

# Gestaltungsspielräume aus deutscher Sicht

*Wolfgang Däubler*

Das Thema „Gestaltungsspielräume aus deutscher Sicht“ wäre früher ein sehr schönes und populäres gewesen. Die EG-Richtlinien zum Arbeitsrecht enthalten typischerweise Günstigkeitsklauseln. Inhaltlich fügen sie dem nationalen Arbeitsrecht Gleichheitsrechte hinzu, z. B. die Antidiskriminierungsrichtlinien, aber nicht nur diese. Weiter bringen sie neue Verfahrensmöglichkeiten wie die Chance, einen europäischen Betriebsrat zu bilden. Dies hatte zur Folge, dass man sich zwar über Einzelheiten oft uneins war; insgesamt aber stand der europäische Gesetzgeber, speziell der Europäische Gerichtshof bei Arbeitnehmern und Gewerkschaften in hohem Ansehen. Wenn man Kritik übte, riskierte man, als schlechter Mensch betrachtet zu werden.

Das hat sich schlagartig geändert. Die Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ haben große Unsicherheit im Arbeitskampfrecht geschaffen. Wir hatten vor einiger Zeit in Deutschland den Konflikt um Nokia, das seine Niederlassung von Bochum nach Rumänien verlagerte. Die Beteiligten haben den Konflikt ohne Arbeitskampf gelöst, aber man kann natürlich nachträglich die Frage stellen: Wäre es zulässig gewesen, wenn die Belegschaft erklärt hätte: „Wir streiken für die Erhaltung des Standorts Bochum“ und wenn sie dies in die Tat umgesetzt hätte? Und man kann weiter fragen, ob ein Streik um einen Tarifsozialplan eventuell eine Maßnahme gewesen wäre, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit „weniger attraktiv“ gemacht hätte – der erreichte Tarifvertrag wäre ja für den Arbeitgeber automatisch mit bestimmten Nachteilen verbunden gewesen. Im französischen Recht gibt es z. B. eine Regel, wonach ein Unternehmen, das sich aus einer strukturschwachen Gegend zurückzieht, für jeden wegfallenden Arbeitsplatz eine Ausgleichsabgabe bezahlen muss. Wäre nicht vielleicht auch das eine nationale Regelung, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit „weniger attraktiv“ macht? Ich würde diese Fragen keineswegs bejahen, aber ich weise darauf hin, dass der Europäische Gerichtshof hier ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit geschaffen hat.

Noch mehr als diese Rechtsunsicherheit beunruhigt uns der Umgang mit den Grundrechten. Die Grundrechte sind nach den Urteilen „Viking“ und „Laval“ nur ein Legitimationstitel für Eingriffe in Grundfreiheiten. Sie sind nicht – wie andere schon gesagt haben – das Primäre. In beiden Entscheidungen heißt es sinngemäß, man müsse abwägen zwischen der Versammlungsfreiheit, der Meinungsfreiheit und der Menschenwürde auf der einen Seite und den Grundfreiheiten auf der anderen Seite. Mit diesen Aussagen stellt sich in Deutschland eine spezielle Frage. Das Bundesverfassungsgericht hat auf die Kontrolle von Gemeinschaftsrechtsakten am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes nur verzichtet, „solange“ ein äquivalenter Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof oder auf andere Weise gewährleistet ist. Der Verzicht auf den

Schutz durch deutsche Grundrechte hängt also davon ab, dass man einen gleichwertigen Schutz auf der Ebene der Gemeinschaft besitzt. Bisher konnte man mit Recht den Eindruck gewinnen, dass bei allen Abweichungen im Detail die Gleichwertigkeit gewährleistet war. Wenn man nunmehr die Grundrechte unter den Vorbehalt der Grundfreiheiten stellt, wenn man sie nur insoweit gelten lässt, als die Grundfreiheiten nicht übermäßig beschränkt werden, also die Abwägung zugunsten der Grundrechte ausfällt, dann ist das nicht mehr dieselbe Form von Grundrechtsschutz, die wir im Grundgesetz haben. Im deutschen Recht wäre es völlig undenkbar, zu sagen oder zu schreiben: „Der Schutz der Menschenwürde ist zu gewährleisten, soweit dadurch nicht in unverhältnismäßiger Weise in Marktfreiheiten eingegriffen wird.“ Das wäre eine völlig unverständliche, aus dem allgemeinen Konsens herausfallende Aussage. Das Bundesverfassungsgericht wird Gelegenheit haben, zu dieser Problematik Stellung zu nehmen. Es gibt heute schon ein anhängiges Verfahren, in dem es um die Qualität des Grundrechtsschutzes durch den Europäischen Gerichtshof geht. Möglicherweise werden weitere Verfahren dieser Art hinzu kommen. Ich bin mir nicht sicher, ob sich die Große Kammer des EuGH, die die beiden Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ erlassen hat, dieser Problematik wirklich bewusst war.

Ich bin nun aber gefragt, was die Reaktionen auf nationaler Ebene sein könnten außer der Einleitung oder Fortführung von Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht. Die Rüffert-Entscheidung hat die Tariftreueregeln der deutschen Bundesländer für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht erklärt. Dies hat viele kritische Stellungnahmen provoziert, doch will ich diese jetzt nicht aufgreifen. Handlungsmöglichkeiten bestehen „noch“ – so muss man sagen – insoweit, als man die Mindestlöhne über den Sektor der Bauwirtschaft hinaus auf andere Bereiche ausdehnen kann. Ein solcher Schritt wäre rechtlich möglich und auch sinnvoll. Angesichts der deutschen Tarifpraxis wäre es in hohem Maße vernünftig, insoweit nicht nur zentrale sondern auch dezentrale Kompetenzen zu schaffen. Nicht nur der Bundesarbeitsminister sondern auch die einzelnen Landesarbeitsminister sollten die Möglichkeit erhalten, Tarifverträge nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz für allgemeinverbindlich zu erklären. Wir haben nun einmal ein dominierendes Modell von Flächentarifen in einzelnen Teilen unseres Territoriums. Von daher wäre es nur konsequent, das Arbeitnehmerentsendegesetz insoweit zu ändern, dass eine Delegation der dort vorgesehenen Befugnisse auf Landesarbeitsminister möglich oder auch geboten ist. Dies ist ein Vorschlag, den ich allerdings aus Zeitgründen nicht näher begründen kann.

Ich gehe davon aus, dass trotz der Entscheidung in Sachen Kommission gegen Luxemburg eine solche Regelung noch möglich wäre. Allerdings muss man sich fragen, wie eigentlich der Begriff „Mindestlohn“ zu bestimmen ist. Die Frage ist schon angesprochen, aber im Grunde nicht eindeutig beantwortet worden. Die These eines Kollegen, wonach es auch zehn Mindestlöhne sein könnten je nach Tätigkeit und Qualifikation der betroffenen Menschen, aber ohne Berücksichtigung ihres Dienstalters, ihrer Jahre der Betriebszugehörigkeit, findet meine Zustimmung, aber es gibt hier natürlich

Schwierigkeiten, weil niemand beurteilen kann, wie sich der Europäische Gerichtshof zu einer solchen Ausdehnung stellen würde. Wir finden in der Entscheidung Kommission gegen Luxemburg eine geradezu akribische Analyse aller potentiellen Einwände gegen Einzelregelungen des luxemburgischen Entsendegesetzes. So hatte beispielsweise Luxemburg in ganz harmloser Weise festgeschrieben, dass die Vorgaben der Nachweisrichtlinie sowie der Richtlinien über Teilzeit und Befristung auch von den entsendenden Unternehmen einzuhalten waren, was im Einzelfall überprüft werden konnte. Es gab damit also eine doppelte Kontrolle – eine durch den Entsendestaat und eine durch den Aufnahmestaat. Man sollte denken, dass das keine Einwände provoziert: Das Ziel der Gemeinschaft, den Richtlinien möglichst viel Durchschlagskraft zu verschaffen, ist auf diese Weise doch nur besser sichergestellt. Nein, meinte der Europäische Gerichtshof, dies sei nicht „erforderlich“, das stelle einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar. Damit ist eine Lösung präferiert, die der Dienstleistungsrichtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung zugrunde lag, die dann aber aufgrund politischer Entscheidungen wieder rückgängig gemacht wurde. Was politisch nicht erreichbar war, wird bestimmten Leuten vom Europäischen Gerichtshof geschenkt; dies hinterlässt einen wenig erfreulichen Beigeschmack. Gerade im Hinblick darauf muss man heute jeden rechtspolitischen Vorschlag im Anwendungsbereich des EG-Rechts mit einem Fragezeichen versehen; man kann nie garantieren, ob die gewählte Lösung auch Bestand hat, wenn der Europäische Gerichtshof mit der Sache befasst werden sollte.

Ein weiterer Vorschlag betrifft den Bereich Vergaberecht. Wäre es nicht sinnvoll, sich nicht nur auf die Frage der Einhaltung von Tarifverträgen zu konzentrieren, sondern auch andere sozialpolitisch relevante Vergabekriterien heranzuziehen? Es gibt eine interessante Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Fall „Nord – Pas-de-Calais“ aus dem Jahr 2000. Danach ist es zulässig, Aufträge nur an solche Firmen zu erteilen, die bereit sind, eine gewisse Anzahl an Arbeitslosen einzustellen. Dies ist ein sehr interessanter Ansatz, den man vielleicht auch bei uns aufgreifen könnte – das Kriterium würde natürlich in gleicher Weise für deutsche wie für ausländische Interessenten an dem fraglichen Auftrag gelten. Auch letztere können ja 10 oder 15 oder 20 Prozent an bisher Arbeitslosen beschäftigen. Als Vergabekriterium könnte man sich weiter eine besondere Förderung von Auszubildenden vorstellen – nicht im Sinne des Berufsbildungsgesetzes, das ja nur für Deutschland gilt, sondern in dem Sinn, dass jeder Interessent bestimmte Ausbildungsleistungen erbringen muss, die ggf. auch in der Beschäftigung von Berufsanfängern liegen können. Weiter könnte man daran denken, solche Auftragnehmer gezielt zu fördern, die Angehörige von Problemgruppen beschäftigen: Behinderte, ethnische Minderheiten und andere, die in der Gefahr sind, vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen zu werden. Auch dies ist eine Möglichkeit, die nach der bisherigen Rechtsprechung wohl noch Bestand haben würde.

Schließlich müsste man sich überlegen, ob es nicht sinnvoll wäre, dem Europäischen Gerichtshof nach einiger Zeit die Möglichkeit zu geben, sich die ganze Sache noch einmal zu überlegen. Wir sind Optimisten, was die Lernfähigkeit anderer Menschen an-

geht. Es wurde mit Recht der fehlende europäische Diskurs angesprochen. Diesen Mangel kann man in den nächsten Jahren beheben; man kann sehr viel mehr miteinander reden, als man dies in der Vergangenheit getan hat. Dann könnte möglicherweise der Vorrang der Grundrechte vor den Grundfreiheiten ein sehr viel wichtigerer Topos als in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH werden. Ein neues „Rüffert-Verfahren“ müsste meines Erachtens auch das ILO-Übereinkommen Nr. 94 berücksichtigen, wonach die öffentliche Hand bei der Auftragsvergabe bestimmte Bedingungen stellen, insbesondere auch die Einhaltung von Tarifverträgen verlangen kann. Das Übereinkommen Nr. 94 ist zwar von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet, aber nur von 10 Mitgliedstaaten ratifiziert worden. Es stellt aber inhaltlich der Sache nach eine Ergänzung zum ILO-Übereinkommen Nr. 87 über Koalitionsfreiheit und kollektive Maßnahmen dar. Es hat diesem gegenüber flankierende Wirkung, weil es einen spezifischen Durchsetzungsmechanismus vorsieht. Das Übereinkommen 87 gehört seinerseits zu den Kernarbeitsnormen, auf die auch der Europäische Gerichtshof zurückgegriffen hat, als es in der Viking-Entscheidung um die Streikgarantie ging. Das Übereinkommen 87 steht dort neben der Europäischen Sozialcharta, der Gemeinschaftscharta von 1989 und der Grundrechtecharta von Nizza. Unter diesen Umständen wäre es naheliegend, sich beim Thema „Umsetzungsmechanismen von Tarifverträgen“ auch auf das Übereinkommen 94 zu stützen. Als Ergänzung des Übereinkommens 87 ist dieses genauso ein „Rechtserkenntnismittel“ in der Terminologie des EuGH, das die Basis für die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts darstellt.

In einem weiteren Verfahren könnte man auch die Frage aufwerfen, weshalb man bei der Warenverkehrsfreiheit nach der Keck-Rechtsprechung den Mitgliedstaaten das Recht einräumt, die Ausführungsformen selbst zu bestimmen und ihnen so einen beträchtlichen Spielraum eröffnet. Warum gilt Vergleichbares nicht auch bei der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit? Weiter wäre die Bereichsausnahme für die Tarifautonomie zu erörtern, die vom Europäischen Gerichtshof in der Albany-Entscheidung bejaht wurde.

Die neueste Rechtsprechung stellt die Loyalität der Arbeitnehmer in den Kernländern der EU auf eine harte Probe. Es ist erstaunlich, dass der Europäische Gerichtshof dies tut in einer Zeit, wo die Zukunft des europäischen Projekts sehr prekär geworden ist. Man hat dies zuletzt an der Volksabstimmung in Irland gesehen, man konnte es vorher an den Referenden in Frankreich und den Niederlanden ablesen. In einer solchen Situation sollte man die Loyalität der EG-Bürger nicht weiter strapazieren. Deshalb ist dem EuGH zu raten, wieder jene kluge Zurückhaltung zu üben, die seine Rechtsprechung in der Vergangenheit ausgezeichnet hat.