-Charta.¹⁹³ Dieser garantiert das Recht, „auf den geeigneten Ebenen“ Tarifverträge auszuhandeln. Mit Blick auf die Funktion kollektiver Arbeitsbeziehungen wird man nicht behaupten können, dass die transnationale keine geeignete Ebene darstellt. Das Recht Arbeitskämpfmaßnahmen zu ergreifen, wird sogar bewusst ohne diese etwaige Einschränkung gewährt. Isoliert betrachtet verlangt Art. 28 GR-Charta also, einen rechtlichen Rahmen für europäische Arbeitskämpfe und Tarifverträge bereitzustellen. Solange die europäische Ebene aufgrund fehlender Kompetenz, jedenfalls aber aufgrund fehlender Kompetenzwahrnehmung ausscheidet, muss die Transnationalisierung der Tarifautonomie eine Leistung der mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen sein.¹⁹⁴ Mitgliedstaatliches Recht, das grenzüberschreitende Arbeitskämpfe und Tarifverträge ausschliesse oder unverhältnismäßig beschränkte (Art. 52 GR-Charta), stellt darum im Ergebnis einen Verstoß gegen Art. 28 GR-Charta dar.¹⁹⁵

Noch zu klären bleibt, inwieweit in Rechtsstreitigkeiten um transnationale Arbeitskämpfe oder Tarifverträge der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist, so dass Art. 28 GR-Charta rechtlich zum Tragen kommt. Die Lösung dürfte in einer Analogie zur Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft liegen: Soweit das europäische Verfassungsrecht grundrechtliche Positionen

192 Für das Tarifvertragsrecht zuerst entwickelt von Deinert (Fn. 186).

193 Rixen (Fn. 64), Art. 28, Rn. 14 a.E.; Fuchs, in: Fuchs/Marhold (Fn. 59), S. 152, 158.

194 Diese Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassung für die Artikulation transnationaler Tarifautonomie wird von den Erläuterungen des Präsidiums des Chartakonvents bestätigt, denen zufolge die Modalitäten und Grenzen grenzüberschreitender Kollektivmaßnahmen durch mitgliedstaatliches Recht zu bestimmen ist. CHARTE 4473/00 CONVENT 49, S. 27, unter <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_de.pdf> (29.07.2008).

195 EuGH, Rs. C-85/96, Martínez Sala, Slg. 1998, I-2691, und Rs. C-184/99, Grzelczyk, Slg. 2001, I-6193.

enthält, die auf nationaler Ebene keine Entsprechung haben *können*, eröffnet deren Verletzung schon für sich den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Das gilt für die Unionsbürgerschaft ebenso wie für die Garantie einer die mitgliedstaatlichen Grenzen überschreitenden unionsweiten Tarifautonomie.

V. Schluss

Das europäische Integrationsprojekt basiert auf einem sozialen Integrationskompromiss, dessen Erneuerung heute im Interesse der gesellschaftlichen Akzeptanz und damit des künftigen Fortschritts der Integration dringend geboten erscheint. Nach der vorstehend entfalteten Rekonstruktion dieses Kompromisses unter heutigen Bedingungen besteht die EU-Arbeitsverfassung aus drei Elementen: verfassungsrechtliche Figuren zur Stützung der Autonomie der mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassungen, legislative Kompetenzen zur harmonisierenden arbeitsrechtlichen Regulierung im Fall von arbeitskosteninduzierten Wettbewerbsverzerrungen, sowie Transnationalisierungen der grundlegenden arbeitsverfassungsrechtlichen Rechte der Beschäftigten.

Die präzise Bestimmung der Form der EU-Arbeitsverfassung als verfassungsrechtliche Institutionalisierung des sozialen Integrationskompromisses verwirklicht indes die systemische Funktion des modernen Arbeitsrechts im transnationalen Kontext. Arbeitsrecht soll den unfairen und unsozialen Wettbewerb um niedrige Arbeitskosten so weit wie möglich eindämmen, um fairen und produktiven Wettbewerb in allen anderen Feldern, um Ideen, Technik und Organisation, nicht zu stören. Bei identischer Funktion ändert sich jedoch die Form des Arbeitsrechts je nach dem, ob es um Wettbewerb zwischen Unternehmen in ein- und derselben Volkswirtschaft oder in verschiedenen Volkswirtschaften geht, also je nach dem, ob internes oder supranationales Arbeitsrecht in Rede steht. Im ersten Fall sorgt internes Arbeitsrecht für einheitliche allgemeine oder branchenspezifische Mindestarbeitsbedingungen. Im zweiten Fall geht es darum, über supranationales Arbeitsrecht wettbewerbsbezogene Abwertungen der bestehenden internen Mindestarbeitsbedingungen zu hindern. Das absolute Niveau der Löhne und Arbeitsbedingungen bleibt dabei eine Frage der gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse, deren rechtlicher Rahmen auch in der supranationalen Union weiterhin primär auf nationaler Ebene konstituiert wird und die durch das Verfassungsrecht der Union nicht parteilich verschoben werden dürfen.

Der europäische Arbeitsverfassungsverbund konstituiert im Zusammenwirken der mitgliedstaatlichen und der unionalen Ebene einen europäischen gesellschaftlichen Raum abhängiger Arbeit, indem er die national-volkswirtschaftliche Fragmentierung des europäischen Marktes reflektiert, aber es dieser Fragmentierung doch nicht erlaubt, die in jenen Raum eingelassenen gesellschaftlichen Widersprüche zu überschreiben. In künftigen Auseinandersetzungen um die Form der europäischen Arbeitsverfassung wird es darum gehen, das irreführende Leit-

bild einer der nationalen Arbeitsverfassung nachgebildeten EU-Arbeitsverfassung fallen zu lassen, welches sich über eine lange Periode im Streit für soziale Rechte und Leitnormen auf europäischer Ebene niedergeschlagen hat. Wem an einer Stärkung der sozialen Dimension der europäischen Integration gelegen ist, wird statt dessen umso entschiedener auf denjenigen Leistungen zu bestehen haben, die die Arbeitsverfassung der EU als Teil des europäischen Arbeitsverfassungsverbunds tatsächlich erbringen kann. Diese Aufgabe ist intellektuell und praktisch anspruchsvoll genug.

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E*)

*siehe unsere Homepage: www.zerp.uni-bremen.de (Publikationen)

- DP 7/91: *Gerd Winter* (Hrsg.), Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Dezember 1991 (P)
- DP 3/92: *Ines Katharina Gerwien*, Die Kontrolle von Pestiziden in exportierenden Industrieländern und Entwicklungsländern, am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland und Malaysias, Oktober 1992 (P)
- DP 7/93: *Michelle Everson*, To the Constitutional Position of the Citizen of the United Kingdom, Dezember 1993 (P)
- DP 3/94: *Monika Jagels-Sprenger*, Der Fall PVC. Ein ungewisses Risiko und seine rechtliche Bewältigung, März 1994 (P)
- DP 4/94: *Geoffrey Woodroffe/Philip Rawlings/Chris Willett*, Financial Services in the United Kingdom, März 1994 (P)
- DP 5/94: *Edda Castelló*, Untersuchung von Beschwerdesystemen für Finanzdienstleistungen, März 1994 (P)
- DP 8/94: *E. Alexandridou/M.-T. Marinos/C. Mastrokostas/G. Triantaphyllakis*, Financial Services in Greece, Juli 1994 (P)
- DP 1/97: *Dorothee Eidmann*, Ausländer und Verwaltung. Eine Skizze am Beispiel des Ausländeramtes in Bremen, Januar 1997 (P/E)
- DP 2/97: *Josef Falke/Armin Höland*, Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Vorüberlegungen zu einem neuen Forschungsprojekt, März 1997 (P/E)
- DP 3/97: *Edwige Lefebvre*, A Historical Profile of Belgium: From Urban to Modern Belgian Citizenship, Juli 1997 (P/E)
- DP 4/97: *Edwige Lefebvre*, The Belgian Constitution of 1831: The Citizen Burgher, Juli 1997 (P/E)
- DP 5/97: *Edwige Lefebvre*, French Republicanism in Algeria: „Citoyen-Colon“ versus „Sujet-Musulman-Français“, Juli 1997 (P/E)
- DP 6/97 *Ulrich K. Preuß/Armin Höland* (eds.), The Normative Foundation of the Polity, Oktober 1997 (P/E)
- DP 7/97 *Konstanze Plett*, Rechtliche Hindernisse auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Frauen, Oktober 1997 (E)
- DP 1/98: *Wolf Sauter*, EU Regulation for the Convergence of Media, Telecommunications, and Information Technology: Arguments for a Constitutional Approach?, Januar 1998 (P/E)
- DP 1/99 *Jürgen Neyer/Dieter Wolf/Michael Zürn*, Recht jenseits des Staates, März 1999 (E)

- DP 2/99 *Josef Heimann*, „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ – der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, Oktober 1999 (P/E)
- DP 1/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Flächentarifvertrag und Günstigkeitsprinzip. Zusammenfassung einer empirischen und rechtlichen Untersuchung der Anwendung von Flächentarifverträgen in den Betrieben, März 2000 (P/E)
- DP 2/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Association-Level Agreements and Favourability Principle, Dezember 2000 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)

- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodiet?*, Februar 2006 (P)
- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)
- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)
- DP 1/07 *Christian Joerges*, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, August 2007 (P/E)
- DP 1/08 *Aurelia Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, *ordre public européen* und Europäische Grundrechte, März 2008 (P/E)
- DP 2/08 *Christian Joerges/Florian Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem "sozialen Defizit" des Integrationsprojekts, Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval, März 2008 (E)
- DP 3/08 *Konrad Schober*, Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag. Das Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union zur Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, Juni 2008 (P/E)
- DP 4/08 *Claudio Franzius*, Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?, Juli 2008 (P/E)
- DP 5/08 *Julia Cassebohm*, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Voraussetzungen, Wege und Folgen, Juli 2008 (P/E)
- DP 6/08 *Tobias Pinkel*, Das Buch VI des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter. Eine kritische Analyse des Modellgesetzes eines europäischen Deliktsrechts, August 2008 (P/E)
- DP 7/08 *Sergio Nasarre Aznar*, Eurohypothec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, September 2008 (P/E)
- DP 8/08 *Sjef van Erp*, Security interests: A secure start for the development of European property law, November 2008 (P/E)