



Tagung zur sozialen Dimension Europas
Europäische arbeitsrechtliche Entwicklungen,
Arbeitnehmerentsendung
und Arbeitnehmerüberlassung
25. / 26. Januar 2013

Herausgeber:

Ministerin für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien
des Landes Nordrhein-Westfalen
Stadttor 1
40190 Düsseldorf
www.europa.nrw.de

Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales
des Landes Nordrhein-Westfalen
Fürstenwall 25
40219 Düsseldorf
www.mais.nrw.de

Inhalt

| | |
|--|----|
| Ingrid Heinlein Einführung | 3 |
| Guntram Schneider Faire Mobilität ohne Sozialdumping | 7 |
| Angelica Schwall-Düren Die europäische Union als sozialer Rechtsraum | 10 |
| Gemeinsame Erklärung: Ergebnisse und Handlungsbedarf | 14 |
| Dagmar Schiek A Constitution of Social Governance – zur Überbrückung der Kluft zwischen der „Wirtschaftsverfassung“ der EU und ihren sozialen Werten | 16 |
| Antonio Baylos & Francisco Trillo „Europa in der Krise“ Die soziale Dimension der Europäischen Union und der gegenwärtige Zustand des Arbeitsrechts in den Mitgliedstaaten: Der Fall Spanien | 22 |
| Lukas Pisarczyk Flexibilisierung des polnischen Arbeitsrechts in Zeiten der europäischen Krise | 33 |
| Wolfgang Däubler Soziale Mindeststandards im Primärrecht der EU | 37 |
| Zusammenfassung der Diskussion I: Arbeitsrechtliche Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene | 43 |
| Marta Böning Warum entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen den Weg zu den Gerichten nicht finden | 45 |
| Catherine Taillandier & Yves Garcin Welches sind die kollektiven Verteidigungsmittel der Arbeitnehmer in Frankreich? | 48 |
| Christian Wolf Gewinnabschöpfungs- und Unterlassungsklage als Vorbild für einen neuen kollektiven Rechtsschutz im Arbeitsrecht | 53 |
| Helga Nielebock Effektiver Rechtsschutz für grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer durch Beteiligung von Gewerkschaften an Gerichtsverfahren? - Art. 11 des Vorschlags der EU-Kommission zur Durchsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie | 58 |
| Jan Cremers Strategien zur Umgehung von Mindestlöhnen und des equal-pay-Prinzips bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung | |
| Teil I: Impulsreferat | 61 |
| Teil II: Entsendung und Arbeitsbedingungen in der Praxis | 64 |
| Marta Böning Besondere Probleme im Bereich der häuslichen Pflege | 71 |

| | |
|---|----|
| Wolfhard Kohte Scheinwerkverträge und Scheinselbständigkeit zur Umgehung von Arbeitsschutz, Mindestlöhnen und equal-pay-Prinzip – Rechtliche Regelungen und ihre Durchsetzung in der Praxis in Deutschland | 74 |
| Mijke Houwerzijl Wirksame Bekämpfung von Strategien zur Umgehung nationaler Mindestlöhne durch den Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Durchsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie ? | 78 |
| Zusammenfassung der Diskussion II: Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung und Arbeitnehmerüberlassung | 85 |
| Zur Person: Referentinnen und Referenten | 89 |
| Tagungsprogramm | 93 |

Einführung

Dieser Tagungsband dokumentiert eine gemeinsame Tagung der Neuen Richtervereinigung, der europäischen Richtervereinigung MEDEL, der Ministerin für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien des Landes Nordrhein-Westfalen und des Ministeriums für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen zum Stellenwert des "Sozialen" in der Europäischen Union. Dem europäischen Thema entsprach der Kreis der Teilnehmer und Teilnehmerinnen: Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen, Richter und Richterinnen nicht nur aus Deutschland, sondern auch aus Polen, Griechenland, Italien, Spanien, Frankreich, den Niederlanden und Österreich. Auch zahlreiche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der beteiligten Ministerien haben an der Tagung teilgenommen.

Wie wichtig ihnen das Thema ist, haben die Ministerin und der Minister dadurch gezeigt, dass sie persönlich die Tagung eröffnet und in ihren Begrüßungsvorträgen die aus ihrer Sicht unerlässlichen politischen Neuorientierungen vorgestellt haben. Ihr Fazit: das "süße Gift des Marktradikalismus" – so eine Formulierung von Herrn Minister Schneider – ist zu einer ernsthaften Gefahr für die Europäische Union geworden.

Mit der Dokumentation der Tagung wollen wir zunächst dazu beitragen, dass einige Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht in der Europäischen Union, die maßgeblich auf sie zurückgehen, zur Kenntnis genommen und umfassender diskutiert werden. So erscheint es uns sehr wichtig, dass der Zugang zu Informationen über die arbeits- und sozialrechtlichen Systeme und ihre Veränderungen in anderen europäischen Mitgliedstaaten für die primär am nationalen Recht orientierten Juristen und Juristinnen verbessert wird. Auch die Änderungen des europäischen Rechts durch den Vertrag von Lissabon müssen stärker in das Blickfeld geraten.

In rechtlicher Hinsicht haben die soziale Sicherheit und der soziale Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, aber auch durch Klauseln wie z.B. die soziale Querschnittsklausel in Art. 9 AEUV, an Bedeutung gewonnen. In der Realität erleben wir dagegen eine Verschlechterung, insbesondere in den von der europäischen Krise schwer getroffenen südlichen Mitgliedstaaten. Die prekäre Beschäftigung nimmt seit Jahren in allen oder jedenfalls der großen Mehrzahl der Mitgliedstaaten zu. Der Handlungsbedarf ist daher groß. Nicht nur die Gesetzgebung auf nationaler und europäischer Ebene ist gefordert. Vielmehr ist es auch Aufgabe der Rechtsprechung, bei der Auslegung des Rechts die sozialen Grundrechte im Verhältnis zu den wirtschaftlichen Grundfreiheiten angemessen zu berücksichtigen. Auf der europäischen Ebene ist dies der EuGH.

Der Tagungsband enthält hierzu eine Fülle von Ideen und rechtspolitischen Vorschlägen. Besonders aktuell sind sie für die grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung und Arbeitnehmerüberlassung, denn die Europäische Kommission hat einen Entwurf für eine Richtlinie zur Durchsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie vorgelegt, der Gegenstand der Tagung war. Der Tagungsband dokumentiert, dass in diesem Bereich erschreckende, geradezu skandalöse Zustände herrschen.

Deshalb ist es richtig, dass die europäischen und nationalen Legislativorgane hier für eine rasche Verbesserung der Kontrolle durch Behörden und Sozialversicherungsträger sowie des gerichtlichen Rechtsschutzes sorgen müssen. Der Vorschlag der Kommission ist jedoch unzureichend und führt teilweise sogar zu einer Verschlechterung.

In einer gemeinsamen "Düsseldorfer Erklärung" zum Abschluss der Tagung haben die Ministerin und der Minister sowie die Neue Richtervereinigung konkrete Vorschläge zur Änderung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie und der Durchsetzungsrichtlinie vorgelegt. Übergreifendes Tagungsergebnis war die Besorgnis, dass die Glaubwürdigkeit des europäischen Projekts bedroht ist, wenn die Kluft zwischen den sozialen Grundrechten und der Realität, insbesondere in den von

der Austeritätspolitik besonders betroffenen südlichen Ländern, nicht geschlossen wird. Im Zentrum der "Düsseldorfer Erklärung" steht daher die Forderung, dass die neuen sozialen Grundrechte der Europäischen Union ein stärkeres Gewicht in der europapolitischen Praxis bekommen müssen.

Wir hoffen, dass die in diesem Band enthaltenen kritischen Stellungnahmen und Anregungen von den politischen Entscheidungsträgern aufgegriffen und umgesetzt werden.

Anmerkung: Die Referentinnen und Referenten haben ihre Vorträge nach der Tagung überarbeitet. Aus technischen Gründen wurde das von Herrn Prof. Baylos und Herrn Prof. Trillo vor der Tagung vorgelegte Manuskript in den Tagungsband aufgenommen. Neben dem von Herrn Cremers redaktionell überarbeiteten Vortrag enthält der Band zusätzlich das vor der Tagung vorgelegte Manuskript.

Faire Mobilität ohne Sozialdumping

Verehrte Frau Ministerin, meine Damen und Herren! Ich freue mich, Sie hier im Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales begrüßen zu können.

Vom Arbeitsgegenstand dieses Hauses her haben wir sehr viel mit Juristen und Juristinnen in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit zu tun. Wir führen seit Jahren eine Auseinandersetzung mit konservativen Kräften, die immer wieder den Versuch unternehmen, die Sozialgerichtsbarkeit als eigenständigen Strang unserer Gerichtsbarkeit abzuschaffen und den Verwaltungsgerichten zuzuschlagen. Die Landesregierung von Nordrhein-Westfalen vertritt hier einen eindeutigen Standpunkt: Sie will eine eigenständige Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit in diesem großen Lande erhalten.

Ihre Tagung heute und morgen beschäftigt sich mit der sozialen Dimension Europas. Dies ist angesichts der europäischen Realitäten wichtiger denn je, denn Europa muss mehr sein als ein Binnenmarkt und muss mehr sein als eine Wachstumszone.

Ich denke, meine Damen und Herren, wir müssen sehr ernsthaft über eine neue soziale Perspektive für Europa diskutieren. Dies ist auch deutlich geworden im jüngsten Bericht von Kommissar Andor zu den sozialen Verhältnissen in Europa. Wir haben in Europa eine soziale Spaltung zu verzeichnen, die auch dazu führt, dass es eine Abkehr in großen Bevölkerungsschichten von Europa und der europäischen Idee gibt.

Bei der Gestaltung des sozialen Europas geht es vor allem auch um eine arbeitsrechtliche Gestaltung. Es kann nicht sein, dass der Wettbewerbsgedanke in Europa zu Sozialdumping führt und dass das Lohngefüge unentwegt nach unten gedrückt wird. Dies ist natürlich nicht nur eine juristische Fragestellung. Juristische Fragestellungen können nicht unabhängig von den politischen Kräfteverhältnissen und Machtverhältnissen betrachtet werden. Deshalb bin ich zutiefst davon überzeugt, dass ein demokratisches und soziales Arbeitsrecht letztendlich nur dann durchgesetzt werden kann, wenn dies die politischen Marktverhältnisse in Europa gestatten. Ich glaube, das ist ein sehr wichtiger Punkt, denn alle anderen Gedanken führen an den politischen Realitäten vorbei.

Wir brauchen in Europa ein Gleichgewicht zwischen wirtschaftlicher Funktionalität und einem ausreichenden Schutzniveau für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Ich gehe sogar soweit und sage: Der Arbeitnehmerschutz muss Vorrang haben vor einer Politik, die dazu führt, die Wettbewerbsfähigkeit in der Europäischen Union zu erhöhen. Die Wettbewerbsfähigkeit muss aus guten Gründen erhöht werden, aber bitte nicht zu Lasten der Arbeitnehmerrechte. Nur so können wir den europäischen Gedanken und die europäischen Grundwerte angemessen zur Geltung bringen.

Zwei wichtige Themen anhand derer die soziale Dimension Europas in den nächsten Tagen hier an diesem Ort diskutiert werden sollen, sind die Arbeitnehmerentsendung sowie die Arbeitnehmerüberlassung.

Meine Damen und Herren, wie Ihnen allen bekannt, hat die Europäische Kommission im März letzten Jahres ihre Vorschläge zur Arbeitnehmerentsendung, die so genannte „Monti-II-Verordnung“, und den Richtlinienvorschlag zur besseren Durchsetzung der Entsenderichtlinie vorgelegt. Die gegenwärtige Diskussion zu den Kommissionsentwürfen verdeutlicht, woran es im europäischen Binnenmarkt mangelt. Wir brauchen ein Europa mit fairen Arbeitsbedingungen. Die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie verfolgt hierzu prinzipiell den richtigen Ansatz. Durch Rechtsprechung des EuGH sind die Vorschriften der Entsenderichtlinie aber zum Maximalstandard erhoben worden und die Mitgliedstaaten haben keine Möglichkeit, darüber hinaus zu gehen.

Meine Damen und Herren, ich glaube andersherum wäre es richtig. In einer solchen Richtlinie müssen Minimalstandards beschrieben werden, die dann auf nationaler Ebene weiterentwickelt werden müssten. Wir können – ähnlich wie im Tarifvertragswesen – nicht maximale Standards setzen. Ich glaube, das gesamte europäische Recht spricht hier auch angesichts seiner Historie eine andere Sprache. Es bedarf deshalb einer grundlegenden Überarbeitung des vorgelegten Entwurfes. Meine konkreten Forderungen zur Nachbesserung der Vorschläge habe ich der Kommission bereits im letzten Jahr im Rahmen von zwei Konferenzen in Brüssel mitgeteilt. Sie sehen auch an diesen Beispielen, dass die nordrhein-westfälische Landesregierung, wenn es um Arbeitnehmerrechte auf europäischer Ebene geht, sehr rührig und aktiv ist, und ich denke, dies muss angesichts der Dimension europäischer Politik auch so sein.

Der Monti-II-Verordnungsvorschlag wurde auf Druck der Mitgliedstaaten von der Kommission zurückgenommen. Meine Damen und Herren, ein Vorschlag der das Streikrecht gefährdet, kann von uns nicht akzeptiert werden. Streikrecht ist soziales Grundrecht in Europa und darf deshalb, unter welchen Bedingungen auch immer, nicht angerührt und im Zweifelsfall beseitigt werden. Wir fordern eine Verankerung im Primärrecht der EU durch die Einführung eines „Sozialen Fortschrittsprotokolls“ in den Vertrag von Lissabon. Hier gibt es ein erhebliches Defizit im Vertrag von Lissabon. Und hierdurch würden die sozialen Grundrechte in ihrer Bedeutung wesentlich gestärkt.

Der von der Kommission vorgelegte Entwurf zur Durchsetzung der Entsenderichtlinie taugt nicht zu einer umfassenden sozialen Revision. Die Ziele, namentlich die Verbesserung der Durchsetzung der Entsenderichtlinie in den Mitgliedstaaten, die Verhinderung des Missbrauchs von Rechtsvorschriften und die Verbesserung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit werden eben nicht erfüllt. Mit dem Entwurf in der jetzigen Form wird es auch künftig keine fairen Arbeitsbedingungen und keinen fairen Wettbewerb in Europa geben. Erst vorgestern haben die Gewerkschaften darum in Brüssel gegen die Durchsetzungsrichtlinie demonstriert. Anwesend waren auch viele Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus NRW.

Konkret mangelt es an einer eindeutigen Definition von Entsendezeit sowie Entsendetatbestand und es bedarf klarer Rechtsfolgen bei Nichterfüllung, die zu Lasten derer Unternehmen gehen müssten, die von den Missbrauchsfällen profitieren. Meine Damen und Herren, ein Recht gegen das verstoßen werden kann, ohne dass Sanktionen befürchtet werden müssen, ist wenig wert. Und dies bezieht sich auch auf die europäische Ebene. Solche Fälle können nur aufgedeckt werden, wenn ausreichende Kontrollmöglichkeiten bestehen. Daher müssen auch zukünftig verdachtsunabhängige Vor-Ort-Kontrollen der nationalen Prüfbehörden möglich sein.

Meine Damen und Herren, wir haben vor zweieinhalb Jahren im Arbeitsschutz in NRW Ähnliches vorgefunden. Da waren nur noch Kontrollen nach vorheriger Anmeldung bei den betroffenen Unternehmen möglich. Ein Zustand, der natürlich nicht akzeptabel ist, der dem Rechtsbruch Tür und Tor öffnet. Ähnlich verhält es sich hier auch mit europäischem Recht.

Meine Damen und Herren, entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden zunehmend im Rahmen von Scheinwerkverträgen beschäftigt. Das bedeutet meist Lohndumping und schlechte Arbeitsbedingungen. Denken wir hier in diesem Zusammenhang nur an die Verhältnisse in der nordrhein-westfälischen Fleischindustrie, die teilweise skandalös sind. Hiergegen müssen wir mit erweiterten Kontrollmöglichkeiten vorgehen. Aber auch der reguläre Weg der Arbeitnehmerentsendung, zum Beispiel über die Zeitarbeit, schützt nicht vor Missbrauch. Zeitarbeit ist ein wirksames arbeitsmarktpolitisches Instrument. Dieses Instrument darf aber nicht dazu führen, dass prekäre Beschäftigung zunimmt und die systematische Reduzierung der Kernbelegschaften angestrebt wird.

Mit der Einführung einer Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit, die auch für Entsandte gilt, ist ein erster Schritt in Deutschland getan worden. Um Missbrauch zu verhindern bedarf es aber weiterer Regulierungen. Ich kann Ihnen sagen, es gibt in diesem Lande immer noch Zeitgenossen, die davon ausgehen, dass im Arbeitsrecht die Bundesrepublik in der EU führend ist. Beim Thema Zeitarbeit wird deutlich, dass dies schon längst nicht mehr so ist. Die Zeitarbeit ist in vielen unserer Nachbarländer, denken wir an Frankreich, an die Benelux-Staaten, weitaus besser reguliert als bei

uns. Dies ist auch das Ergebnis des „Süßen Giftes des Marktradikalismus“, das in den letzten Jahren hier dominiert hat. Wir sind dabei, die schlimmsten Auswüchse dieser Politik zurückzunehmen und einen neuen Anfang zu machen.

Wir setzen deshalb auf der Bundesebene weiterhin auf eine, ich sprach es an, Regulierung der Zeitarbeit. Vor allem geht es darum, die Forderung nach gleichem Lohn für gleichwertige Arbeit an gleichem Ort durchzusetzen. Zeitarbeitnehmer in Deutschland verdienen bei gleichwertiger Tätigkeit bis zu 40% weniger als fest angestellte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Ich denke, dass diese Beispiele zeigen, wie wichtig auch im Arbeits- und Sozialrecht die europäische Ebene ist.

Ein weiteres Beispiel wäre die Durchsetzung eines gesetzlichen Mindestlohnes, den es ja in 21 von 27 Ländern in der Europäischen Union gibt. Ich möchte an dieser Stelle aus Zeitgründen auf Einzelheiten nicht mehr eingehen.

Wir sehen also, auch arbeits- und sozialrechtlich nimmt die Ebene der Europäischen Union zu. Deshalb ist es wichtig, dass wir auch angesichts der krisenhaften Erscheinungen keine Abkehr von der Europäischen Union fördern, sondern das Gegenteil tun. Wir werden aus der Sicht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die vorhandenen Probleme nur über ein Mehr an europäischer Politik gestalten können. Aber dies muss eben sozialstaatlich verpflichtend passieren.

Es ist völlig richtig, wenn hier die Verbandsklage angesprochen worden ist. Meine Damen und Herren, in der Bundesrepublik wird über die Verbandsklage diskutiert, wenn es um Tierschutz und Umweltschutz geht. Ich glaube viel wichtiger, obwohl ich die beiden Bereiche nicht gegeneinander ausspielen will, wäre ein wirkliches Verbandsklagerecht der Arbeitnehmerorganisationen. Dies ist in einem Sozialstaat längst überfällig.

Seien Sie herzlich Willkommen in Düsseldorf in NRW, einem Land das durch soziale Partnerschaft geprägt ist. Eine soziale Partnerschaft, die voraussetzt, dass es starke Gewerkschaften gibt, die nicht betteln, sondern durch eigene Kraft etwas gestalten können. NRW ist ein großes Industrieland. Unser Bruttosozialprodukt ist größer als das der Türkei oder Australiens.

Nochmals herzlich Willkommen in dieser wunderbaren Stadt. Gestalten Sie die beiden Tage, was die Konferenz angeht, konstruktiv und kritisch. Aber schauen Sie sich vielleicht auch etwas um.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Die europäische Union als sozialer Rechtsraum

Ganz herzlichen Dank, sehr geehrter lieber Kollege Schneider, lieber Guntram! Meine sehr verehrten Damen und Herren!

Ich freue mich sehr, dass so viele Richterinnen und Richter aus europäischen Ländern hier hingekommen sind, um über das „Soziale Europa“ zu diskutieren. Denn gerade heute ist das aus meiner Sicht besonders wichtig. Und da ich Europaministerin bin, werde ich mir dann doch erlauben, einige grundsätzliche Bemerkungen zu diesem Thema zu machen.

Die Sensibilität ist in den letzten Wochen gestiegen. Herr Minister Schneider hat es schon angesprochen, dass der Bericht, den der Sozialkommissar Andor vorgelegt hat, deutlich gemacht hat, in welcher schwierigen Situation wir in Europa sind, dass eine soziale Aufspaltung zu befürchten ist zwischen relativ stabilen Ländern des Nordens und einem von Rezession geplagten Süden. Denn gerade dort sind die Sozialsysteme aufgrund der anhaltenden Wirtschaftskrise stark überlastet und kaum noch in der Lage, die Folgen der Krise wirklich aufzufangen und den Menschen einen sozialen Mindestschutz zu gewähren. Deswegen wird aber auch deutlich, dass wir heute mehr denn je das soziale Europa brauchen.

Jean Monnet hat über die europäische Integration einmal gesagt: „Wir koalieren nicht Staaten, wir vereinigen Menschen“. Dieses Prinzip gerät bei den aktuellen europapolitischen Debatten leicht in Vergessenheit. Wir reden angesichts der Krise der Wirtschafts- und Währungsunion über den Verschuldungsgrad und die Reformfähigkeit von Staaten und über die Wettbewerbsfähigkeit dieser Mitgliedsstaaten. Das müssen wir. Wir müssen aber auch reden über die Menschen und den sozialen Zusammenhalt in Europa. Die Ernsthaftigkeit hat Kommissar László Andor mit seiner relativ scharfen Formulierung deutlich gemacht, als er davon gesprochen hat, dass wir in Europa einer neuen Kluft gegenüberstehen und dass 2012 ein weiteres, sehr schlechtes Jahr für Europa war, was die soziale Lage anbetrifft.

Aber, meine Damen und Herren, von Beginn an war die Europäische Union nicht nur eine Wirtschaftsgemeinschaft, sondern hatte auch eine soziale Dimension. Schon die Präambel der Römischen Verträge von 1957 definierte als Ziel die Verbesserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer. Die Verträge enthielten ein Sozialkapitel, nach dem die Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten in sozialen Fragen gefördert werden sollte. Allerdings waren die Maßnahmen im Wesentlichen auf den Arbeitsschutz beschränkt und echte Rechtsetzungskompetenzen für Sozialpolitik wurden der Gemeinschaft nicht übertragen.

Dass Sie als Richter sich natürlich mit den gegebenen arbeitsrechtlichen Fragestellungen in erster Linie beschäftigen, ist klar, aber viele der Probleme, mit denen Sie sich auseinandersetzen haben, haben mit der mangelnden Umsetzung einer breiteren sozialen Dimension zu tun.

Die damalige europäische Wirtschaftsgemeinschaft war nämlich auf die Herstellung des Binnenmarktes konzentriert. Die soziale Dimension war im Wesentlichen auf die Flankierung des gemeinsamen Marktes ausgerichtet. Und auf Initiative der Europäischen Kommission, aber auch durch die Rechtsprechung des EuGH wurden nationale Regelungen auch sozialpolitischer Art, die mit dem gemeinsamen europäischen Binnenmarkt nicht vereinbar erschienen, abgeschafft. Zur Stärkung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten wurden Handelsbarrieren, Grenzkontrollen und andere Hindernisse abgebaut. Es sollte verhindert werden, dass Sozialvorschriften die grenzüberschreitende Mobilität von Arbeitnehmern einschränken.

Dagegen erfolgte aber umgekehrt nur sehr begrenzt eine echte positive Integration in der Sozialpolitik, die in der Schaffung neuer Standards auf europäischer Ebene und einer

marktkorrigierenden Wirkung hätte bestehen müssen. Die Sozialpolitik ist in den Händen der Mitgliedsstaaten geblieben.

Seit 1990 wurde die europäische Sozialpolitik allerdings verstärkt. Stichworte sind die EU-Sozialagenda und der Lissabon-Prozess, der auch eine soziale Dimension mit einschloss, sowie 2008 die erneuerte Sozialagenda. Mit dem Vertrag von Lissabon von 2009 bekennt sich die Europäische Union zum ersten Mal zur sozialen Marktwirtschaft. Mit dem Lissabon-Vertrag ist auch die europäische Grundrechte-Charta verbindlich geworden. Sie verleiht den Grundrechten größere Sichtbarkeit und Klarheit und schafft damit Rechtssicherheit innerhalb der EU. Ich mache ein leises Fragezeichen dahinter.

Im Kontext des sozialen Europas besonders relevant sind die Solidaritätsrechte aus Titel IV der Charta. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wird das Recht auf Anhörung, Kollektivverhandlungen und angemessene Arbeitsbedingungen garantiert. Auch der Anspruch auf Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten bei Krankheit, Unfällen, Pflegebedürftigkeit, Alter und bei Verlust des Arbeitsplatzes ist festgeschrieben. Verstärkt werden könnte der Grundrechtsschutz, wenn die Europäische Union der Sozial-Charta des Europarates beitreten würde, den leider nicht alle Mitgliedsstaaten ratifiziert haben.

Der Lissabon-Vertrag beschränkt das soziale Europa also nicht auf Antidiskriminierungsrichtlinien oder einheitliche Mindeststandards im Arbeitsrecht. Dennoch fallen die Kompetenzen in der Sozialpolitik, verglichen mit den wirtschaftlichen Gestaltungsmöglichkeiten, schwach aus. Die Bereitschaft der Mitgliedsstaaten, Kompetenzen in diesem politisch sensiblen und fiskalisch bedeutsamen Bereich auf die europäische Ebene zu übertragen, scheint gering zu sein.

Meine Damen und Herren, dabei haben wir in Europa eine bedeutsame Sozialstaatstradition. Jacques Delors hat den Begriff des „Europäischen Sozialmodells“ geprägt. Freilich sind die Ausprägungen dieses Modells in Europa sehr unterschiedlich. Man unterscheidet kontinental-europäische, skandinavische, angelsächsische und südeuropäische Sozialstaatsmodelle. Gemeinsam zumindest ist der allgemeinste Kern: wirtschaftliche Entwicklung und sozialer Fortschritt müssen in Europa Hand in Hand gehen.

Charakteristisch sind ein hohes Maß an sozialem Schutz, ein staatlich gewährleisteter Mindestschutz gegen die gravierendsten Folgen von Armut, Krankheit und Arbeitslosigkeit, grundlegende Arbeitnehmerrechte und Arbeitsschutzbestimmungen und bedeutsame und mächtige Gewerkschaften.

Und, meine Damen und Herren, der Sozialstaat ist ein Erfolgsfaktor und das Markenzeichen, mit dem sich Europa von anderen Wirtschaftsregionen, etwa China oder den Vereinigten Staaten von Amerika unterscheidet. Seit der Krise in der Eurozone ist der Sozialstaat aber noch mehr unter Druck geraten. Diese Krise verstärkt den Spardruck auf die öffentlichen Haushalte und erhöht die Gefahr des Sozialabbaus. Die Fokussierung der Europäischen Union auf den Binnenmarkt und ihre Sparpolitik vernachlässigen die soziale Dimension in Europa.

Die Wirtschafts- und Währungsunion braucht aber ein gesundes, das heißt auch ein soziales Europa, wenn sie nicht die Akzeptanz der Bürger und Bürgerinnen verlieren möchte. Hier müssen wir auch am europäischen Binnenmarkt ansetzen. Die wirtschaftspolitische Steuerung in der Union, die ich an sich für notwendig halte, trägt in ihrer derzeitigen Ausgestaltung aber eher zu einer Erosion des Sozialstaates bei.

Meine Damen und Herren, wie könnte also das zukünftige soziale Europa konkret aussehen? Zunächst möchte ich festhalten, ein europäischer Sozialstaat kann nicht an die Stelle der nationalen Wohlfahrtsstaaten treten. Eine Angleichung der Systeme der sozialen Sicherheit stünde vor unüberwindbaren technischen Anpassungsproblemen. Dafür sind die Unterschiede der Sozialsysteme und Traditionen zwischen den Mitgliedsstaaten zu groß. Der Grundsatz „Einheit in Vielfalt“ muss bestehen bleiben. Angesichts der unterschiedlichen finanziellen Leistungsfähigkeit der Mitgliedsstaaten sehe ich im Übrigen auch keine Bereitschaft für einen echten umverteilenden

europäischen Sozialstaat. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Lissabon-Urteil betont, dass die Existenzsicherung des Einzelnen primär Aufgabe der Nationalstaaten bleiben müsse, auch wenn eine Koordinierung bis hin zur allmählichen Angleichung der Sozialpolitiken nicht ausgeschlossen sei.

Die Aufgabe der europäischen Ebene liegt vielmehr darin, die sozialpolitischen Ziele und Grundrechte weiter zu entwickeln, rechtsverbindliche EU-weite Mindeststandards einzuführen und die sozialpolitischen Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedsstaaten zu achten. Dafür müssen die primärrechtlichen Möglichkeiten, die der Vertrag von Lissabon grundsätzlich einräumt, in der europäischen Gesetzgebung konsequent umgesetzt werden. Das allein wird aber nicht reichen. Wir werden auch Vertragsänderungen brauchen.

Lassen Sie mich an einigen Punkten verdeutlichen, wie meines Erachtens ein soziales Europa ausgestaltet werden muss.

Erstens: Ich komme zu einem Punkt, den Minister Schneider schon angesprochen hat, nämlich die soziale Querschnittsklausel des Artikels 9 AEUV. Sie sollte zu einer sozialen Fortschrittsklausel weiterentwickelt werden, die eine echte Schutzfunktion für die sozialen Grundrechte bekommen und gewährleisten würde, dass im Konfliktfall die sozialen Grundrechte Vorrang vor wirtschaftlichen Freiheiten haben.

Zweitens: Die Grundfreiheiten des Binnenmarktes müssen entsprechend einer sozialen Marktwirtschaft konkretisiert werden und dürfen nicht länger extensiv ausgelegt werden. Denn der mit dieser extensiven Auslegung verbundene Systemwettbewerb zwischen den Mitgliedsstaaten muss beendet, mindestens aber abgemildert werden. Löhne, Sozialstandards und Regulierung dürfen nicht länger Gegenstand einer Wettbewerbspirale nach unten sein. Unternehmen sollten nicht über diese Rahmendaten, sondern über unternehmerische Leistungen miteinander konkurrieren. Über das Thema Entsenderichtlinie hat Herr Minister Schneider schon gesprochen. Es ist ein Beispiel, wie eine europäische Regelung dazu beiträgt, dass dieser Sozialdumping-Wettbewerb funktioniert.

Drittens: Dem unterschiedlichen Reifegrad und dem unterschiedlichen Entwicklungsstand der Volkswirtschaften muss bei Ausgestaltung der materiellen Sozialpolitik Rechnung getragen werden. Sozialausgaben müssen dem jeweiligen Entwicklungsstand eines Mitgliedsstaates entsprechen. Deswegen kann es auch nicht um „einen“ europäischen Mindestlohn gehen, sondern um europäische Mindestlöhne, die sich orientieren an dem Lohnniveau und an dem Produktivitätsfortschritt der jeweiligen Mitgliedsstaaten. Man könnte einen Korridor des Anteils von Sozialschutzausgaben am Pro-Kopf-Einkommen in Kaufkraftstandards europaweit festsetzen und die untere Grenze dürfte dann dabei nicht unterschritten werden.

Viertens: Über die Sozialausgaben hinaus sollten im Bereich Beschäftigung und Soziales regulative Mindeststandards eingeführt werden. Insoweit sollten zunächst die Handlungsfelder Arbeitsrecht und Arbeitsorganisation, sozialer Dialog und Arbeitnehmerbeteiligung, Sicherheit am Arbeitsplatz, Sozialschutz, soziale Eingliederung und Armutsbekämpfung – sofern noch nicht geschehen – Berücksichtigung finden. In den Bereichen Bildung, Ausbildung und Gesundheit, in dem die Einführung rechtsverbindlicher europäischer Mindestnormen aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedsstaaten derzeit nicht möglich ist, sollten mittels der Methode der offenen Koordinierung Wege aufgezeigt werden, die zu einer effizienteren Gestaltung dieser Bereiche in den Mitgliedsstaaten führen.

Fünftens: Die bislang schwach ausgeprägte materielle europäische Sozialpolitik sollte ausgebaut werden. Wichtige, bereits bestehende Ansätze dafür sind der Globalisierungsfonds und der jüngst von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Hilfsfonds. Da ist die Bundesregierung etwas anderer Meinung als wir hier in NRW.

Sechstens: Da, glaube ich, gibt es einen gewissen Dissens zwischen dem Arbeitsministerium und mir, ich trete mittelfristig auch für eine europäische Arbeitslosenversicherung, in Anlehnung an die US-amerikanische Arbeitslosenversicherung des Federal State, ein. Eine solche, die mit einem

geringen bürokratischen Aufwand verbunden wäre, würde Leistungskürzungen in der Rezession verhindern und den Konjunkturzyklus glätten. Die Souveränität der Nationalstaaten bei Festlegung der Leistungen und Leistungsmodalitäten des nationalen Niveaus der Unterstützung sowie des nationalen Beitragsniveaus bliebe erhalten. Eine Umverteilung wäre damit nicht verbunden.

Meine Damen und Herren, ich komme zum Schluss: Wir müssen meiner Meinung nach nicht den Sozialstaat vor Europa schützen, sondern das Soziale in die Union tragen, denn Sozialstaatlichkeit ist heute nur noch im europäischen Kontext zu verwirklichen. Die in den Klauseln des Lissabon-Vertrages enthaltenen Vorgaben müssen sich in sekundärrechtlichen Regelungen wiederfinden. Wir brauchen eine europäische Politik, die Wachstumsimpulse schafft und nicht eine, die Wachstum über Sozialeinschnitte abwürgt. Das muss noch viel stärker bei der Bewältigung der Krise in der Eurozone berücksichtigt werden.

Soziale Gerechtigkeit, also die Teilhabe eines jeden an einer fairen Gesellschaft, steht nicht im Widerspruch zu wirtschaftlicher Effizienz, sondern ist Voraussetzung für Produktivität. Wir müssen nicht wählen zwischen einer Gesellschaft mit sozialem Zusammenhalt und einer produktiveren Wirtschaft, denn soziale Sicherheit der Menschen ist ein Erfolgsfaktor für die Unternehmen. Wir können und müssen daher beides anstreben.

Sie, meine Damen und Herren, haben heute und morgen spannende Debatten auf der Tagesordnung, wo es auch um die Konkretisierung dieser Vorstellung geht. Ich bedaure es persönlich sehr, dass ich nicht an Ihrer Tagung teilnehmen kann, weil mich die Umsetzung dieses sozialen Europas sehr umtreibt und die Fachkompetenz von Arbeitsrichtern und Arbeitsrichterinnen, die mit diesen Themen täglich konfrontiert sind, entscheidend ist für die Weiterentwicklung unseres gemeinsamen sozialen Europas.

Ich wünsche Ihnen spannende, fruchtbare Debatten und alles Gute für Ihre weitere Arbeit.

Gemeinsame Erklärung: Ergebnisse und Handlungsbedarf

Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter der Europäischen Richtervereinigung für Demokratie und Freiheit MEDEL, der deutschen Neuen Richtervereinigung mit Richterinnen und Richtern und weiteren Experten aus Deutschland, Spanien, Polen, Frankreich, Österreich, Italien, Griechenland und den Niederlanden, haben sich am 25. und 26. Januar 2013 bei einer Tagung zur sozialen Dimension Europas über europäische arbeitsrechtliche Entwicklungen und Arbeitnehmerentsendung sowie Arbeitnehmerüberlassung ausgetauscht. Die nordrhein-westfälische Europaministerin Dr. Angelica Schwall-Düren und der nordrhein-westfälische Arbeitsminister Guntram Schneider haben die Veranstaltung unterstützt und eröffnet. Die Ministerin und der Minister sowie die Neue Richtervereinigung halten als Ergebnis und Handlungsbedarf der Veranstaltung Folgendes fest:

1. Sie sind sehr betroffen über das Ausmaß des Sozial- und Lohnabbaus in den Programmländern, die hohe Arbeitslosigkeit, insbesondere die hohe Jugendarbeitslosigkeit, und die damit einhergehenden sozialen Verwerfungen.
2. Die Krisenbewältigung geht vor allem in den Programmländern einher mit einer Deregulierung der Arbeitsmärkte und mit einem Abbau von Arbeitnehmerrechten. Zwar erfordern die wissensgetriebenen Volkswirtschaften mehr Mobilität und Flexibilität. Die Deregulierungen gehen aber oft über diese Erfordernisse hinaus und schützen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht mehr in einem ausreichenden Maß.
3. Sie sind der Auffassung, dass die sozialen Verwerfungen zu einem hohen Grad Folge der den Programmländern auferlegten Austeritätspolitik sind, und dass es Alternativen gäbe, die den Prozess der wirtschaftlichen Stabilisierung und Gesundung sozial verträglicher voranbringen könnten.
4. Sie stellen fest, dass zwar mit dem Vertrag von Lissabon, besonders mit der Grundrechtecharta, die sozialen Belange in der Europäischen Union gestärkt worden sind, dass aber die neuen sozialen Grundrechte bislang keinen ausreichenden Niederschlag in der europapolitischen Praxis gefunden haben.
5. Sie sind der Auffassung, dass die Kluft zwischen europäischen Sozialnormen und der Realität, insbesondere in den Programmländern, so gravierend geworden ist, dass die Glaubwürdigkeit des europäischen Projekts bedroht ist.
6. Die Grundfreiheiten des Binnenmarktes müssen entsprechend der sozialen Marktwirtschaft konkretisiert, und dürfen nicht länger extensiv ausgelegt werden. Wichtige Arbeitnehmerrechte müssen erhalten und ausgebaut werden. Das muss auch für die Arbeitnehmerentsendung gelten. Die Arbeitnehmer - Entsenderichtlinie und der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Durchsetzung der Arbeitnehmer - Entsenderichtlinie genügen diesem Anspruch nicht und müssen geändert werden:
 - U. a. im Hinblick auf das Ruffert-Urteil sollte klargestellt werden, dass die Entsenderichtlinie, die lediglich einen Mindeststandard festlegt, auch Tariftreue Regelungen zulässt.
 - Die Entsendezeit sowie der Entsendetatbestand müssen eindeutig definiert und klare Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Voraussetzungen festgelegt werden, die nicht zu Lasten von „scheinbar“ Entsandten gehen dürfen.
 - Insbesondere müssen alle Unternehmen, die von der unanständig billigen Arbeitsleistung profitieren, dafür haftbar gemacht werden können, auch wenn kein direktes Vertragsverhältnis mit dem Entsandten besteht. Daher reicht es nicht aus, wenn die Kommission mit ihrem Vorschlag bei den Haftungsregelungen nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner sucht.

- Inakzeptabel sind auch Rückschritte zur derzeitigen Rechtslage bei den Kontrollmaßnahmen nationaler Behörden. Die Europäische Kommission muss in ihrem Vorschlag klarstellen, dass es keine Abstriche bei den nationalen Kontrollmöglichkeiten und Informationspflichten (nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz) gibt. Verdachtsunabhängige Vor-Ort-Kontrollen der nationalen Prüfbehörden müssen weiterhin im bisherigen Umfang zulässig sein. Dank dieser Kontrollen konnten zahlreiche Missbrauchsfälle aufgedeckt werden.
- Alle Dokumente, auch längere, müssen in die Landessprache des aufnehmenden Landes übersetzt werden. Informationen für die Entsandten müssen in allen Muttersprachen gewährt werden.
- In allen Ländern müssen effektive Informationssysteme und Beratungsstellen für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer errichtet werden.
- Die praktische Umsetzung von Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers über den Einsatz, die Dauer und die Person des entsandten Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebsrat im Einsatzbetrieb muss verbessert werden.
- Die Informationen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in den entsendenden Mitgliedstaaten über Arbeitsvorschriften in aufnehmenden Mitgliedstaaten dürfen nicht nur auf elektronischem Wege, sondern müssen auch in Papierform zur Verfügung gestellt werden, weil gerade gering qualifizierte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer keinen Zugang zum Internet haben.
- Ein Verstoß eines Arbeitgebers gegen die Vorschriften zur Bereitstellung der Informationen über die Arbeitsvorschriften im aufnehmenden Mitgliedstaat sollte bußgeldbewehrt sein. Die Arbeitgeber sollten verpflichtet werden, diese Informationen ebenfalls den zuständigen Behörden im entsendenden und im aufnehmenden Mitgliedstaat zu übermitteln.
- Zur besseren Durchsetzung der Ansprüche der Entsandten muss Gewerkschaften ein eigenes Klagerecht bei Verstoß gegen Mindestarbeitsbedingungen eingeräumt werden.

A Constitution of Social Governance – zur Überbrückung der Kluft zwischen der „Wirtschaftsverfassung“ der EU und ihren sozialen Werten

Einleitung

Vielen Dank für die freundliche Einführung und vor allem für die Gelegenheit, von dieser spannenden Tagung profitieren zu können. Wie zuvor mit Ingrid Heinlein besprochen, für deren Anregungen ich mich noch einmal ausdrücklich bedanken möchte, fällt mein Vortrag ein wenig aus dem Gesamtrahmen der Tagung: er ist nicht auf einen konkreten Aspekt des Europäischen Arbeitsrechts konzentriert, und gibt auch keine spezifischen rechtspolitischen Handlungsaufträge. Es handelt sich zudem um den Versuch, die Kernbotschaften des letzten Kapitels meines ersten englischen Buches (Schiek 2012: 215-243) auf Deutsch zusammenzufassen – und ein wenig bin ich natürlich “lost in translation”.

Genug der Vorrede. Mit der Constitution of Social Governance (was man in etwa mit einer Verfassung des gesellschaftlichen Regierens übersetzen könnte) entwerfe ich einen Weg, die Kluft zwischen der angeblichen Wirtschaftsverfassung der EU und ihren sozialen Werten zu überbrücken, und dekonstruiere zugleich den Konsens, der sich im Diskurs der europäischen Linken zu diesem Spannungsverhältnis herausgebildet hat. Die Kritik der jüngeren Rechtsprechung des EuGH war sich überraschend schnell einig, dass nationale Modelle der Arbeitsverfassung, des Gesundheitswesens oder allgemein des sozialen Schutzes gegen die Europäische Intervention zu verteidigen seien. Dies ist eine nur allzu verständliche Reaktion auf einen Gerichtshof, dessen juristische EU Verfassung nur von geringer Kenntnis der komplexen nationalen Gesellschaften und ihrer Sozialverfassungen geprägt ist. Mit der Verteidigung nationaler Autonomie für sozialen Schutz, Arbeitsbeziehungen und soziale Dienste wird jedoch auch die nationale Abschottung der Sozialverfassungen gefordert. Dies ist eine praktische Alternative nur für Gesellschaften mit tragfähigen sozialen Kompromissen auf der Basis einer florierenden Nationalwirtschaft – also die Minderheit der EU. Zudem wird nationale Abschottung der Sozialpolitik der EU nach dem Vertrag von Lissabon nicht mehr gerecht, weil dieser die sozialen Werte der EU in seinem Grundlagenteil wesentlich stärkt. Ich schlage daher vor, den etablierten Konsens zu verlassen und Gestaltungsspielräume für eine Constitution of Social Governance in die Verträge hineinzulesen.

Um dies zu begründen, werde ich zunächst den etablierten Konsensus skizzieren, die Neuerungen durch den Vertrag von Lissabon und die verbleibenden Desiderata der Kompetenzverfassung aufzeigen, die nach meiner Meinung zu einer Kluft zwischen sozialen Werten und der Wirtschaftsverfassung führen, für deren Überbrückung ich die Constitution of Social Governance vorschlage.

Konsens der akademischen Linken?

Den etablierten Konsensus der akademischen Linken repräsentieren die Politikwissenschaftler Scharpf und Höpner sowie die Politikwissenschaftlerinnen Susanne K. Schmidt und Hartlapp, sowie die Rechtswissenschaftler Joerges, Rödl und Syrpis. In verschiedenen Varianten gehen sie davon aus, dass Direktwirkung und Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts eine EU- Wirtschaftsverfassung begründen, die sich selbst immer wieder als Bollwerk gegen eine EU- Sozialintegration stabilisiert: der juristischen Negativintegration durch Stärkung von Wirtschaftsfreiheiten und Wettbewerbsrecht steht keine adäquate Sozialverfassung gegenüber. Die Freizügigkeitsrechte der Bürgerinnen und Bürger und das Entgeltgleichheitsgebot sind entweder

¹ Der Redestil wurde beibehalten und anstelle eines Fußnotenapparats wird eine Bibliographie angefügt, auf die teilweise mit Klammerzusätzen Bezug genommen wird.

punktuell oder kommen nur einer Minderheit zugute und die Legislativkompetenzen sowie der entsprechende politische Gestaltungswille für eine adäquate Sozialintegration auf europäischer Ebene fehlen. Daraus folgt zunächst, dass die Sozialpolitik nur nationale Angelegenheit bleibt, wie das den Forderungen des Ordoliberalismus entspricht.

Weitergehend hat die jüngere Rechtsprechung des EuGH auch die Linke zu der Forderung provoziert, die EU Wirtschaftsverfassung solle doch vor den Sozialpolitiken der Mitgliedstaaten haltmachen. So ein Rückzug auf einen umgekehrten Ordoliberalismus, wie Stefan Giubboni (Giubboni, 2010: 256) das nennt, in dem Nationalstaaten darauf bestehen, dass der Binnenmarkt vor den Grenzen ihrer Sozialpolitik haltmacht, ist nur für Mitgliedstaaten des westeuropäischen Kontinents eine Option, deren Wirtschaft floriert (z.B. auf der Basis von Exportüberschüssen), was wiederum stabile öffentliche Haushalte und die Aufrechterhaltung stabilisierender Sozialkompromisse ermöglicht. Für Mitgliedstaaten, deren Wirtschaft weniger oder überhaupt nicht floriert, ist dieser Weg nicht gangbar. Nationaler Egoismus wird bei ihnen nicht dazu führen, dass soziale Mindeststandards aufrechterhalten werden können. Viel wahrscheinlicher ist es, dass sie dazu getrieben werden, auf der Basis von Niedriglöhnen und sozialer Deprivation um ihre Position im Binnenmarkt zu wetteifern. Nationale Abschottung wird daher kein soziales Europa für alle Bürgerinnen und Bürger hervorbringen.

Kontrast zwischen Grundwerten und Kompetenzverfassung der EU nach Lissabon

Ein Europa ohne Sozialintegration entspricht aber schon lange nicht mehr den Postulaten der Verträge. Natürlich folgt die Europäische Union zum Teil den Grundsätzen einer liberalen Wirtschaftsverfassung, und das gilt auch heute noch. Nach Artikel 2 EUV gründet sich die EU auf Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit; und Grundfreiheiten, Wettbewerbsrecht und Wirtschafts- und Währungsunion bleiben überwiegend unverändert, wenn man von der Kompetenz für Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse einmal absieht. Zudem ist nach Artikel 3 EUV die Errichtung des Binnenmarktes nun ein eigenständiges Ziel der EU und nicht mehr nur ein Instrument um weitergehende, unter anderem soziale, Ziele zu erreichen.

Andererseits enthält der Vertrag auch neue Werte. Artikel 2 nennt Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität; und Artikel 3 EUV unterstreicht die neue Orientierung durch sozialpolitische Ziele wie Vollbeschäftigung, sozialer Fortschritt, die Förderung von sozialer Gerechtigkeit und sozialem Schutz sowie das Streben nach sozialem Zusammenhalt. Dem entspricht es, dass die Grundrechtecharta nicht nur die klassischen Menschenrechte als Abwehrrechte gegen Staat und EU enthält, sondern in ihrem Titel „Solidarität“ auch eine große Anzahl sozialer Rechte. Artikel 9 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) enthält eine soziale Querschnittsklausel, auf die Sozialpolitiker bereits große Hoffnungen gegründet haben.

Zusammen mit der neuen grundrechtlichen Orientierung sowie der sozialen Querschnittsklausel begründet der Vertrag von Lissabon den verfassungsrechtlichen Auftrag zugunsten der wirtschaftlichen und der sozialen Integration. Er stellt damit die normative Forderung auf, den Binnenmarkt sozial einzubetten, und steht einer ausschließlichen Orientierung der EU an wirtschaftlicher Integration ebenso entgegen wie der Fortsetzung des umgekehrten Ordoliberalismus, der die soziale Integration bei internationaler Wirtschaftsintegration der nationalen Ebene überlässt.

Die Kompetenzverfassung nach dem Vertrag von Lissabon entspricht dem jedoch nicht. Überwiegend sind die Änderungen im Kompetenzregime vom Schutz der nationalen Autonomie bestimmt, wie sich insbesondere aus dem neuen Artikel 4 Abs. 2 EUV ergibt. Danach achtet die EU die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit. Artikel 5 EUV betont ergänzend Subsidiarität und parlamentarische Kontrolle.

Sowohl die Kompetenzen zur Verwirklichung des Binnenmarktes als auch die sehr begrenzten Kompetenzen in der Sozialpolitik bleiben im Wesentlichen gleich. Erweiterungen der sozialpolitischen Kompetenzen ergeben sich für wirtschaftliche Dienste im allgemeinen Interesse sowie im Gesundheitsbereich. Im Arbeitsrecht bleiben Entgelt und Arbeitskampf, im Sozialrecht bleiben die Gesundheitsdienste der EU entzogen.

Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH wird all dies durch judizielle Kompetenzen ergänzt: die Mitgliedsstaaten bleiben auch in den Bereichen an Primärrecht gebunden, in denen die EU keine Kompetenz hat. Das bedeutet, dass zum Beispiel die Territorialität des Arbeitsrechts oder der Tarifverträge nicht akzeptiert wird, wenn dies zu einer Beschränkung der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung führt, aber auch, dass das Gebot der Entgeltgleichheit vor der nationalen Tarifautonomie oder die Freizügigkeitsrechte der Bürgerinnen und Bürger vor nationalen Abschottungspolitiken Vorrang genießen.

„Constitution of Social Governance“ als Ausweg

Die EU befindet sich damit in einem Dilemma: ihre verfassungsverbindlichen Werte und Aufgaben verlangen das Streben nach sozialer Gerechtigkeit. Unter dem Paradigma des eingebetteten Liberalismus (embedded liberalism) versuchte die EWG der 1950er Jahre, sozialen Fortschritt durch nationale Politiken, deren Spielräume durch vermehrtes Wirtschaftswachstum im Gemeinsamen Markt erweitert wurden, zu erreichen. Embedded liberalism scheitert jedoch, sobald die Wirtschaftsintegration mit judiziell durchsetzbaren Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht durchgesetzt wird. Nationale Sozialpolitiken sowie gesellschaftliche Praktiken, die auf territorialer Abschottung beruhen, geraten mit den Rechten der transnationalen Wirtschaftsakteure in Konflikt. Das gilt auch für tarifliche Regelungen, wie z.B. die Entscheidung zur Riesterreute gezeigt hat, und sogar für die bloße Androhung von Arbeitskämpfen.

Muss dies zur Stärkung der nationalen Sozialpolitik und zum Abschied von EU-weiter Solidarität führen? Wie oben gezeigt, ist ein solcher umgekehrter Ordoliberalismus keine faktische Alternative – und zwar nicht nur wegen der erheblichen Unterschiede innerhalb der EU, sondern auch, weil soziale Institutionen von der Dynamik der Wirtschaftsglobalisierung nicht abgekoppelt sind. Die Konstruktion einer Alternative basiert auf der Erfüllung des Verfassungsmandats, soziale Gerechtigkeit durch Interpretation des gesamten EU-Rechts im Einklang mit diesem Mandat. Diese abstrakt anmutende These will ich im Folgenden für vier verschiedene modes of governance durchdeklinieren. An dieser Stelle muss ich eine Fußnote zur Übersetzung anbringen: Governance erfasst - im Unterschied zu government Regieren (also ordnen und steuern) - durch verschiedene oder eine Kombination von Akteuren, die Regierungen auf mehreren Ebenen, Gerichte sowie gesellschaftliche Akteure umfassen.

Eine wesentliche Grundannahme der Constitution of Social Governance ist es, dass gerade die soziale Integration auf europäischer und transnationaler Ebene nicht allein durch EU-Gesetzgebung, also letztlich durch Staatenkooperation, verwirklicht werden kann. Die skizzierten Lücken der EU-Kompetenzordnung, etwa in Bereichen wie Entgelt, Maßnahmen gegen soziale Ausgrenzung, Bildung und Kultur, entsprechen den Traditionen der europäischen Gesellschaften, die diese Bereiche nicht vollständig in staatlicher Regulierung sehen wollen. Am deutlichsten ist dies in der Entgeltpolitik, die eine Reihe von Mitgliedstaaten den sozialen Gegenspielern überlässt. Aber auch jenseits der Tarifpolitik spielen nichtstaatliche Akteure eine entscheidende Rolle für die soziale Gerechtigkeit. Gemeinnützige Organisationen verfolgen zahlreiche wohltätige Zwecke, Sozialversicherungen sind für Gesundheitsvorsorge und Renten entscheidend, Genossenschaften stellen sozialen Wohnungsbau zur Verfügung, und autonome oder halbautonome Gemeinden stellen eine Reihe sozialer Dienstleistungen sicher. Alle diese Akteure könnten sich für transnationale oder europäische Kooperation entscheiden. Die EU-Kompetenzverfassung im Bereich der sozialen Integration wäre nicht mehr unvollständig, wenn solche Kooperationen als Teil der Sozialen Governance akzeptiert würden.

Beispielsweise könnten Gewerkschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten sich verabreden, einer Abwärtsspirale des Lohnwettbewerbs vorzubeugen, indem ihre Mitglieder sich bereiterklären, nicht miteinander in transnationalen Lohnwettbewerb zu treten, und vor allem nicht während eines Arbeitskampfes. Eine europäische Liga von Universitäten könnte Ausgleichszahlungen

untereinander vereinbaren, um unbalancierte Studentenmobilität auszugleichen oder vergleichbare Voraussetzungen für Forschung zu schaffen. Krankenversicherungen könnten einen Ausgleichsfonds vereinbaren, um Versicherten aus ärmeren Mitgliedstaaten den Zugang zu hochwertiger Behandlung zu ermöglichen, ohne die Budgets der Mitgliedsversicherungen zu gefährden.

EU „modes of governance“ und die Constitution of social governance

Wie kann das EU- Recht in den verschiedenen modes of governance mit solchen Phänomenen transnationaler sozialer Governance umgehen? Im Mehrebenensystem der EU sind verschiedene modes of governance nebeneinander aktiv, und idealerweise ergänzen sie sich. Um die Komplexität zu reduzieren, konzentriere ich mich hier auf die modes of governance, die der EU selbst zur Verfügung stehen. Dabei fange ich mit der „governance by judges“ an, die auf der unmittelbaren Wirkung und dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts basiert, welche den besonderen Charakter der EU und ihres Rechts ausmachen.

Unmittelbare Wirkung des EU Recht (judizielles Regieren)

Die eben skizzierten Aktivitäten könnten natürlich mit den Wirtschaftsfreiheiten und ggf. auch dem Wettbewerbsrecht kollidieren, wenn diese traditionell und ohne Bezug auf die sozialen Werte der EU ausgelegt werden. Der Gerichtshof hat in der Vergangenheit die Wirtschaftsfreiheiten als vorrangig vor den sozialen Werten behandelt, indem er die Rechtfertigung der sozialen Werte, nicht aber die Rechtfertigung der Wirtschaftsfreiheiten verlangt hat. Dieses strukturelle Balancedefizit gilt es aufzuheben, wie bereits von Generalanwältin Trstenjak in ihren Schlussanträgen zur Entscheidung Riesterrechte verlangt (EuGH C-271/08 KOM Deutschland, Rn. 222-232 Schlussanträge).

Wenn etwa HUMANPOWER, eine europäische Leiharbeitsfirma, ihre Arbeitskräfte nicht grenzüberschreitend einsetzen kann, weil die Mitglieder der o.g Gewerkschaften sich weigern, in Arbeitskämpfen eingesetzt zu werden oder mit den HUMANPOWER - Leuten zu kooperieren, wenn diese Löhne unterbieten, könnte der Arbeitgeber sich auf die EuGH - Entscheidungen Laval (EuGH C-341/05 Slg. 2007, I-11767) und Viking (EuGH C-438/05 ITWF Slg. 2007, I-10779) berufen, um seine Position europarechtlich zu stützen. Dies gilt insbesondere, wenn nationales Recht ihm verwehrt, die Gewerkschaften auf Schadensersatz zu verklagen. Das nationale Gericht oder der Europäische Gerichtshof könnte sich dann fragen, ob diese Folge gewerkschaftlicher Kooperation die Dienstleistungsfreiheit verletzt. Wenn soziale Gerechtigkeit dabei ernst genommen wird, könnte der Gerichtshof z.B. annehmen, dass es zum Unternehmerrisiko in einer Demokratie gehört, gewerkschaftlichen Aktivitäten ausgeliefert zu sein, und dass dies nicht als Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit angesehen werden kann. Damit bleibt dem Gericht immer noch die Möglichkeit, Streikaktionen etwa unter dem Banner “English Jobs for English Workers”, wie sie 2009 in Nordengland vorkamen, als unvereinbar mit dem Unionsrecht anzusehen.

Was, wenn etwa die Krankenversicherungen, die sich zusammengeschlossen haben, nur einige Mitgliedstaaten abdecken, und wiederum nur Mitgliedsanbieter und Versicherte begünstigen? Konflikte mit dem Wettbewerbsrecht der EU liegen nahe, ebenso wie mit der Dienstleistungsfreiheit. Dem Gerichtshof könnte die Frage vorgelegt werden, ob die Verpflichtung eines Mitgliedskrankenhauses im Staat A, den Bürger aus Staat B zu günstigen Konditionen zu behandeln, dies jedoch dem aus Staat C zu verweigern, dessen Gesundheitsversorger nicht an das System angeschlossen ist, mit der Dienstleistungsfreiheit oder (bei marktbeherrschender Stellung) dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung konfligiert. Anders als aufgrund der bisherigen Rechtsprechung zu erwarten, könnte der Gerichtshof akzeptieren, dass solche vereinbarten Sozialräume als Konsequenz der spontanen EU-Integration akzeptiert werden müssen.

Jetzt habe ich ziemlich viel über Richter gesprochen, nicht nur, weil so viele Richter hier sitzen, sondern weil die Rechtsprechung eine sehr effektive Methode der EU-Integration ist.

EU Legislation

Aber kommen wir zur Gesetzgebung auf der EU- Ebene, die in den angesprochenen Bereichen ja meist auf Richtlinien beruht. Hier sind die Spielräume zur Verwirklichung sozialer Integration naturgemäß am Größten. Der Gesetzgeber kann die Belange der sozialen Gerechtigkeit auch bei der Binnenmarkgesetzgebung berücksichtigen. So war es durchaus nicht zwingend, den Mitgliedstaaten in der Dienstleistungsrichtlinie die Rechtfertigung von Beschränkungen unter Berufung auf soziale Ziele zu untersagen, ohne zugleich einen EU-weiten Mindeststandard an sozialen Rechten festzusetzen. Bei einer entsprechenden Auslegung der Gesetzgebungskompetenzen und der Grundfreiheiten könnte man durchaus zu dem Ergebnis kommen, dass es mit der Verfassungsverpflichtung auf eine Wirtschafts- und Sozialunion zugleich nicht vereinbar ist, eine solche Richtlinie zu schaffen.

Vereinbartes Regieren

Ich komme nun zum Punkt „Vereinbartes Regieren“. Dieses Schlagwort kennzeichnet die Offene Methode der Koordinierung. Es trifft nicht zu, dass Benchmarking und der Vergleich von „Best Practices“ keine Auswirkungen auf die Sozialpolitik der Mitgliedstaaten haben. Vielleicht sind die Auswirkungen größer als die der Gesetzgebung, die nicht unbedingt befolgt wird. Folglich kann eine überwiegend neoliberale Ausrichtung der Koordination der Sozialpolitiken, wie sie etwa unter dem Programm „Europa 2020“ zum Teil vorgenommen wird, jedenfalls im Sinne einer schwachen Juridifizierung auch mit verfassungsrechtlichen Argumenten angegriffen werden.

Transnationales gesellschaftliches Regieren

Gerade die Offene Methode der Koordinierung ist natürlich auch eine Chance, wenn sie etwas phantasievoller angewandt wird als bisher, und kann zu transnationalen gesellschaftlichen Aktivitäten führen. So können z.B. EU-Regionen bestimmte Kooperationen von sozialen Akteuren oder Kommunen teilfinanzieren. Damit eröffnet sich dann wieder die Möglichkeit gerichtlicher Auseinandersetzungen oder des Eingreifens der EU- Kommission auf der Grundlage des Beihilferechts, wenn solche Kooperationen nicht gleich die ganze EU erfassen. So schließt sich der Kreis in diesem „nondirectional chart“, wie die Microsoft Cooperation es nennt. Judizielles Regieren muss die Spielräume für gesellschaftliches Regieren offen halten, die wiederum durch Koordination nationaler Politiken und EU- Gesetzgebung unterstützt werden können.

Ausblick

Ich bin mir durchaus nicht sicher, ob die skizzierte Brücke wirklich stabil ist, oder ob sie doch eher einer der improvisierten Brücken ähnelt, die man in den Yorkshire Dales nördlich von Leeds so oft findet.

Ich hoffe jedoch aufgezeigt zu haben, dass die Sozialintegration nicht den Abschied von der Europäischen Integration erfordert, sondern durchaus mit der Direktwirkung und dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts vereinbar ist. Die EU-Verträge können als Constitution of Social Governance interpretiert werden, die auf die Gesetzgebung der EU, Koordinierung nationaler Politiken und nicht zuletzt auf transnationales gesellschaftliches Regieren baut. Der Gerichtsbarkeit kommt dabei eine Schlüsselrolle zu und es ist zu hoffen, dass auch EU- Richterinnen und Richter dieser Verantwortung gerecht werden, bevor das EU-Integrationsprojekt vollständig das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger verliert.

Bibliographie

- Giubboni, Stephan, 2010. Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: A Reappraisal. In K. Tuori & S. Sankari, eds. *The Many Constitutions of Europe*. Farnham: Ashgate. pp.241-61
- Hartlapp, Miriam. (2011) 'Organising Exits from the Joint-Decision Trap? Cross-sectoral (Non-) Coordination in the European Union' in: Falkner, G. & F.W. Scharpf(eds.): *The EU's Joint-Decision Trap and its Exits* (Oxford: Oxford University Press) 181–198.
- Höpner, Matthias., & Arndt Schäfer (2010). A New Phase of European Integration: Organised Capitalism in Post-Ricardian Europe. *West European Politics*, 33 (2), 344-368
- Joerges, Christian, & Florian Rödl (2009). 'Informal politics, formalised law and the 'social deficit' of European integration: reflections after the judgments of the ECJ in Viking and Laval.' *European Law Journal*, 15 (1), 1-19.

- Scharpf, Friedrich W (2010). The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a "social market economy". *Socio-Economic Review* , 8 (2), 211-250
- Schiek, Dagmar (2012) *Economic and Social Integration – the Challenge for EU Constitutional Law* (Cheltenham: Edward Elgar)
- Schiek, Dagmar (2013) 'Social Services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance' in: Neergaard, U & E Szyszczak, J W van den Gronden & M Krajewski (eds) *Social Services of General Interest in the EU* (The Hague; T.M.Asser Press) 73-94
- Schmidt, Susanne K. (2012) 'Who cares about nationality? The path-dependent case law of the ECJ from goods to citizens' *Journal of European Public Policy*, 19 (1), 8-24
- Syrpis, Phil (2007) *EU Intervention in Domestic Labour Law* (Oxford: Oxford University Press)

„Europa in der Krise“

Die soziale Dimension der Europäischen Union und der gegenwärtige Zustand des Arbeitsrechts in den Mitgliedstaaten: Der Fall Spanien

„Den folgenden visionären Führern haben wir die Schaffung der Europäischen Union zu verdanken, in der wir heute leben. Ohne ihre Energie und Entschlossenheit hätten wir nicht den Frieden und die Stabilität, die wir für selbstverständlich halten. Vom Widerstandskämpfer bis hin zum Anwalt, die Gründerväter waren Personen mit unterschiedlichem Hintergrund, die dieselben Ideale hatten: ein friedliches, geeintes und wohlhabendes Europa.“²

1. Krise? Welche Krise?

Seit dem Jahr 2008 erlebt die EU die sogenannte Finanzkrise, die sich je nach Mitgliedstaat unterschiedlich auswirkt. Wir können zwischen zwei Gruppen von Mitgliedstaaten differenzieren:

- a) nördliche Staaten, angeführt von Deutschland und Frankreich, und
 - b) südliche Staaten, auch als PIIGS oder neuerdings als GIPSI-Staaten bekannt, eine neue Kategorie für Staaten, die Schwierigkeiten haben, ihre öffentliche Verschuldung zu finanzieren.
- Diese Situation innerhalb der europäischen Länder verschafft einen interessanten Einblick in die Bildung der EU und auch in Bezug auf den Ursprung der Krise. Zunächst wollen wir einige offizielle Argumente über den Ursprung der Krise untersuchen.

Im Grunde bringt die offizielle Version die Ursache der Krise nur mit der Deregulierung des Finanzsektors in Verbindung und reduziert die Analyse der Ursachen auf die folgende Aussage: der Crash im Jahr 2008 basiert auf dem Zusammenbruch der Subprime-Hypothekendarlehen und der fehlenden Regulierung des Finanzmarktes.

Diese Erklärungen sind nicht zufriedenstellend, da sie die sehr wichtige Frage nach dem Grund für die hohe Verschuldung von Arbeitnehmern und Familien, die für die letzten zwei Jahrzehnte kennzeichnend ist, unbeantwortet lässt. Es ist daher notwendig, andere Ursprünge, gesellschaftliche Ursprünge, für die hohe Verschuldung der Familien zu untersuchen. Einer von ihnen könnte in der Lohnentwicklung auf den verschiedenen europäischen Arbeitsmärkten liegen oder, allgemeiner betrachtet, in der Ungleichheit, die sich in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat.

Offizielle Angaben der Europäischen Kommission zu den von Armut gefährdeten Bevölkerungsteilen für die 27 EU-Staaten zeigen, dass der Hauptgrund für diese Armutsquoten seit 2003 in der ungleichen Einkommensverteilung liegt, von der insbesondere die peripheren EU-Länder betroffen sind. Mit anderen Worten: die massive Verschuldung der Familien hat sich wegen der ungleichen Verteilung von Vermögen zum Normalzustand in der Gesellschaft entwickelt³. Man kann daher sagen, dass „Arbeit“ wegen der schrittweisen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ihre soziale und wirtschaftliche Funktion als „Motor“ für das Leben der Bevölkerung verloren hat. Diese Entwicklungen werden nicht nur in der EU, sondern auch in den USA zu Prinzipien des Produktionsmodells und haben unterschiedliche Auswirkungen auf den Stellenwert des Arbeitsverhältnisses und seine Regulierung.

² http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_de.htm

³ LETTIERI, A., „El origen social de la crisis“. Informes Fundación 1º de Mayo, nº 36, mayo 2011, p. 2.

Der traditionelle Bezug zwischen Arbeitnehmer und Verbraucher ist durch die Bankenkrise und die sogenannte Finanzialisierung der Wirtschaft beschädigt. So war in den letzten zwei Jahrzehnten nicht die Arbeit der einzige Weg, zu bestimmten fundamentalen Rechten, Gütern und Dienstleistungen zu gelangen, sondern die Verschuldung der Beschäftigten und ihrer Familien⁴. Deswegen wird die Regulierung des Arbeitsmarktes in Europa, besonders in dieser Krise, nicht auf die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer bezogen, sondern auf makroökonomische Notwendigkeiten, z.B. Kostenreduzierung, um die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen zu steigern⁵, oder in neuerer Zeit als Weg zur Reduzierung des Staatsdefizits.

Eine nicht ausschließlich wirtschaftlich orientierte Sichtweise würde es erlauben, die Situation zu analysieren, um die besten Maßnahmen gegen die Krise, insbesondere im Bereich der Arbeitsverhältnisse, zu finden. Hierfür könnte es sehr hilfreich sein, zwischen dem Ursprung der Krise und den Auswirkungen der Maßnahmen zu ihrer Bekämpfung zu unterscheiden. Das europäische Modell zur Krisenbewältigung ist das beste Beispiel, um verstehen zu können, wie wichtig die Unterscheidung der Ursachen von den Konsequenzen ist.

Die Entscheidung der EU, nur den wirtschaftlichen Ursprung in Betracht zu ziehen und den gesellschaftlichen außer Acht zu lassen, und den Euro-Pakt als besten – und einzigen – Weg zur Überwindung der Krise zu beschließen, hat den Fehler, dass Ursprung und Konsequenz durcheinandergebracht werden. Wie bekannt ist, ist das Hauptanliegen des Euro-Paktes die Reduzierung des Staatsdefizits. Als Ergebnis dieser Politik haben nahezu alle 27 EU-Staaten private Schulden in öffentliche Schulden umgewandelt⁶, öffentliche Ausgaben für Bildung, Gesundheit und Soziale Dienste gekürzt, verschiedene Banken gerettet und damit die gesellschaftlichen Ursachen der Krise verschlimmert.

Wie die OECD⁷ kürzlich mitgeteilt hat, führt das Desinteresse der EU an der zunehmenden Ungleichheit der Einkommensverteilung zu noch mehr Ungleichheit, abgesehen davon, dass das nationale Arbeitsrecht entstellt wird, weil die Regelung der Arbeitsbeziehungen auf neoliberale und kolonialistische Weise homogenisiert wird⁸.

2. Austeritätspolitik und Arbeitsrecht: offizieller Diskurs

Der Europäischen Kommission und den Institutionen, die die Finanzmärkte regeln, wie zum Beispiel EZB und IWF, zufolge sollten die wirtschaftlichen Maßnahmen zur Reduzierung des Staatsdefizits von Regierungsmaßnahmen begleitet werden, die auf tiefe „strukturelle Reformen“ der nationalen Gesetzgebung abzielen, womit die Einführung einer Reihe von Reformen des Individualarbeitsrechts, der Systeme der sozialen Sicherheit und des Kollektivarbeitsrechts mit dem erklärten Ziel, Arbeitsplätze zu schaffen und/oder die Beschäftigungsquote stabil zu halten, gemeint ist. Mit anderen Worten: während das staatliche, makroökonomische Handeln auf die Reduzierung des Staatsdefizits und damit die Verkleinerung des Staatssektors abzielt, sind die Bemühungen, Arbeitsplätze zu schaffen und zu erhalten, auf die Überprüfung der arbeitsrechtlichen Regelungen und der sozialen Sicherungssysteme beschränkt. Zwei Haupt-Handlungsrichtlinien sind daraus hervorgegangen.

Die erste hängt mit der „unvermeidlichen“ Natur von Austeritätsmaßnahmen und der Defizitreduzierung im öffentlichen Sektor als einzigem Weg aus der Krise und zur

⁴ Insbesondere betraf dies in den letzten 2 Jahrzehnten die spanischen Familien, die sich Zugang zum Wohnungsmarkt verschaffen wollten.

⁵ KRUGMAN, P., End this Depression now!, 2012, Position 3033 von 4262 der elektronischen Ausgabe.

⁶ „Vor der Krise hielt Spanien die Stabilitätsvorschriften der Eurozone ein. Auch jetzt ist die Staatsverschuldung mit rund 70 % des BIP niedriger als die von Deutschland. Wie schon in Irland sind auch Spaniens Finanzprobleme privater und nicht öffentlicher Natur. Eine Schuldenorgie spanischer Privathaushalte und Unternehmen nährte eine Immobilienblase und hat das Land enorm von ausländischen Gläubigern abhängig gemacht. Nach Konsolidierung sämtlicher ausländischen Vermögenswerte schulden spanische Privathaushalte, Unternehmen und die Regierung zusammen Ausländern fast 1 Billion Euro (\$ 1,25 Billionen) bzw. mehr als 90 % des BIP. Dies sind ähnliche Werte wie im krisengeschüttelten Griechenland, Irland und Portugal und weitaus höher als in anderen Industrieländern. Spaniens Banken waren der Kanal dieser privaten Kreditgelage und sind nun hart vom wirtschaftlichen Niedergang getroffen.“ <http://www.economist.com/node/21556238>

⁷ OECD, Divided we stand. Why inequality keeps rising? OECD Publishing, 2011.

⁸ HUDSON, M. and SOMMERS, J., „The Death of Social Europe“, in counterpunch, 18th January, 2011. <http://www.counterpunch.org/2011/01/18/the-death-of-quot-social-europe-quot/>.

Konjunkturbelebung zusammen. Die politische und wirtschaftliche Debatte hat sich daher von Themen wie zum Beispiel der Veränderung des Produktionsmodells und den erforderlichen Wirtschaftsreformen zur Stärkung der wirtschaftlichen Betätigung, die sich in den vergangenen Jahrzehnten fast ausschließlich auf den Immobilienmarkt konzentriert und zu einer Spirale aus Spekulation und steigenden Preisen bei den Eigenheimen geführt hat, abgewandt. Dass die wirtschaftlichen Akteure aus ihrer Verantwortung entlassen werden, indem eine Politik der Reduzierung öffentlicher Ausgaben umgesetzt wird, war in letzter Zeit wegen ihrer depressiven Auswirkungen auf die sogenannte Realwirtschaft Gegenstand von Kritik⁹.

Die zweite Handlungsrichtung, die die erste widerspiegelt, ist eng mit den Reformen des Arbeitsrechts verbunden und wird von dem umstrittenen Grundsatz getragen, dass Arbeitsplätze allein durch Beschneidung von rechtlichen und politischen Beschäftigungsgarantien und Verschlechterung des durchschnittlichen Entgeltniveaus sowie der Arbeitsbedingungen geschaffen oder erhalten werden können, d.h. Arbeitsplatzschaffung wird mit stabilen Beschäftigungsrechten aufgerechnet. Diese Sicht, die in mehreren europäischen Ländern nicht neu ist, hat sich nicht als richtig erwiesen, weder in der jetzigen noch in vorherigen Krisen, wie zum Beispiel in den 80er und 90er Jahren. Zwischen 2009 und 2012 hat dennoch ein intensiver Reformprozess sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht stattgefunden, dem die Auffassung zugrunde liegt, dass Beschäftigungsrechte der Hauptgrund für normative Starrheit und daher Arbeitsplatzverlust sind.

Aus dieser Sicht ist das Arbeitsrecht wegen seiner Starrheit und seines Zwecks, die Rechte der Arbeitnehmer in einer sich ständig verändernden Geschäftswelt zu wahren, für den Arbeitsplatzabbau verantwortlich. So haben die Vorschläge zur Überwindung der Beschäftigungskrise die Regelungen des Arbeitsrechts zur selben Zeit als Hauptproblem und als die große Lösung angesehen, wobei vergessen wurde, dass in früheren Jahren die Strenge des Arbeitsrechts die höchsten Beschäftigungsraten mit sich gebracht hat¹⁰. Wie auch immer, wir wollen uns jetzt nicht mit dieser Art sinnloser Argumente auseinandersetzen, aber wir sind daran interessiert, zu zeigen, woher der offizielle Tadel von Verhaltensweisen kommt, der in der Idee mündet, einige Staaten hätten „über ihre Verhältnisse“ gelebt, auch bei den wirtschaftlichen, sozialen und Arbeitsrechten. Deshalb müssen diese Länder nun die Lebens- und Arbeitsbedingungen zur Bekämpfung der Krise beschneiden, selbst wenn diese Art von Heilmitteln sehr starke Ungleichheiten unter den EU-Mitgliedstaaten hervorrufen und die wichtigsten europäischen Prinzipien und Werte wie sozialen Zusammenhalt, Solidarität oder Gleichheit beeinträchtigen. Wie im nächsten Abschnitt bei der Präsentation des spanischen Falls zu sehen ist, wird das Arbeitsrecht in seinen Grundfesten erschüttert. Es wird in eine Gruppe von Regeln verwandelt, die auf der einen Seite darauf abzielen, makroökonomische Probleme, wie zum Beispiel die internationale Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen oder die Staatsverschuldung zu lösen, und auf der anderen Seite, die Beschäftigungsquoten zu verbessern. So ist der Arbeitnehmer für das neue Arbeitsrecht nicht mehr das zu schützende Subjekt, er soll ein bloßer Produktionsfaktor sein.

In diesem Zusammenhang hat die ILO jüngst hervorgehoben, dass die Reallöhne in den entwickelten Ländern, insbesondere in Europa, sich weit unter dem Vor-Krisen-Niveau bewegen¹¹: „Die um die Inflationsrate bereinigten monatlichen Durchschnittsvergütungen – auch als durchschnittlicher Reallohn bekannt – sind weltweit um 1,2 % im Jahr 2011 gestiegen, gegenüber 2,1 % im Jahr 2010 und 3 % im Jahr 2007. Die durchschnittliche Arbeitsproduktivität in entwickelten Ländern hat sich mehr als verdoppelt, während die monatlichen Reallöhne auf gleichem Niveau geblieben sind. Diese globale Entwicklung hat zu einer Veränderung bei der Verteilung des nationalen Einkommens geführt, wobei in der Mehrzahl der Staaten der Anteil der Arbeitnehmereinkünfte abnimmt bei gleichzeitiger Zunahme der Kapitaleinkünfte. Die

⁹ J. GUAJARDO, D. LEIGH and A. PESCATORI, Expansionary Austerity: New International Evidence. IMF Working Papers, 11/158, passing.

¹⁰ Z.B. war in Spanien von 1997 bis 2007 die Zeit, in der die höchsten Beschäftigungsquoten erreicht wurden. Vielleicht findet diese Situation ihre Erklärung in der Beziehung zwischen BIP und Beschäftigung, wie die ILO kürzlich angemerkt hat. Global Wage Report 2012/2013. Wages and equitable growth. International Labour Office, Geneva, 2012, p. 16.

¹¹ ILO, Global Wage Report 2012/2013. Wages and equitable growth. International Labour Office, Geneva, 2012.

Abnahme des Lohnanteils beeinträchtigt den Konsum der Haushalte und kann so Defizite in der Gesamtnachfrage nach sich ziehen. Diese Defizite wurden in einigen Ländern durch eine Steigerung der Nettoexportquote ausgeglichen, jedoch können nicht alle Länder gleichzeitig einen Überschuss in der Leistungsbilanz schaffen. Eine Strategie, Lohnstückkosten zu kürzen, eine häufige Politikempfehlung für Krisenländer mit Leistungsbilanzdefiziten, geht daher das Risiko ein, dass der Inlandsverbrauch stärker schrumpft als der Export gesteigert wird. Wenn Lohnkürzungen aus Wettbewerbsgründen gleichzeitig in einer Vielzahl von Staaten durchgeführt werden, kann dies zu einem „Wettrennen nach unten“ bei den Lohnanteilen führen und die Gesamtnachfrage senken.“ Auf der anderen Seite war – auf der Grundlage eines speziellen Verständnisses der flexicurity-Politik – das Hauptziel struktureller Arbeitsrechtsreformen die Beschäftigung. So gibt es bei vielen Reformen eine gründliche numerische Flexibilität, insbesondere bei Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen, die Arbeitsplatzsicherheit für Arbeitsplatzabbau verantwortlich macht, ohne dass bei den Übergängen zwischen Arbeitslosigkeit und Beschäftigung soziale Sicherheit gewährleistet und bei der sich um aktive Beschäftigungspolitik wenig gekümmert wird. Auf diese Weise erscheint flexicurity-Politik als Idee, bei der Arbeitgeber die einzigen Akteure sind, die diese Strategien zur Schaffung von Arbeitsplätzen durchführen, und öffentliche Stellen bei der Bestimmung dieser Politik oder bei der Überwachung ihrer Umsetzung nicht präsent sind.

Über diese paradoxe Situation hinaus, hat diese Art von Argumenten eine Zersplitterung der Arbeitnehmer zur Folge, da arbeitslose Arbeitnehmer dazu neigen, beschäftigte Arbeitnehmer für ihre Situation verantwortlich zu machen, befristet beschäftigte Arbeitnehmer unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer und so weiter. So ist der Repräsentant der Arbeitnehmer, die Gewerkschaft, in der sehr schwierigen Lage, seine Mandatsperiode zu Ende zu bringen und dabei seine Präsenz als Teil der Lösung zu vermeiden, damit sie nicht Teil des Problems wird. Deshalb haben die letzten Reformen die Gewerkschaften in starkem Maße beschädigt, da ihre Möglichkeiten, die wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Arbeitnehmer, insbesondere in Tarifverhandlungen, zu vertreten, dadurch eingeschränkt wurden, dass Arbeitgeber Tarifverträge unangewendet lassen können.

Abgesehen davon, dass sie nationale Arbeitsrechtsvorschriften auf eine archaische und veraltete Art und Weise abändern, verstärken diese Reformen schließlich auch die wirtschaftliche Ineffizienz und die ungleiche Verteilung von Einkommen und Vermögen, auch der EU-Mitgliedstaaten untereinander, ohne dass jedoch entweder bessere Beschäftigungsquoten oder eine wirtschaftliche Erholung erreicht werden.

3. Die Neuausrichtung des Arbeitsrechts zum Herren und Diener - Recht

Seit Mai 2010 leidet das spanische Arbeitsrecht unter tiefgreifenden strukturellen Reformen, die seine Natur verändern. Dabei ruft die Finanzkrise mindestens auf zwei verschiedenen Ebenen eine Krise im Arbeitsrecht hervor: a) bei den Verfahren, in denen Arbeitsrecht und der institutionelle Rahmen geschaffen werden, und b) im Arbeitsrecht selbst.

a) Die Finanzkrise ruft eine „Krise“ bei den Verfahren hervor, in denen Arbeitsrecht und der institutionelle Rahmen geschaffen werden

In den letzten 3 Jahren entfaltete der übliche Weg der Rechtssetzung in allen Bereichen, jedoch besonders im Arbeitsrecht, die Ausnahmeregelung - das Königliche Gesetzesdekret – sehr negative Auswirkungen auf die Tätigkeit des Parlaments. Das ist so, weil politische Debatten ausschließlich im Geheimen in den Ministerien stattfinden und dem spanischen Parlament die einzige Funktion überlassen wird, die Ausnahmeregelung zu ratifizieren (vgl. den Anhang Gesetzgebung). Hinzu kommt, dass die Mehrheit der Volkspartei im Parlament jegliche Möglichkeit ablehnt, Ausnahmeregelungen zu diskutieren oder zu modifizieren.

Dennoch wurden die Königlichen Gesetzesdekrete 10/2010 und 3/2012 von beiden Regierungen – der der Sozialistischen Partei und der der Volkspartei – verabschiedet. Diese Entscheidung und ihre Inhalte wurden jenseits des spanischen Verfassungsrahmens von der EZB beschlossen, womit eine öffentliche Debatte über die Ziele der Reformen und die Mittel, sie zu erreichen, verhindert wurde.

Der von der Regierung auferlegte gesetzliche Autoritarismus bedeutet für das Arbeitsrecht auch eine Kontrolle der Tarifautonomie als wichtigster Quelle des Arbeitsrechts, durch die die bindende

Wirkung von Tarifverträgen grundlegend betroffen wurde. Das Gesetz 3/2012 ersetzt den Raum für tarifvertragliche Regelungen vollständig durch gesetzliche Verpflichtungen. Mit anderen Worten, zwingende Regelungen, die die letzten Reformen vorsehen, können nicht im Wege von Tarifverhandlungen geändert werden. Bei Aufhebung eines Firmentarifvertrags ist eine abweichende Regelung in einem Branchentarifvertrag nicht möglich, und an die Stelle einer Vereinbarung unter Partnern tritt die Zwangsschlichtung. Mit derselben Zielrichtung wurde eine Regelung über den Vorrang von Firmentarifverträgen gegenüber Branchentarifverträgen eingeführt.

Insgesamt erhebt das Gesetz 3/2012 die alleinige Arbeitgeberentscheidung zum Prinzip des neuen Arbeitsrechts, und dies hat Auswirkungen auf die Informations-, Beratungs- und Verhandlungsrechte. Das neue Arbeitsrecht ist daher, so kann man es sagen, von einem starken gesetzlichen und arbeitgeberseitigen Autoritarismus bestimmt. Deshalb stört die Präsenz von Gewerkschaften, weil sie nahezu die einzigen Akteure sind, die sich auf andere Art mit der Krise auseinandersetzen und die sozialen Auswirkungen der Maßnahmen zu ihrer Überwindung berücksichtigen.

b) Die Finanzkrise schafft eine Krise des Arbeitsrechts selbst

Wie wir gesehen haben, bringt die Krise eine neue Art der Entwicklung des Arbeitsrechts hervor, die das Arbeitsrecht selbst verändert. Von den „strukturellen Reformen“ des Arbeitsverhältnisses, die von der EU empfohlen wurden, wollen wir die Bereiche hervorheben, in denen es beachtliche Änderungen gegeben hat: Verträge, interne Flexibilität und Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen, organisatorischen und produktiven Gründen. Der Inhalt dieser Reformen wird im Folgenden dargestellt:

• Verträge:

Bei den Vertragsbedingungen folgten die Reformen der letzten zwei Jahre auf eine intensive Debatte über eine Eigenheit des spanischen Arbeitsrechts: den hohen Anteil befristeter Arbeitsverträge. Diese atypische Beschäftigungsform gibt es seit dem Ende der 80er Jahre und erreichte im Jahr 2006 einen Anteil von 34,8 %. In einer ersten Reformphase wurde als Ergebnis eines Dialogs zwischen den Sozialpartnern die Einführung bestimmter gesetzlicher Grenzen für befristete Arbeitsverträge vorangetrieben, womit ein Ansatz gewählt wurde, der eine gewisse Tradition in der spanischen Gesetzgebung hat und der verstärkt vor der Krise, in der Reform von 2006, eingesetzt wurde. Es gab jedoch eine zweite Phase, in der diese Entwicklung umgekehrt wurde.

Das Gesetz 3/2012 (Artikel 4) hat einen neuen Vertragstypus eingeführt, den „unbefristeten Vertrag zur Unterstützung der Unternehmer“, dessen Hauptmerkmal die Möglichkeit ist, die Probezeit in allen Fällen auf bis zu einem Jahr auszudehnen und das Arbeitsverhältnis ohne rechtfertigende Gründe oder Abfindung zu beenden. Diese Art von Arbeitsvertrag kann in Unternehmen mit bis zu 50 Beschäftigten zur Anwendung kommen. Dies sind laut der Präambel des Gesetzes 99,23 % der spanischen Unternehmen. Mit anderen Worten, Arbeitgeber können den „unbefristeten Vertrag zur Unterstützung der Unternehmer“ nutzen, um Arbeitnehmer im ersten Jahr des Arbeitsverhältnisses befristet oder unbefristet zu beschäftigen. So wird das Recht auf Arbeit verletzt, da der Arbeitgeber ohne Vorliegen eines bestimmten Grundes zwar verpflichtet ist, einen unbefristeten Vertrag zu verwenden, jedoch die Garantie eines Schutzes vor Entlassung nicht besteht, weil der „unbefristete Vertrag zur Unterstützung der Unternehmer“ Arbeitgebern gestattet, das Arbeitsverhältnis ohne rechtfertigenden Grund zu beenden.

• Interne Flexibilität:

Interne Flexibilität ist ein entscheidendes Instrument, um die Arbeitslosigkeit zu senken und die Produktivität der spanischen Wirtschaft zu steigern, so ist es im Gesetz 3/2012 festgehalten. Diese Schlussfolgerung des spanischen Gesetzgebers aus dem Jahr 2012 unterscheidet sich nicht wesentlich von dem, was die Sozialpartner mit dem sozialen Dialog in aufeinander folgenden, branchenübergreifenden Tarifverträgen innerhalb des gesetzlichen Systems seit 1997 erreicht haben. Die Einführung und Entwicklung eines bestimmten Modells interner Flexibilität kann sich sowohl auf die Bedürfnisse der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber positiv auswirken. Dadurch

ist es möglich, Arbeitsbedingungen, Arbeitsentgelt und Arbeitszeiten zügig den veränderten Bedingungen des Marktes anzupassen, in dem das jeweilige Unternehmen tätig ist, und im Ergebnis externe Flexibilität, befristete Arbeitsverträge sowie Arbeitslosigkeit als Mittel zur Anpassung an gewisse Unternehmensefordernisse zu vermeiden.

Das Gesetz 3/2012 unterscheidet sich jedoch von den branchenübergreifenden Tarifverträgen darin, auf welchem Weg interne Flexibilität eingeführt werden soll. Während die branchenübergreifenden Vereinbarungen vorsehen, dass derartige Flexibilitätsregelungen im Kontext der Tarifverhandlungen auf Branchenebene vereinbart werden, überlässt es das Gesetz 3/2012 dem Arbeitgeber, ob er darüber mit den Arbeitnehmervertretern auf Unternehmensebene Vereinbarungen abschließt, und entzieht diese Aufgabe damit den Tarifverhandlungen. Die Reform führt daher dazu, dass Bestimmungen, die für die ganze Branche vereinbart wurden, auf Unternehmensebene nicht angewendet werden.

Generell gesehen, hat dieses Modell interner Flexibilität eine Reihe von Folgen, die wegen ihrer Auswirkungen auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverhandlungen kritisiert werden. Das Modell zieht die zunehmende Schaffung von Arbeitsbedingungen auf der Ebene des Unternehmens oder der Arbeitsplätze nach sich. So verhindert es, dass Maßnahmen zur internen Flexibilisierung auf die gesamte Branche ausgeweitet werden, reduziert die Möglichkeiten der Tarifvertragsparteien, die Arbeitsbedingungen zu regeln, und hat dadurch auch negative Auswirkungen auf die Arbeitsplatzsicherheit, Gesundheitsschutz und Sicherheit bei der Arbeit sowie die Balance zwischen Familien-, Privat- und Arbeitsleben.

• **Kündigung aus wirtschaftlichen, technischen, organisatorischen oder produktiven Gründen**

Von großer Wichtigkeit innerhalb der strukturellen Reformen des Arbeitsrechts ist schließlich der Bereich der Kündigung aus wirtschaftlichen, technischen, organisatorischen oder produktiven Gründen. Die Gründe für die Reform der Kündigungsvorschriften werden in der Präambel zum Gesetz 3/2012 erklärt, unter ihnen das Hauptziel: die Dysfunktionalität vieler Kündigungen in den vergangenen Jahren, für die tatsächlich wirtschaftliche oder produktive Gründe vorliegen, die aber als ungerechtfertigte verhaltensbedingte Kündigungen behandelt werden, soll korrigiert werden. Diese Situation, die das Gesetz 3/2012 beheben will, ist durch die Arbeitsmarktreform im Jahr 2002 entstanden, bei der u.a. die Rechtsfolgen von sozial ungerechtfertigten, verhaltensbedingten Kündigungen neu geregelt wurden (Artikel 56 (2) Arbeitnehmerstatut). Der Gesetzgeber hatte damals für den Arbeitgeber die Möglichkeit eingeführt, zugleich mit der Erklärung der Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen anzuerkennen, dass die Kündigung ungerechtfertigt ist, womit er dem Arbeitnehmer eine entsprechende Abfindung verschafft und die Zahlung der Vergütung vom Zeitpunkt der Kündigung bis zum Zeitpunkt, zu dem das Gericht sie für ungerechtfertigt erklärt, vermeidet (Verfahrensvergütung). Diese Reform hat zu einer Erscheinung geführt, die als „Express“-Entlassung aus verhaltensbedingten Gründen bekannt ist, mit der Arbeitgeber diese Kündigungsart unabhängig davon nutzen können, welcher Kündigungsgrund tatsächlich vorliegt.

Das Ziel der Reform des Jahres 2012, den Gründen für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses stärkeres Gewicht zu verleihen und zu erreichen, dass die wirklichen Kündigungsgründe genannt werden, richtet das Augenmerk darauf, dass die Unternehmen vor der Reform den Kündigungstyp gewählt haben. Ein gesetzgeberisches Mittel, mit dem sichergestellt wird, dass die Klassifizierung der Kündigung mit dem wirklichen Grund übereinstimmt, wurde jedoch nicht gesucht. Vielmehr hat der Gesetzgeber dieses betrügerische Verhalten der Arbeitgeber im Jahr 2012 ignoriert und auf der gesetzlichen Fiktion bestanden, dass Unternehmen die Freiheit haben, Arbeitnehmer ohne rechtfertigenden Grund oder grundlos zu entlassen, wenn die Arbeitnehmer die entsprechende Abfindung erhalten. So wird die Kündigung zum bloßen wirtschaftlichen Vorgang und das Unternehmen von jeder Verantwortung für sein rechtswidriges Handeln entbunden. Die Unternehmensverantwortung wurde durch das Gesetz 3/2012 sogar weiter reduziert, da es das illegale Verhalten der Arbeitgeber als bloße Dysfunktion arbeitsrechtlicher Gesetzgebung auffasst. Das Gesetz muss daher geändert werden, damit größere Sicherheit bei der richterlichen Überprüfung für Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Gerichte hergestellt wird.

Der Betrug den Arbeitgeber bei Kündigungen in den letzten Jahren begangen haben, deren wirklicher Grund die Unannehmlichkeit für den Arbeitgeber war, dass die Kündigungsentscheidung

überprüft wird, kann durch die gesetzliche Wahlmöglichkeit verschleiert werden. Es sollte festgehalten werden, dass die ungerechtfertigte Expresskündigung aus verhaltensbedingten Gründen wegen der Kosten der Abfindung trotz der Ersparnis der Verfahrensvergütung zwar nicht die billigste, aber die schnellste Option war, da die gerichtliche Überprüfung der Kündigung in der Praxis vermieden wurde.

Im Hinblick auf die Mittel, die der Gesetzgeber zur Schaffung größerer Sicherheit für Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Gerichte geschaffen hat, möchten wir die Aufmerksamkeit auf einen wichtigen Aspekt lenken, nämlich den neuen Wortlaut der wirtschaftlichen, technischen, organisatorischen oder produktiven Kündigungsgründe, der den Arbeitgebern mehr Möglichkeiten verschafft, Kündigungen als weitere Strategie zu nutzen, um ihre Wettbewerbsfähigkeit am Markt zu verbessern oder besser auf die Erfordernisse der Nachfrage zu reagieren. Darin liegen eine Abkehr und ein Widerspruch zur Gesetzgebung der Jahre 2010 und 2012, die interne Flexibilität als Mittel zur Erhaltung und Schaffung von Arbeitsplätzen ansieht.

Schließlich hat die Arbeitsrechtsreform des Jahres 2012 die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen als einziges Mittel zur Beschäftigungsanpassung im öffentlichen Dienst zugelassen. Der Königliche Erlass 1483/2012 hat in diesem Punkt den Inhalt des Gesetzes 3/2012 fortentwickelt und einen starken Bezug zwischen der Reduzierung des staatlichen Defizits und der Entlassung von Staatsbediensteten hergestellt. Das Gesetz 3/2012 und der Königliche Erlass 1483/2012 erlauben die Entlassung von Staatsbediensteten unter zwei Voraussetzungen: a) wenn ein unausgeglichener Haushalt in der betreffenden öffentlichen Einrichtung vorhanden ist, und b) wenn das Budget gegenüber dem Vorjahr um 5 % oder gegenüber den zwei vorangegangenen Jahren um 7 % gekürzt wurde.

4. Übersicht über das aktuelle spanische Arbeitsrecht

Die Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern in Spanien entwickeln sich innerhalb einer ständigen Verschlechterung der rechtlichen Rahmenbedingungen. Das Gesetz 3/2012 hat die negativsten und autoritärsten Aspekte seines Vorgängers, des Königlichen Gesetzesdekrets 3/2012, hervorgehoben. Die zuletzt geschaffenen Regelungen, wie zum Beispiel Königliches Gesetzesdekret 1483/2012 vom 29. Oktober über die Regelungen zu Massenentlassungen, greifen die Institution Arbeit schlechthin an. Es ist daher notwendig, dass tiefgreifende Korrekturen von den Gerichten vorgenommen werden, um es mit dem spanischen Rechtssystem in Einklang zu bringen. Die letzte Arbeitsrechtsreform verursachte eine wahre Katastrophe bei spanischen Beschäftigungsverhältnissen. Die Beschäftigungsquote geht zurück, und immer mehr Menschen werden arbeitslos. Seit der zweiten Jahreshälfte 2010 mit den ersten Reformmaßnahmen und 4,5 Millionen Arbeitslosen verschlechtert sich die Beschäftigungssituation immer mehr: Ende 2011 5 Millionen Arbeitslose und Ende 2012 5.780.000 (25 % der erwerbstätigen Bevölkerung). Diese Arbeitslosenquoten waren in den USA im Jahr 1929 und in der Weimarer Republik in den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts registriert. Die Reformen haben zum Anstieg der Arbeitslosigkeit geführt. Zudem ist diese Beschäftigungssituation mit einem Rückgang des Konsums und einem verbreiteten Rückgang der Arbeitseinkommen verbunden.

Zu den wichtigsten Elementen in dieser Situation gehören Tarifverhandlungen. Vor der Krise war der Anteil tarifgebundener Arbeitsverhältnisse hoch – etwa 75 % der Beschäftigten und in absoluten Zahlen nahezu 12 Millionen Arbeitnehmer im Jahre 2008, 11,5 im Jahre 2009 und 10,8 im Jahre 2010. Seit den Arbeitsrechtsreformen ist der Anteil neu abgeschlossener Tarifverträge rapide zurückgegangen (55 % im Jahr 2011 und 40 % im Jahr 2012). Auch ohne Änderung der Verhandlungsstrukturen ist das Tarifverhandlungssystem also vollständig gelähmt. Im öffentlichen Dienst werden Tarifverhandlungen durch fortlaufende Angriffe auf die Arbeitsbedingungen von Staatsbediensteten als Folge eines umfangreichen Abbaus von Kollektivrechten wie z. B. Beratungs- oder Verhandlungsrechten blockiert.

Die Gewerkschaften CCOO und UGT haben eine Beschwerde bei der ILO gegen die Arbeitsrechtsreform 2012 eingelegt und diese mit der Verletzung der ILO-Konventionen 98 und 87 begründet. Damit wird die ILO verpflichtet, die EU als ein Gebiet wahrzunehmen, in dem schwere Verstöße gegen gemäß ILO-Erklärung anerkannte grundlegende Rechte stattfinden. Das hat eine Reaktion der Sozialistischen Partei und der „Izquierda Plural“ ausgelöst, die gegen das Gesetz

3/2012 Verfassungsbeschwerde erhoben haben. Diese wurde am 30. Oktober 2012 vom Verfassungsgericht zugelassen. Die Begründung der Verfassungsbeschwerde bezieht sich vor allem auf die Verletzung der Koalitionsfreiheit und des Rechts auf Arbeit.

Mit Bezug auf die Koalitionsfreiheit haben die Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit vieler Teile des Gesetzes 3/2012 geltend gemacht, z.B. die Zwangsschlichtung in den Fällen, in denen eine Vereinbarung darüber, dass Branchentarifverträge nicht angewendet werden, nicht zustande kommt; der „Diebstahl“ entscheidender Themen aus dem Bereich der Tarifverhandlungen oder das Verbot, Zwangspensionierungen als Beschäftigungspolitik zum Gegenstand von Tarifverhandlungen zu machen.

Im Bereich der konstitutionellen Garantien des Rechts auf Arbeit argumentieren die Abgeordneten der Sozialistischen Partei und der Izquierda Plural, dass die Probezeit in unbefristeten Verträgen zur Unterstützung der Unternehmer - in jedem Fall ein Jahr - mit der freien Beendigung des Arbeitsverhältnisses (ohne rechtfertigenden Grund, ohne Abfindung) das Recht auf Arbeit verletzt zu dessen Inhalt es gehört, nicht grundlos entlassen zu werden. Darüber hinaus argumentieren die Beschwerdeführer, dass das Gesetz 3/2012 die ILO-Konvention 158, die Spanien im Jahr 1985 ratifiziert hat, und Artikel 30 der Europäischen Grundrechtecharta verletzt, die den gleichen rechtlichen Rang wie die EU-Verträge hat. Ebenso machen die Beschwerdeführer geltend, das praktische Verschwinden des Kausalitäts-, Zumutbarkeits- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen verhindere in der Praxis eine wirksame richterliche Kontrolle, ein wesentlicher Bestandteil des Rechts auf Arbeit (Artikel 35 Spanische Verfassung). Damit einhergehend argumentieren die Beschwerdeführer, dass das Verschwinden der Prozessvergütung in Fällen unfairer Entlassung wenn sich Arbeitgeber für die Abfindung entscheiden, d.h. Beseitigung der Option, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, sowie die Belohnung von Arbeitsplatzabbau diskriminierend seien. Das gelte ebenso für den Ausschluss der Suspendierung oder Arbeitszeitverkürzung als Mittel der Beschäftigungsanpassung im öffentlichen Dienst, in dem zur Beschäftigungsanpassung nur die Kündigung genutzt werden kann.

5. Epilog: Auf der Suche nach Gleichheit für die Bürger Europas

Die derzeitigen Maßnahmen gegen die Krise zielen ausschließlich darauf ab, als unvermeidbares und einziges Mittel zur Überwindung der Krise und Erholung der Wirtschaft das staatliche Defizit zu reduzieren. Vielleicht ist das eine Lösung für die Schuldenkrise, aber das Hauptproblem dieser Krise ist nicht das staatliche Defizit, wie wir in der Einführung dargelegt haben. Allein die Lösung der Schuldenkrise wird die aktuelle Krise sogar verschärfen. Die Politik der EU sollte die gesellschaftlichen Ursprünge des Crashes von 2008 beachten. Hat die EU die Mittel, die gesellschaftlichen Ursprünge der Krise zu beseitigen? Ja! Welche sind das dann? Bevor diese entscheidenden Fragen beantwortet werden, ist es sehr wichtig, die Hauptursachen der Krise zu erkennen und eine Übereinstimmung darüber zu erreichen. Dies bedeutet nicht, dass die Reduzierung des staatlichen Defizits in Vergessenheit geraten soll. Es kann sehr hilfreich sein, die sog. fiskalische Klippe in den USA als jüngstes Beispiel zu nehmen.

Zum Teil haben Finanzmärkte das Vertrauen der Weltwirtschaft zurückgewonnen, während die staatlichen Defizitstrategien in den USA darauf abzielen, die Einkommen zu steigern und das Sozialleistungsniveau für die Bevölkerung zu erhalten, um eine wirtschaftliche Rezession zu vermeiden. Mit anderen Worten, sogar die Finanzmärkte wissen, dass eine Politik, die ausschließlich darauf abzielt, Ausgaben zu kürzen, nur die aktuelle große Rezession verstärken würde. Die Lösung der Debatte über Einnahmen oder Ausgaben als Strategie zur Überwindung der Krise ist daher entscheidend. So würden die gesellschaftlichen Wurzeln der Krise berücksichtigt.

Das staatliche Defizit über die Einnahmeseite zu reduzieren, führt zur Aufrechterhaltung des Sozialstaats, vor allem, wenn die Einnahmen gerecht verteilt sind. Die Einnahmen sollten für ein gesellschaftliches Projekt genutzt werden, in dem die Ziele Abbau der Staatsverschuldung und Gleichheit der Bürger ausgeglichen sind. Diese Position scheint auch Obama zu vertreten. Im Allgemeinen kann man sagen, dass sich die EU keine Gedanken über ein soziales Projekt macht, denn die derzeitigen politischen Positionen scheinen in Ausgabenkürzungen den einzigen Weg zur Überwindung der Krise zu sehen, selbst wenn das bedeutet, dass der Sozialstaat (und das europäische Gesellschaftsmodell) vernichtet werden. Diese Idee wird natürlich nicht so geäußert,

sondern es wird behauptet, zunächst müsse das staatliche Defizit beherrscht werden, um den Sozialstaat zu erhalten. In Wirklichkeit ist es aber so, dass nach fünf Jahren Austeritätspolitik viele Zweifel an der Aufrichtigkeit dieser (Neoliberalismus) Politik aufkommen.

Die Austeritätspolitik verletzt außerdem die Hauptprinzipien und Regeln des europäischen Rechtssystems, die nach unserer Ansicht Bestandteil der Krisenlösung sein müssen. Diese Prinzipien und Grundsätze betreffen eine Politik, die für Jahrzehnte ein relativ friedliches Miteinander in der EU erreicht hat. Wir meinen in erster Linie den folgenden Grundsatz: „Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen trägt die Union den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung“ (Artikel 9 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union). Mit anderen Worten, auch die Politik zur Reduzierung des Staatsdefizits muss die Ziele Beschäftigung, Bekämpfung von Ungleichheit und sozialer Schutz berücksichtigen. Scheitert das, wird die EU ihre soziale Ausrichtung aufgeben, zu den Ursprüngen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zurückkehren und damit einen Re-Nationalisierungsprozess in der EU auslösen.

Zweitens sieht Artikel 9 des EU-Vertrages vor: „Die Union achtet in ihrem gesamten Handeln den Grundsatz der Gleichheit ihrer Bürgerinnen und Bürger, denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zuteilwird. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsangehörigkeit hinzu, ohne diese zu ersetzen.“ Die gegenwärtige Ungleichheit und die Quoten über das Armutsrisiko innerhalb der EU-Mitgliedstaaten machen klar, wie wenig die Bürger von Mitgliedstaaten bei der Anwendung von Anti-Krisen-Maßnahmen gleich behandelt werden und dass einigen Ländern die Schuld für ihre Lage gegeben wird.

6. Einige statistische Informationen

Im Folgenden einige statistische Informationen über die europäische und spanische Situation:

Relatives durchschnittliches Armutsrisiko 2010, (%):

[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Relative_median_at-risk-of_poverty_gap,_2010_\(%25\).png&filetimestamp=20121114142611#file](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Relative_median_at-risk-of_poverty_gap,_2010_(%25).png&filetimestamp=20121114142611#file)

Beschäftigtenumfrage (Arbeitslose differenziert nach Geschlechtern):

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tsdec450&plugin=1>.

Beschäftigtenumfrage (Arbeitslose differenziert nach Alter):

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tsdec460&plugin=1>.

Beschäftigtenumfrage (Arbeitslose differenziert nach Geschlecht und Dauer der Arbeitsplatzsuche):

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tgs00053&plugin=1>.

Beschäftigtenumfrage (Arbeitsvertragstyp):

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tps00073&plugin=1>.

Arbeitslosenunterstützung (Erstregistrierung der Empfänger von steuerlichen Vergünstigungen differenziert nach Funktion):

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1&pcode=tps00106&language=en>.

7. Annex: Gesetzgebung

Liste der wichtigsten Anti-Krisen-Maßnahmen zwischen 2010-2012 :

- RD-Law 8/2010, of 20 May, approving extraordinary measures to reduce the public deficit
- RD-Law 10/2010, of 16 June, on urgent measures to reform the labour market.
- Law 35/2010, of 17 September, on urgent measures to reform the labour market.
- RD-Law 13/2010, of 3 December, on fiscal, employment and liberalization actions to promote investment and job creation.
- RD-Law 1/2011, of 11 February, on urgent measures to promote the transition to stable employment and vocational retraining of unemployed people.
- RD-Law 2/2011, of 18 February, to reinforce the financial system.
- RD-Law 3/2011, of 18 February, on urgent measures to improve employability and reform active employment policies.
- Law 2/2011, of 4 March, on sustainable economy.
- Organic Law 4/2011, of 11 March, complementing the Law on sustainable economy.
- RD-Law 5/2011, of 29 April, on measures to regularize and control informal employment and promote the rehabilitation of housing.
- Law 10/2011, of 19 May, amending Law 10/1997, of 24 April, on the information and consultation rights of workers in Community-scale undertakings or groups of undertakings.
- Law 14/2011, of 1 June, on science, technology and innovation.
- RD-Law 7/2011, of 10 June, on urgent measures to reform collective bargaining.
- RD 801/2011, of 10 June, approving the Regulation on employment regulation procedures and administrative action in the field of collective transfers.
- RD-Law 8/2011, of 1 July, on measures to support mortgage holders, public spending control and the cancellation of debts owed to companies and self-employed workers contracted by local authorities, to stimulate business activity and to promote administrative simplification and reorganization.
- Law 27/2011, of 1 August, on the updating, adaptation and modernization of the social security system.
- RD-Law 10/2011, of 26 August, on urgent measures to promote the employment of young people, on promoting employment stability and on maintaining the vocational retraining programme for people no longer eligible for unemployment benefit.
- RD-Law 14/2011, of 16 September, on complementary measures relating to employment policies.
- Law 28/2011, of 22 September, incorporating the special agricultural social security scheme into the general social security system.
- Reform of Article 135 of the Spanish Constitution, of 27 September 2011.
- Law 36/2011, of 10 October, regulating labour courts.
- Law 37/2011, of 10 October, on the simplification of procedures.
- Law 38/2011, of 10 October, reforming Law 22/2003, of 9 July, on bankruptcy.
- RD-Law 16/2011, of 14 October, creating the credit institutions' deposit guarantee fund.
- RD 1542/2011, of 31 October, approving the Spanish Employment Strategy (2012 - 2014).
- RD 1620/2011, of 4 November, regulating the special labour relations in the case of domestic service.
- RD-Law 20/2011, of 30 December, on urgent budgetary, fiscal and financial measures to reduce the public deficit.
- RD-Law 2/2012, of 3 February, on reorganization of financial sector.
- Agreement for Employment and Collective Bargaining (2012-2014), of 30 January.
- RD-Law 3/2012, of 3 February, on urgent measures to reform labour market.
- RD-Law 6/2012, of 9 March, on urgent measures of mortgage debtors without resources.
- RD-Law 7/2012, of 9 March, Fund for financing payments to suppliers.
- RD-Law 10/2012, of 23 March, modification of financial regulations regarding faculties of European Supervision Authorities.
- RD-Law 12/2012, of 30 March, fiscal and administrative measures to reduce public deficit.
- Law 2/2012, of 4 April, to support enterprising.
- RD-Law 14/2012, of 20 April, on urgent measures for rationalization public educative expense.
- RD-Law 16/2012, of 20 April, on urgent measures to guarantee sustainability of Health National

System and improve quality and security of his benefits.

- Organic Law 2/2012, of 27 April, Budgetary Stability and Financial Sustainability.
- Law 4/2012, of 26 April, on urgent measures to rationalization of public sector corporate.
- RD-Law 19/2012, of 25 May, on urgent measures to liberalization of commercial sector and certain services.
- Law 3/2012, on urgent measures to reform labour market.
- Law 2/2012, of 29 June, State General Budget for 2012.
- RD-Law 20/2012, of 13 July, on measures to guarantee Budgetary Stability and promote competitiveness.
- RD-Law 21/2012, of 13 July, on liquidity measures for Public Administrations and financial sector.
- Organic Law 3/2012, of 25 July, ratification of Stability, Coordination and Governance Treaty in the Economic and Monetary Union.
- Organic Law 4/2012, of 18 September, of modification of Organic Law 2/2012, on Budgetary Stability and Financial Sustainability.
- Law 7/2012, of 29 October, on modification of fiscal and budgetary regulation to prevent and fight against to fiscal fraud.
- RD 1483, of 29 October, collective dismissal, suspension of contracts and reducing working time.
- RD 1484/2012, of 29 October, on economic contributions made by profits enterprises in case of 50 or more years old workers collective dismissals.
- RD 1529/2012, of 8 November, on development of formation contract.
- RD-Law 28/2012, of 30 November, measures of consolidation and guarantee Social Security System.
- RD 1674/2012, of 14 December, "Your first EURES job".

Flexibilisierung des polnischen Arbeitsrechts in Zeiten der europäischen Krise

Guten Tag, meine Damen und Herren!

Am Anfang würde ich mich gerne für die Einladung bedanken. Es ist für mich sehr wichtig, an dieser Konferenz teilzunehmen, um unsere Erfahrungen zu vergleichen und auszutauschen.

Wir brauchen die europäische Diskussion über den aktuellen Zustand des Arbeitsrechts, seine Probleme, aber auch die Chancen und Möglichkeiten, die das Arbeitsrecht bietet. Die letzte ökonomische Krise hat fast alle europäischen Rechtssysteme sehr stark beeinflusst. Die Krise hatte auch negative psychologische Ergebnisse. Zahlreiche Firmen und Betriebe haben diese „Angstmosphäre“ ausgenutzt, um die Struktur der Beschäftigung zu ändern und sehr oft um die Anzahl der Arbeitnehmer zu reduzieren.

Das Arbeitsrecht gehört zu diesen Rechtsbereichen, die im Kampf gegen die Krise eine wichtige Rolle spielen können. Es ist selbstverständlich, dass das Arbeitsrecht allein die ökonomische Situation nicht verändern kann. Andererseits sollte der Gesetzgeber manche Probleme und Hindernisse eliminieren, um die Lage der Arbeitgeber zu verbessern.

Ich möchte das Problem der Flexibilisierung des polnischen Arbeitsrechts zur Zeit der europäischen Krise darstellen. Ich denke, dass diese Problematik interessant sein kann wegen der besonderen Eigenschaften der sozialen Beziehungen in unserer Region. Um unsere heutige Situation zu verstehen, sollte man auch die komplizierte Geschichte unseres Landes nicht vergessen. Polen musste von der Planwirtschaft zur sozialen Marktwirtschaft übergehen. Wir mussten fast alle Institutionen des Arbeitsrechts umbauen. Es gibt aber noch manche Überbleibsel des alten sozio-ökonomischen Systems. Eines der Hauptbeispiele ist die Konstruktion des inneren Arbeitgebers. Gemäß Artikel 3 des Arbeitsgesetzbuchs ist der Arbeitgeber jede Einheit, die Arbeitnehmer beschäftigt, sogar wenn diese Einheit keine Rechtspersönlichkeit hat. Der innere Arbeitgeber (ein Teil einer größeren Struktur, z.B. einer Gesellschaft) muss nur organisatorisch und finanziell getrennt werden – dieser Arbeitgeber hat aber kein eigenes Vermögen. Die Gründe dieser Lösung sind historisch - der Staat war der einzige Eigentümer, aber beschäftigte direkt nicht. Als Konsequenz musste der direkte Arbeitgeber geschaffen werden. Diese anachronistische Konstruktion ist bis heute nicht aufgehoben worden.

Das nächste Problem ist die reale Lage des Sozialdialogs. Manche vorgeschlagene Institutionen können nur dann ausgenutzt werden, wenn sie durch die Arbeitnehmervertreter akzeptiert werden. Die Billigung der kollektiven Arbeitnehmervertretung garantiert das Gleichgewicht, dank dem auch die Lösungen, die für die Arbeitnehmer ungünstig sind, eingeführt werden können. Dieser Mechanismus basiert jedoch auf der Existenz der starken Arbeitnehmervertretung – Gewerkschaften und gewählten Arbeitnehmervertretern. Heutzutage spielen die Tarifverträge eine sehr wichtige Rolle. Unsere Situation ist jedoch anders.

In vielen europäischen Ländern sind die Gewerkschaften aktiv vor allem auf dem überbetrieblichen Niveau, währenddessen spielen die gewählten Vertreter eine wichtige Rolle in den einzelnen Betrieben. Nicht in Polen. Auf dem betrieblichen Niveau sind vor allem die Gewerkschaften aktiv. Außerdem handeln sie nicht durch ihre Vertreter, sondern müssen spezielle Strukturen – betriebliche Gewerkschaftsorganisationen – gründen. Die Konsequenz daraus ist, dass in Polen das betriebliche Niveau des Sozialdialogs dominiert. Der betriebliche Dialog hat natürlich zahlreiche Vorteile. Er garantiert die Flexibilität, die während der ökonomischen Krise sehr wichtig ist, ermöglicht wirklichen Wettbewerb im Bereich von Vergütung, hilft die so genannte Kartellwirkung zu vermeiden.

Andererseits kann eine solche Situation auch ganz gefährlich sein, insbesondere zur Zeit der Krise der Gewerkschaften. Erstens kann das Potential der kollektiven Vertretung nicht vollständig ausgenutzt werden. Das Risiko, dass die Arbeitnehmervertretung durch den Arbeitgeber dominiert wird, wird erhöht. Zweitens existiert im Falle des betrieblichen Dialoges eine enge Beziehung zwischen der Anzahl der Mitglieder der Gewerkschaften und dem Umfang der Anwendung der kollektiven Vereinbarungen (einschließlich der Tarifverträge). In Polen gehören nur ungefähr 15 - 20 Prozent der Arbeitnehmer zu Gewerkschaften.

In vielen Ländern sind die gewählten Vertreter eine Alternative für die Gewerkschaften. In Polen existieren schon Betriebsräte, aber ihre Rechte und Bedeutung sind begrenzt. Sie werden nur in Unterrichts- und Anhörungsprozeduren involviert. Außerdem ist die Gründung des Betriebsrats nicht obligatorisch. Sie entstehen nur dann, wenn eine bestimmte Anzahl der Arbeitnehmer einen Antrag stellt. Ein anderes Problem liegt darin, dass die Einstellung der anderen Sozialpartner gegenüber den Betriebsräten eher negativ ist. Für die Gewerkschaften sind sie eine reale Bedrohung, während einige Arbeitgeber die Entstehung neuer Formen der Vertretung nur als formelle Belastung betrachten. Deshalb initiieren die Arbeitnehmer die Gründung der Betriebsräte relativ selten. Als Konsequenz sind nur wenige Betriebsräte entstanden. Das bedeutet, dass in Polen keine stabile Alternative für die Gewerkschaften existiert.

Auch der überbetriebliche Sozialdialog spielt – angesichts der Schwäche der Sozialpartner, einschließlich Arbeitgeberorganisationen – keine größere Rolle.

Die Konsequenz daraus ist, dass nur ein begrenzter Kreis der Arbeitnehmer durch die kollektiven Vereinbarungen umfasst wird (optimistisch sind das 15-20 Prozent). Die Situation der Mehrheit der Arbeitnehmer ist durch die betrieblichen Regelungen gestaltet. Diese Regelungen sind mit den Gewerkschaften vereinbart, aber wenn es in einem Betrieb keine Gewerkschaften gibt, legt der Arbeitgeber die Regelungen einseitig fest (diese Situationen dominieren). Ohne Zweifel können wir auch von einer Dominanz der gesetzlichen Regelungen sprechen. Ihr Bereich ist breiter als in anderen europäischen Ländern. Das ist vielleicht der Hauptunterschied zwischen Westeuropa und Polen. Als Konsequenz ist heutzutage der Sozialdialog kein angemessenes Instrument für den Aufbau des Arbeitsrechts in Polen.

Manchmal jedoch muss der Gesetzgeber bestimmte Kompetenzen den Arbeitnehmervertretern gewähren. Und dann müssen wir eine ad hoc-Vertretung aufbauen. Das ist auch eine große Bedrohung. Das Recht reguliert nicht die Entstehungsprozedur der Vertretung. Der schwache Punkt der Regulierung ist auch der Mangel der Mechanismen, die die Vertreter gegen die Entlassung oder andere negative Behandlungen des Arbeitgebers schützen. Ihre Lage ist deshalb nicht so günstig wie die Lage der Vertreter der Gewerkschaften.

Jetzt ein paar Worte zu der aktuellen ökonomischen Situation in Polen. Obwohl die Krise in unserem Land relativ schadenfrei verlief, beeinflusst sie sowohl unsere Ökonomie als auch die Lage der Arbeitgeber. Im Jahr 2009 hat der polnische Gesetzgeber ein spezielles Antikrisengesetz eingeführt (mit besonderen rechtlichen Instrumenten, wie zum Beispiel ökonomischer Stillstand, verkürzte Arbeitszeit und andere Möglichkeiten, die Arbeitsbedingungen flexibler zu machen). Die Arbeitgeber konnten die Arbeitsbedingungen verschlechtern, aber was wichtig war, die Arbeitnehmer erhalten Unterstützung vom Staat. Das Gesetz blieb in Kraft bis Ende 2011, trotzdem ist die aktuelle Situation nicht sehr gut.

Als Resultat häufen sich die Diskussionen über neue Anti-Krisen Prozeduren. Wir möchten manche Instrumente den Arbeitgebern zur Verfügung stellen, aber andererseits möchten wir auch effektiver die Arbeitnehmer schützen. Die Projekte der neuen Gesetze werden diskutiert. Sie umfassen die folgenden Vorschläge: den ökonomischen Stillstand, Kurzarbeit und längere Durchrechnungszeiträume.

Aber sogar ohne solche speziellen Regelungen bietet das polnische Arbeitsrecht die Lösungen, die die Lage der Arbeitgeber (insbesondere zur Zeit der Krise) verbessern können. Der erste Punkt ist die Änderung der Arbeitsbedingungen. Der Arbeitgeber kann einseitig die Bedingungen von Arbeit und Vergütung verschlechtern. Auf die Änderungskündigung muss er jedoch die Vorschriften über

die Kündigung des Arbeitsverhältnisses entsprechend anwenden. Diese Änderungen können auch separat in jedes Arbeitsverhältnis eingefügt werden, jedoch ist die Billigung des Arbeitnehmers notwendig. Zur Zeit der Krise ist dieser Mechanismus oft nicht ausreichend.

Deshalb hat der Gesetzgeber eine weitergehende Möglichkeit – Krisenvereinbarungen – erlaubt. Gemäß dem polnischen Arbeitsgesetzbuch können in drei Fällen die Sozialpartner diese Vereinbarungen schließen. Diese Vereinbarungen verursachen die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen. Die Voraussetzung des Abschlusses der Vereinbarung ist eine schlechte finanzielle Situation des Arbeitgebers. Die Vereinbarungen dürfen für einen Zeitraum von nicht mehr als 3 Jahren abgeschlossen werden. Der Einfluss der Vereinbarungen auf den Inhalt der Arbeitsverhältnisse ist automatisch, deshalb muss der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen nicht kündigen. Als Konsequenz kann die Verschlechterung alle Arbeitnehmer sofort betreffen. Es gibt leider keine staatliche Unterstützung für die Arbeitnehmer. Also ist das Resultat, dass die Arbeitnehmer das Wirtschaftsrisiko tragen.

Das nächste Problem ist die Stabilisierung des Arbeitsverhältnisses. Es gibt Kündigungsschutz nur im Falle von unbefristeten Arbeitsverträgen. In dieser Situation muss der Arbeitgeber die Entlassung begründen und die Gewerkschaften anhören.

Aber das Hauptproblem sind befristete Arbeitsverträge, weil in Polen fast 30% der Arbeitnehmer solche Verträge haben. Sie garantieren ein relativ hohes Niveau der Flexibilität. Das polnische Arbeitsrecht ermöglicht zwei konsekutive befristete Arbeitsverträge, und nur der dritte konsekutive Arbeitsvertrag hat solche rechtlichen Wirkungen wie ein Vertrag auf unbestimmte Zeit.

Sehr wichtig ist auch die Möglichkeit der früheren Kündigung. Die Kündigung ist dann möglich, wenn zwei Bedingungen erfüllt worden sind: der Arbeitsvertrag wird für länger als 6 Monate abgeschlossen und die Parteien haben die Möglichkeit der Kündigung vorgesehen. Unter diesen Umständen ist jede Partei dazu berechtigt, den Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 2 Wochen zu kündigen. Die Kündigung braucht keine Begründung und die Konsultation mit den Gewerkschaften (wie bei der Kündigung des Vertrages für unbestimmte Zeit), nur die Willenserklärung über die Auflösung des Vertrages. Diese Lösung segmentiert den Arbeitsmarkt, weil nur ein Teil der Arbeitnehmer den realen Schutz gegen Entlassung genießt. Diese Lösung ist ähnlich zu der amerikanischen Doktrin „hire and fire“. Das betrifft fast 30% der polnischen Arbeitnehmer.

Diese Lösung segmentiert unseren Arbeitsmarkt und stimmt nicht mit dem Artikel 30 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union überein. Die Charta garantiert den Schutz für alle Arbeitnehmer und in Polen werden die Arbeitnehmer in befristeten Arbeitsverhältnissen ausgeschlossen. In diesem Fall sollten wir nicht flexibilisieren, sondern eher unsere Regelungen versteifen. Es gibt Vorschläge, die befristeten Arbeitsverträge z.B. auf 3 Jahre zu begrenzen.

Wir planen auch, die Arbeitszeit etwas zu flexibilisieren. Vor allem möchten wir die „Durchrechnungszeiträume“ etwas länger gestalten. Heutzutage können sie maximal vier Monate dauern. Gemäß den Vorschlägen werden sie zwölf Monate betragen. Diese Lösung ist nicht gefährlich in diesem Sinne, dass die durchschnittliche Anzahl von Arbeitsstunden und das Einkommensniveau unangetastet bleiben.

Die Arbeitgeber möchten auch die Überstunden flexibilisieren und die Höhe der Zuschläge senken. Diese Projekte sind jedoch kontrovers sowohl wegen der realen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen als auch der Perspektive der Europäischen Union, die die Politik „Work-Life-Balance“ nutzt (in diesem Projekt braucht man Zeit für seine familiären Pflichten, Privatleben usw.).

Der letzte Punkt betrifft die Sonn- und Feiertagsarbeit, insbesondere im Handel. Jetzt können die Arbeitgeber die Arbeitnehmer an Sonntagen, aber nicht an Feiertagen beschäftigen. Die Arbeitgeberorganisationen möchten die Regelungen in diesem Bereich flexibler gestalten. Wie in dem Falle von Überstunden sind diese Vorschläge jedoch umstritten.

Zum Ende kommend, möchte ich die Schlussfolgerung präsentieren. Zur Zeit der ökonomischen Krise müssen sich die Regelungen an die veränderten Umstände anpassen. Wir brauchen ein modernes und flexibleres Arbeitsrecht. Aber andererseits bleibt der Arbeitnehmer die schwächere Seite des Arbeitsverhältnisses. Deshalb muss das Arbeitsrecht seine Schutzfunktion behalten. Der Schutz muss jedoch moderner werden, um die arbeitsrechtliche Beschäftigung effizienter zu machen.

Das Resultat ist natürlich die wachsende Flexibilität. Aber diese Flexibilität sollte nicht die Sicherheit des Arbeitsprozesses beeinflussen. Wir sollten auch die Politik der „Work-Life-Balance“ nicht vergessen.

Aus der polnischen Perspektive ist es auch sehr wichtig, den realen Sozialdialog aufzubauen. In demokratischen Ländern ist es unmöglich, das System des modernen Arbeitsrechts ohne starke Sozialpartner zu gründen. Mindestens sollten wir eine Alternative für die Gewerkschaften bieten.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Eine deutsche Übersetzung der Vorschriften des polnischen Arbeitsgesetzbuches findet sich in einer zweisprachigen Textausgabe, Textübergang von T. Major, 2004.

Soziale Mindeststandards im Primärrecht der EU

Vielen Dank!

Durch den Lissabon-Vertrag haben sich im Bereich der Sozialstandards gravierende Änderungen ergeben. In den Jahrzehnten zuvor hatte es im Grunde nur Kompetenznormen gegeben, von denen ein spezifischer, nämlich ein sozialpolitischer Gebrauch gemacht wurde. Dabei dominierten Vorgehensweisen von beschränkter Reichweite. Zum einen wurden Gleichheitsrechte konkretisiert und ein Antidiskriminierungsrecht geschaffen, das in einer Reihe von Punkten über das US-Vorbild hinausgeht. Auch die Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer gehört unbestritten zum *acquis communautaire*. Vorschriften dieser Art haben den „Vorzug“, nichts über das absolute Schutzniveau auszusagen. Lohngleichheit und Verbot der Rassendiskriminierung kann man gleichermaßen auf dem litauischen wie auf dem luxemburgischen Niveau praktizieren. Zum zweiten hat man Verfahrensrechte geschaffen, insbesondere Regeln über Information und Konsultation der Arbeitnehmervertretungen. Das gilt etwa für die Massenentlassungsrichtlinie oder auch für die Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz sowie für die Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat. Selbst die Nachweisrichtlinie sagt im Prinzip nichts über den Inhalt von Arbeitsverträgen, sondern nur darüber etwas aus, welche Gegenstände in einem Arbeitsvertrag angesprochen werden müssen. Es gab nur wenige Ausnahmen; eine davon ist die Wahrung der erworbenen Rechte beim Übergang von Betrieben, eine zweite sind die vier Wochen bezahlten Jahresurlaubs, die in der Arbeitszeitrichtlinie garantiert sind.

Der Vertrag von Lissabon hat nun weniger die Kompetenzen verändert als erstmals inhaltliche Vorgaben geschaffen. Dies geschah einmal durch die Grundrechte-Charta, die zum Bestandteil des verbindlichen Primärrechts erklärt wurde. Daneben stehen die so genannten Querschnittsklauseln, wobei Artikel 9 des AEU-Vertrags den sozialen Schutz zum Gegenstand hat. Weiter gibt es über die traditionelle Garantie der Lohngleichheit von Mann und Frau hinaus (die jetzt in Art. 157 des AEU-Vertrages verankert ist) eine Reihe von Einzelbestimmungen, die man in den beiden Verträgen, dem EU-Vertrag und dem AEU-Vertrag, finden kann. Als Beispiel mag der Datenschutz stehen, der in Artikel 39 des EU-Vertrages garantiert ist, fast gleichlautend aber auch in Artikel 18 des AEU-Vertrags und in Art. 8 der Grundrechte-Charta. Ob ihm diese Vielfalt nach dem Alltagsmotto „Dreifach genäht hält besser“ wirklich gut tut, ist eine ganz andere Frage.

Eine weitere, selten beachtete Erscheinungsform des Primärrechts sind die völkerrechtlichen Verträge, die von der EU ratifiziert wurden. Dazu gehört zum Beispiel die UN-Behindertenrechtskonvention. Sie spricht – für ein UN-Dokument recht ungewöhnlich – eine relativ präzise Sprache und kann deshalb praktische Bedeutung gewinnen. Die Union ist an diese Konvention kraft Ratifikation gebunden, es liegt nicht nur ein allgemeiner Rechtsgrundsatz vor, der durch die Ratifikation seitens aller Mitgliedstaaten entstehen könnte.

Schließlich dürfen wir nicht die weit über den sozialpolitischen Bereich hinausreichenden Grundwerte vergessen, die in den Verträgen ihren Niederschlag gefunden haben. Weil sie gewissermaßen die Sonntagsexistenz der EU zum Ausdruck bringen, darf ich Art. 2 EU-Vertrag hier ausdrücklich im Wortlaut zitieren. „Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedsstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.“ Wenn das alles verwirklicht wäre, würden wir uns in unmittelbarer Nähe des Paradieses befinden.

In Konkretisierung dieser Vorgabe gibt es unter der Überschrift „Solidarität“ einen eigenen Abschnitt in der Grundrechte-Charta. Dazu gehört etwa das Recht der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Konsultation, bevor im Unternehmen wichtige arbeitnehmerbezogene Entscheidungen getroffen werden, dazu gehören nach Art. 28 das Recht auf Kollektivverhandlungen sowie das Recht der Arbeitnehmer, bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen einschließlich Streiks ergreifen zu können. Hier ist – wenn ich recht sehe - zum ersten Mal im EU-Recht das Wort „Streik“ ausdrücklich erwähnt. Das ist eine Art Grenzüberschreitung, schon fast ein Tabubruch, denn bislang hatte die Arbeitnehmerseite als Form der Interessenvertretung bestenfalls die „Konsultation“ zu erwarten. Dann gibt es weiter einen Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung und ein Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen in Artikel 31. Dass ein so positiv stimmendes Instrument auch die Kinderarbeit verbietet, die Familie schützt und den Zugang zu den Systemen sozialer Sicherheit garantiert, versteht sich im Grunde von selbst.

Es ist ein bekanntes Charakteristikum von Menschenrechtsgarantien, oft so allgemein formuliert zu sein, dass sie nur bei viel gutem Willen auf die konkrete Anwendungsebene herab gebrochen werden können. Man denke etwa an Artikel 9 EU-Vertrag, der den Gleichheitsgrundsatz betrifft. Wörtlich heißt es dort: „Die Union achtet in ihrem gesamten Handeln den Grundsatz der Gleichheit ihrer Bürgerinnen und Bürger, denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zuteilwird.“ Das ist irgendwie eine erfreuliche Formulierung, die bei mir allerdings bisweilen etwas aus dem Rahmen fallende Assoziationen weckt. Ich stelle mir einen Sozialhilfeempfänger nach deutschem, griechischem oder französischem Recht vor, der zur Vertretung der Union in seinem Land geht und dort die „gleiche Aufmerksamkeit“ für seine Probleme wie zum Beispiel ein Investor einfordert. Derlei soziale Fantasie ist normalerweise nicht gefragt; die Dinge wörtlich zu nehmen, war seit jeher die Aufgabe von Narren (was ja nicht ausschließt, dass sie genau wie Kinder die Wahrheit sagen). Auch dem Normalbürger könnte freilich deutlich werden, dass es sich primär um schöne Worte, nicht aber um einklagbare Ansprüche handelt.

Neben dem Problem der Abstraktheit der Garantien gibt es die ausdrücklichen Ausnahmen und Durchbrechungen. Sie finden sich traditionellerweise im zweiten Absatz des fraglichen Artikels; dies ist jedenfalls die Regelungstechnik des deutschen Grundgesetzes und vieler anderer Verfassungen. Die Grundrechte-Charta geht einen abweichenden Weg. Ihr Artikel 52 Abs. 1 enthält eine Globalermächtigung, die alle Grundrechte unter Gesetzesvorbehalt stellt, doch darf ihr Wesensgehalt nicht angetastet werden. Letzteres ist aus dem deutschen Recht bekannt, doch kenne ich keinen Fall aus der Rechtsprechung, in dem selbst bei weitreichenden Eingriffen der Wesensgehalt als „angetastet“ betrachtet worden wäre. Höhere praktische Bedeutung hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der auch im Gemeinschaftsrecht auf eine gewisse Tradition zurückblicken kann.

Die Grundrechte-Charta hat einen eingeschränkten Anwendungsbereich. Sie gilt nicht anders als die „Querschnittsbestimmungen“ nur für Organe der Union und für die Mitgliedstaaten, soweit diese Unionsrecht ausführen. Was bedeutet das in der Praxis? Nehmen wir als konkretes Beispiel die Umsetzung der Massenentlassungsrichtlinie. Durch sie ist ersichtlich das Verfahren der Information und Konsultation EG/EU-rechtlich determiniert. Heißt dies, dass bei Massenentlassungen nunmehr auch eine Berufung auf Artikel 30 der Grundrechte-Charta möglich ist, der einen angemessenen Kündigungsschutz garantiert? Oder ist das EU-Recht auf den ausdrücklich geregelten Aspekt „Verfahren bei Massenentlassungen“ beschränkt? Ich vermute mal, die Rechtsprechung wird die zuletzt genannte Alternative wählen und die des Art. 30 der Charta außen vor lassen, aber ganz sicher ist das nicht; die Frage wäre zu diskutieren. Vielleicht könnte man auch daran denken, dass Personen, die sich auf einer Namensliste befinden und die deshalb nach jedem Strohalm greifen, Art. 30 der Charta für sich ins Feld führen; schließlich sind sie ja bei einem bestimmten, auf Massenentlassungen bezogenen Verfahren unter die Räder gekommen.

Interesse verdienen weiter die Diskriminierungsverbote, die in Art. 21 der Charta enthalten sind und die über den alten Art. 12 EG und das deutsche AGG erheblich hinausgehen. Bislang hat man wenig davon gehört, dass niemand mehr diskriminiert werden darf wegen seiner sozialen Herkunft, seiner genetischen Merkmale, seiner Sprache und seiner politischen und sonstigen Anschauungen. Nach

Vermögen, Geburt und Staatsangehörigkeit darf gleichfalls nicht differenziert werden. Auch diese Verbote spielen nur beim Verhalten der Unionsorgane und bei der Umsetzung des Unionsrechts eine Rolle, doch könnte man durchaus die Frage stellen, ob EU-finanzierte Projekte im kulturellen, wissenschaftlichen und entwicklungspolitischen Bereich immer diesen Vorgaben gerecht werden. Müsste nicht bisweilen eine weniger stromlinienförmige Wissenschaft gefördert werden, dürfen doch politische und sonstige Anschauungen keine Rolle spielen? Und darf man Ortskräften eine bescheidenere Vergütung als entsandten Arbeitnehmern gewähren, ohne gegen das Verbot der Benachteiligung wegen der Staatsangehörigkeit zu verstoßen?

Das Problem der sozialen Garantien im primären Gemeinschaftsrecht besteht jedoch nicht allein darin, aus abstrakten Bekundungen konkrete Ansprüche und Handlungsorientierungen abzuleiten und Grenzen nur dort zu ziehen, wo sie unbedingt erforderlich sind. Weiter geht es auch nicht nur um den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Vielmehr gibt es zusätzlich so etwas wie einen ungeschriebenen Generalvorbehalt. Dagmar Schiek hat darüber ja schon gesprochen. Das heutige EU-Recht garantiert, wie seine Vorgänger, die so genannten wirtschaftlichen Grundfreiheiten: Freier Warenverkehr, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Diese Rechte waren ursprünglich reine Diskriminierungsverbote. Ein Anbieter aus Frankreich durfte rechtlich nicht schlechter als ein Anbieter aus Deutschland behandelt werden. Da hatte niemand etwas dagegen, da konnte auch niemand etwas dagegen haben. Im Laufe einer längeren Entwicklung machte die Rechtsprechung des EuGH daraus jedoch so genannte Beschränkungsverbote. Nicht nur die Schlechterstellung wegen der Herkunft aus einem anderen Mitgliedsstaat ist nunmehr verboten; jede Beschränkung der freien grenzüberschreitenden Betätigung auf dem Markt bedarf deshalb der Rechtfertigung, auch wenn sie gleichermaßen für Fremde wie für Einheimische gilt.

Dieses neue Prinzip ist beispielsweise bei der Überprüfung des Verbots zur Sonntagsarbeit in Großbritannien durch den EuGH deutlich geworden. Der Gerichtshof hat lange Ausführungen zu der Frage gemacht, was den Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen kann. In der Tat kann man diese als betroffen ansehen, denn am Sonntag können die meisten Waren nicht mehr frei zirkulieren, oder in Alltagssprache übersetzt: das Streben nach Profit muss Pause machen. Dafür bedurfte es einer Rechtfertigung im Vertrag, die auch gefunden wurde. Hätte es sich bei der Warenverkehrsfreiheit um ein bloßes Diskriminierungsverbot gehandelt, wäre das ganze Problem mit einem Satz zu erledigen gewesen, da Engländer und Nichtengländer in gleicher Weise betroffen waren. Natürlich ist immer auch der Fall denkbar, dass es keinen grenzüberschreitenden Bezug gibt, doch er wird immer seltener und er ändert auch nichts an der Grundsatzfrage. Das Beschränkungsverbot läuft inhaltlich auf eine umfassende Garantie der unternehmerischen Freiheit hinaus, sofern irgendein aktueller oder potentieller grenzüberschreitender Bezug vorhanden ist. Ohne dass die wirkliche Tragweite diskutiert worden wäre, hat man gewissermaßen unter der Decke ein umfassend geschütztes Unternehmergrundrecht geschaffen, das nur unter besonderen Umständen beschränkt werden kann. Ob man davon jemals wieder loskommt, ist eine schwierige, heute nicht zu beantwortende Frage.

In den Fällen „Viking“ und „Laval“ hat der EuGH diese unternehmerische Betätigungsfreiheit mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattet, ihr also – wie man anderwärts sagt – Horizontalwirkung beigemessen. Konkret heißt das, dass sich ein Unternehmer oder ein Unternehmerverband den Arbeitnehmern und den Gewerkschaften gegenüber auf diese Grundfreiheit berufen kann. Diese sind dann darauf beschränkt, sich auf einen Rechtfertigungsgrund zu berufen. Sie können einzelne sozialpolitische Ziele verfolgen, die gegebenenfalls vom Gerichtshof als zulässige Beschränkung anerkannt werden. Im Fall „Viking“ hat der EuGH nicht etwa das Streikrecht gegen die Niederlassungsfreiheit abgewogen. Vielmehr ging es um das Gewicht des mit dem angekündigten Streik verfolgten Zieles, das gegen die Niederlassungsfreiheit abzuwägen war. Für „gute“ Ziele wie zum Beispiel die Verteidigung der eigenen Arbeitsplätze darf man gegebenenfalls streiken, für weniger „gute“ Ziele darf man es nicht. Was nun gute oder was nun weniger gute Ziele sind, das entscheidet letztlich der EuGH. Ob z. B. auch Solidaritätsaktionen „gute“ Aktionen sind, erscheint eher zweifelhaft. Übertragen auf den innerstaatlichen Bereich würde dies bedeuten, dass man nur um 3 % Lohnerhöhung Tarifverhandlungen führen und ggf. streiken darf; 5 % könnten den in der Streikdrohung und im Streik liegenden Eingriff in die unternehmerische Freiheit nicht mehr rechtfertigen. Wollte das BAG ernsthaft eine solche (verfassungswidrige)

Rechtsprechungentwickeln, würde vermutlich sogar die Arbeitgeberseite heftigen Protest anmelden: Auch sie will keine gerichtliche Zwangsschlichtung.

In dieser Rechtsprechung zu den sog. ökonomischen Grundfreiheiten spiegelt sich eine politische Entwicklung wider, die mehr Markt und mehr Liberalismus will. Sie lässt sich in gleicher Weise im Vergaberecht, insbesondere in der Rüffert-Entscheidung wiederfinden. Die Wissenschaft vom Europarecht hat diesen Entwicklungen bislang im Grunde völlig untätig zugeschaut. Es hat sich keine kritische Stimme erhoben gegen die Umdefinition von Diskriminierungsverboten in Beschränkungsverbote, weil es keine kritische Wissenschaft zum Europarecht gab. Es gab natürlich sozialpolitisch engagierte Leute, aber ihre Argumente bewegten sich im herrschenden Rahmen. Anders als im Zivilrecht und im nationalen Arbeitsrecht gab es praktisch niemanden, der mit kritischen Augen an diese europäischen Entwicklungen herangegangen wäre. Vielmehr gab es so etwas wie einen umfassenden Konsens „Das europäische Projekt ist gut“. Man kann vielleicht an Einzelheiten das eine oder andere kritisieren und da und dort Verbesserungsvorschläge machen, aber immer nur in der Perspektive des „besseren“, die wirtschaftlichen Grundfreiheiten voraussetzenden Europas. Das schuf faktische Denkverbote, die erst durch Viking und Laval durchbrochen wurden, weil es in diesen Fällen allzu evident wurde, wohin die Reise gehen sollte. Jetzt gibt es in der Tat, wie Dagmar Schiek gesagt hat, auch Kritiker, die sagen: Mehr Europa muss nicht immer das Richtige sein. Es sei wünschenswert und notwendig, den bisherigen Zustand beizubehalten, das heißt den Mitgliedstaaten das Recht zu belassen, über ihre Sozialpolitik selbst zu entscheiden, also darüber zu befinden, wie man am besten auf Marktentwicklungen reagiert. Man kann selbstredend ein Stück weitergehen und auch in wirtschaftlicher Hinsicht mehr Eigenständigkeit verlangen; auch dies ist eine vertretbare Position geworden.

Die Frage stellt sich, ob und wie man in diesem Bereich etwas durchsetzen kann. Die Viking- und Laval-Rechtsprechung und das Rüffert-Urteil haben viele auch deshalb so schockiert, weil eine Änderung im Grunde nur dadurch möglich ist, dass sich der EuGH eines Besseren besinnt. Theoretisch kann man die Verträge ändern, aber das setzt Einstimmigkeit voraus. Bei der großen Zahl der Mitgliedstaaten und bei einem so brisanten Thema wie der Sozialpolitik ist dies faktisch nicht erreichbar; realistischer Weise kann man nicht damit rechnen, dass die Grundfreiheiten beispielsweise wieder auf Diskriminierungsverbote reduziert werden oder ein allgemeiner Sozialvorbehalt in den Vertrag aufgenommen wird. Also wird man nur hoffen können, dass sich die Richter in Luxemburg eines nicht allzu fernen Tages von ihrer bisherigen Rechtsprechung distanzieren. Das halte ich für recht unwahrscheinlich, genauer: Ich glaube nicht daran. Das hängt auch ein wenig damit zusammen, dass die politische Ausrichtung der nationalstaatlichen Regierungen letztlich dafür maßgebend ist, wer als Richter nach Luxemburg kommt. Insoweit gibt es deutsche und ausländische Erfahrungen, wonach ein bestimmtes politisches Vorverständnis eines Richters über die Chancen der Wahl und Wiederwahl ganz wesentlich mitentscheidet. Diese Rahmenbedingungen müssten sich schon ganz gravierend ändern, bevor im EuGH eine andere Denkweise vorherrschen würde.

Zunächst müssen wir uns realistischerweise mit der Situation abfinden, dass sozialpolitische Ziele auf europäischer Ebene eine durchaus prekäre Existenz besitzen. Wie wenig wir trotz aller schönen Bekundungen, die ich hier zum Teil wörtlich vorgetragen habe, sozialpolitisch von der EU erwarten können, wird an den Entwicklungen in Südeuropa deutlich. Zur Troika, die die Griechen, Spanier, Portugiesen und andere nicht nur zum Sparen, sondern auch zum Abbau von Sozialstandards zwingt, gehört auch ein Vertreter der EU-Kommission und ein Vertreter der Europäischen Zentralbank. Die EU-Vertreter sind somit ersichtlich in der Mehrheit. Dies wirft die Frage auf, ob die EU-Organe nicht auch in dieser Funktion an die Grundrechte-Charta gebunden sind. Ich sehe insoweit keine grundsätzlichen Bedenken, zumal es um die Lösung von Problemen geht, die durch die (Währungs-)Union entstanden sind.

Das genaue Ausmaß des Sozialabbaues im Süden ist hier wenig bekannt. In Bezug auf Spanien sind schon Beispiele genannt worden. Ich will kurz auf die griechische Situation eingehen. Vor einiger Zeit haben griechische Rentner das Athener Gesundheitsministerium gestürmt, weil sie ihre Medikamente nunmehr selbst bezahlen müssen, und das auf der Grundlage eines um 30% abgesenkten Rentenniveaus. Die Grundrechte-Charta garantiert doch die Menschenwürde, und diese ist tangiert, wenn ein Mitbürger ein notwendiges Schmerzmittel nicht mehr kaufen kann.

Und die Charta garantiert weiter in ihrem Artikel 35 den Zugang zur ärztlichen Versorgung. Darf er verweigert werden, weil jemand nicht genügend Geld hat? Vermutlich war keiner der Demonstranten so informiert (oder so naiv), sich auf diese Vorschriften zu berufen. Aber eigentlich hätte man erkennen müssen, dass die EU-Grundrechte-Charta auch in diesem Kontext verbindlich ist. Griechenland ist ein Mitgliedsstaat der EU und die Leute, die die Maßnahmen dort nicht „angeordnet“, sondern mit zwingender Wirkung „empfohlen“ haben, sind nun einmal Funktionsträger der EU und handeln in amtlicher Eigenschaft. Das ist also, die Schlussfolgerung sei erlaubt, die soziale Realität der EU.

Ich habe Ihnen bewusst zunächst die schönen Proklamationen dargelegt, damit der Gegensatz einigermaßen deutlich wird. Allerdings besteht zwischen Recht und Realität schon immer ein Widerspruch. Das weiß man als Jurist, und man ist sich bewusst, dass nicht alles eins zu eins umgesetzt werden kann. Nur wenn von den Garantien für viele gar nichts mehr übrig bleibt, sollte das Ende von europafreundlicher Nachsicht erreicht sein. Die sozialen Grundrechte werden dann zu schlichten Ideologien, zu Verheißungen, die den blauen Europahimmel schöner machen sollen, aber so gut wie nichts bewirken. Mich erinnert das spontan an das Bekenntnis, das man in DDR-Dokumenten finden konnte: alle schöpferischen Fähigkeiten der Menschen sollten sich entfalten, und gleichzeitig fand dieses beifallswürdige Prinzip ein schnelles Ende an den zahlreichen Verboten, die an jeder Straßenecke vorzufinden waren. Das ist ein ähnlich weitgehender Gegensatz wie heute in der EU. Eine Differenz besteht nur insoweit, als die Betroffenheit in der EU eine sehr unterschiedliche ist; nicht für alle sind die Mängel der Realität unmittelbar spürbar.

Von ihrer praktischen Wirkung her sind die sozialen Mindeststandards im Unionsrecht politische Deklarationen. Man kann ihre Verwirklichung einfordern, aber dies hat nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn man für sich mehr als nur eine einsichtige juristische Auslegung ins Feld führen kann. Man benötigt ein Konzept für ein soziales Europa und Argumente, die es stützen können; insoweit lassen sich vorhandene Ansätze sicherlich ausbauen. Hinzukommen muss aber eine politische Konstellation, die einer Realisierung günstig ist. Wie könnte sie entstehen?

Die EU hat heute sehr viel mehr Legitimationsprobleme als vor zwanzig Jahren. Die Schaffung einer Verfassung ist aufgrund der Volksabstimmungen in Frankreich und in den Niederlanden gescheitert. Der mit dem abgelehnten Verfassungstext weitgehend identische Vertrag von Lissabon wurde keinem demokratischen „Härtetest“ unterzogen; ein zweiter Fehlschlag hätte unabsehbare Konsequenzen haben können. Als der damalige griechische Ministerpräsident Papandreou von einer Volksabstimmung über die „Wirtschaftsreformen“ sprach, sah er sich plötzlich Widerständen ausgesetzt, die so massiv waren, dass er nicht mehr im Amt bleiben konnte. Auch der britische Regierungschef Cameron hatte eine schlechte Presse, als er die Frage zur Diskussion stellte, ob denn nicht eigentlich das britische Volk als Träger der Souveränität über das weitere Verbleiben des Vereinigten Königreichs in der EU entscheiden müsse. Die Angst vor dem Volk signalisiert Legitimationsprobleme. In der Vergangenheit hat man sie dadurch bewältigt, dass man durch Inhalte überzeugt hat: Die Politik war konsensfähig, und sie schien vielen Vorteile zu bringen. Speziell auf abhängig Beschäftigte bezogen, kamen aus Brüssel nützliche Ergänzungen zum nationalen Arbeits- und Sozialrecht. Dies hat dazu geführt, dass die EU gerade auch im Bereich der Gewerkschaftsbewegung ein hohes Ansehen erworben hat.

Ändert die EU nun ihre Politik und baut nationale Sozialstandards ab (statt sie vorsichtig weiter zu entwickeln), dann untergräbt sie ihre eigene Basis. Sie kann nicht mehr durch Inhalte überzeugen. In einer solchen Situation kommen die Mängel des demokratischen Verfahrens wieder voll zur Geltung. Auch die Intransparenz zahlreicher Verfahren, die mit der Vergrößerung der Union noch um einiges zugenommen hat, tritt wieder stärker ins Bewusstsein.

Dies ist nicht nur eine abstrakte Vermutung. In vielen Gesprächen kann man feststellen, dass es zum ersten Mal auch in Gewerkschaften, bei Betriebsräten und Arbeitnehmern eine eher kritische Grundhaltung zur EU gibt. Vor zehn Jahren konnte man allenfalls die Bürokratensprache der EU-Instanzen kritisieren, die Kritik an dem Projekt als solchem und seiner Ausgestaltung war im Grunde tabu. Das ist heute anders geworden.

Dieses Legitimationsdefizit muss den Entscheidungsträgern der EU immer wieder vor Augen geführt werden. Angesichts der besonderen Struktur der Union und ihres nur bedingt demokratischen Charakters kann man nicht damit rechnen, dass beispielsweise die Kommission von sich aus zu einer solchen Einsicht kommt. Dafür ist nicht nur die soziale und räumliche Distanz zur Bevölkerung maßgebend. Vielmehr fehlt es auch an einer europäischen Öffentlichkeit. An ihrer Stelle gibt es zahlreiche nationalstaatliche Öffentlichkeiten, was auf eine Segmentierung und damit auf eine relative Wirkungslosigkeit hinausläuft. Wenn man also das europäische Projekt nicht aufs Spiel setzen will, muss die EU bei der großen Mehrheit der Bevölkerung wieder Akzeptanz gewinnen. Dies ist nur dann zu erwarten, wenn sie für mehr oder weniger vorsichtigen sozialen Fortschritt, nicht aber für sozialen Kahlschlag und Sanierung auf Kosten der Schwachen steht.

Mir scheint das Legitimationsdefizit der eigentliche Kernpunkt zu sein. Seine Bedeutung kann dadurch unterstrichen werden, dass es einzelne europaweite Aktionen gibt. Einige positive Erfahrungen seien genannt. Erinnert sei etwa an die Demonstrationstreiks gegen die Hafenrichtlinie, aber auch an die Aktionen gegen die ursprüngliche Fassung der Dienstleistungsrichtlinie. In beiden Fällen musste die Kommission nachgeben: Das Projekt der Hafenrichtlinie wurde fallen gelassen, die Dienstleistungsrichtlinie wurde deutlich entschärft. Dies alles hat - genau wie viele Resolutionen - nach meiner Einschätzung nur unterstützende Funktion. Viel gravierender sogar als ein (bisher utopischer) europäischer Generalstreik von einem Tag ist die Gefahr, dass sich die abhängig Beschäftigten, die die große Mehrheit der EU-Bevölkerung darstellen, nicht mehr mit diesem Projekt identifizieren. Wenn dies zu einem dauerhaften Zustand wird, werden sich - jetzt auf die juristische Ebene übertragen - die Europarechtler in Rechtshistoriker umqualifizieren müssen. Ihr Forschungsgebiet wird der Vergangenheit angehören, die Schlachten werden nur noch beim Veteranentreffen geschlagen.

Ich halte diese Perspektive nicht für überwiegend wahrscheinlich, weil ich immer noch an die politische Vernunft glaube. Aber man kann dies nach den Erfahrungen mit der Behandlung der Staatsschuldenkrise auch ganz anders sehen. Wo bleibt die politische Vernunft, wenn man einzelne Volkswirtschaften zu einem „Sparkurs“ zwingt, der die Krise noch verschlimmert und der - wie im Falle Griechenlands - zu einem Rückgang des Sozialprodukts um 30 % führt?

Soviel dazu! Ich nehme an, dass einige provokatorische Thesen zur Diskussion anregen werden.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Zusammenfassung der Diskussion I: Arbeitsrechtliche Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene

Nachfragen

Prof. Schiek wurde um ein Beispiel zur Offenen Methode der Koordinierung (OMK) gebeten. Sie verwies auf eine Studie zur Anpassung des Kündigungsschutzes. Allerdings werde der Begriff OMK bei den Austeritätsprozessen nicht verwendet. Es gebe keine gesetzlichen Vorgaben, sondern nur Diskussionsprozesse. Die Auswirkungen der OMK könnten sehr viel stärker sein als die von Richtlinien (Beispiel: Arbeitszeitrichtlinie).

Prof. Trillo wurde danach gefragt, auf welche Art die Tarifautonomie in Spanien eingeschränkt werde und ob es auch juristische Abwehrstrategien gebe.

Er präzierte, der Schutz durch Branchentarifverträge sei effektiver, nun hätten jedoch betriebliche Regeln Vorrang. Außerdem erlaube das Gesetz die Nichtanwendung von Tarifverträgen. Bei der ILO sei eine Beschwerde, und beim Verfassungsgericht sei eine Verfassungsbeschwerde erhoben worden. Die Gewerkschaften hätten an Ansehen verloren. Viele Menschen hielten sie für schwach.

Prof. Pisarczyk wurde gefragt, ob in Polen Abweichungen zum Equal-Pay-Prinzip bei der Arbeitnehmerüberlassung möglich sind, wie die Debatte zum europäischen Mindestlohn in Polen bewertet wird, wer die Krisenvereinbarungen abschließt, was nach ihrem Ablauf geschieht und wie das Verhältnis der Änderungskündigung zur Beendigungskündigung in Polen geregelt ist.

Er erklärte, das Anti-Krisen-Gesetz habe Abweichungen vom Equal-Pay-Prinzip zugelassen. Jetzt seien die Möglichkeiten geringer. Ein europäischer Mindestlohn werde von manchen in Polen abgelehnt. Es gebe auch Arbeitgeber, die den polnischen Mindestlohn (ca. 400 Euro) als zu hoch ansähen. Es werde diskutiert, ob der Mindestlohn nach Regionen differenziert werden solle (höher in Warschau, niedriger in anderen Regionen). Durch die Umsetzung der europäischen Richtlinien habe sich das polnische Arbeitsrecht insgesamt positiv verändert. Die Krisenvereinbarungen würden mit den Gewerkschaften abgeschlossen und könnten nach ihrem Ablauf neu abgeschlossen werden. Wenn keine Gewerkschaften vorhanden seien, würden ad-hoc-Vertretungen gebildet, eine problematische Lösung. Die Änderungskündigung sei unter denselben Voraussetzungen wie die Beendigungskündigung möglich, aber es gebe Konstellationen, z.B. bei älteren Arbeitnehmern und bei Massenentlassungen, in denen Änderungen leichter möglich seien als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Prof. Däubler wurde gefragt, wie er die Absenkung der Sozialstandards unter dem Gesichtspunkt der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit sehe. In der GD Wettbewerb herrsche die Auffassung vor, dass es dazu keine Alternative gebe.

Er antwortete, soweit Sozialstandards nicht kostenwirksam seien, greife dieses Argument ohnehin nicht. Bei kostenwirksamen Sozialstandards führe deren Absenkung auch zur Senkung der Kaufkraft. Es sei riskant, nur für den Export zu produzieren.

Diskussion

Eine Teilnehmerin aus Griechenland erklärte, dass auch in ihrem Land Reformen mit dem Ziel durchgeführt würden, die Wettbewerbsfähigkeit zu stärken und die Lohnstückkosten zu senken. Dies führe zu großen sozialen Verwerfungen. Ein Teilnehmer aus Italien wies darauf hin, auch in seinem Land werde der Schutz der Arbeitnehmer eingeschränkt. Der Schutz habe sich wegbewegt von der Stabilität zu einem Konzept der Antidiskriminierung. Nach seiner Meinung seien die Reformen von ideologischen Vorstellungen getrieben.

Im Übrigen lag der Schwerpunkt der Diskussion auf der Rolle des EuGH.

Auf die Frage, ob die Gerichte wirklich eine Schlüsselrolle haben oder ob die rechtlichen Vorgaben vielleicht nicht so sind, dass ein soziales Europa geschaffen werden kann, antwortete Prof. Schiek,

man könne auf die "governance by judges" nicht verzichten. Es gebe viel Auslegungsspielraum. Der Umfang des Spielraums hänge vom Handeln des EU-Gesetzgebers ab. Wichtig sei, dass die gerichtlichen Entscheidungen rechtsmethodisch korrekt und nachvollziehbar seien. Unpolitische Entscheidungen seien nicht möglich.

Auf die Frage, ob der Lissabon-Vertrag nicht eine Chance auf Veränderung enthält, antwortete Prof. Däubler: die optimistische Variante gehe davon aus, dass die Charta der Grundrechte das soziale Element innerhalb des institutionellen Rahmens der EU verstärke. Die pessimistische Variante weise darauf hin, dass die Charta der Grundrechte schon im Jahr 2000 unterschrieben worden sei, sie als Rechtserkenntnisquelle für die Rechtsüberzeugungen der Mitgliedstaaten gegolten habe und sich daher nichts ändern werde. In rechtlicher Hinsicht mache es einen Unterschied, ob es sich um eine Rechtserkenntnisquelle handle, oder eine formale Aufnahme in das Primärrecht vorliege. Aber der EuGH nehme nicht nur Subsumtionsakte vor. Die Entscheidungen "Viking", "Laval" und "Rüffert" seien Ausdruck einer bestimmten politischen Entwicklung. Er sei skeptisch, ob die Bereitschaft bestehe, sich von der neoliberalen Politik der vergangenen Jahre zu verabschieden.

Prof. Schiek wies darauf hin, dass sich die Entscheidungen des EuGH sehr verändert hätten. Seit der Erweiterung um die neuen Mitgliedstaaten hätten sich die sozialen und wirtschaftlichen Gegensätze vervielfältigt. Es gebe auch ein Nachdenken beim EuGH und interessante Entwicklungen. So habe die Generalanwältin im Verfahren Kommission ./. Deutschland (Dienstleistungsverträge über betriebliche Altersversorgung ohne europaweite Ausschreibung) anstelle der Rechtfertigung der Einschränkung der Grundfreiheiten eher im Sinne einer gegenseitigen Abwägung von Grundfreiheiten und sozialen Grundrechten argumentiert. Diese Argumentationslinie könne sich verstetigen. Aber es werde langsam gehen.

Die weitere Diskussion drehte sich primär darum, wie die Rechtsprechung des EuGH im kollektiven und individuellen Arbeitsrecht zu bewerten ist, wie der EuGH beeinflusst wird und wie erreicht werden kann, dass er die sozialen Grundrechte stärker berücksichtigt. Von einem Teilnehmer wurde anhand des Beispiels "soziale Kriterien im Vergaberecht" darauf aufmerksam gemacht, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Legitimierung politischer Entscheidungen herangezogen werde. Es werde erklärt, man könne sie nur soweit berücksichtigen, wie es das Europarecht zulasse.

Ein anderer Teilnehmer verwies darauf, dass die Regierungen in Rechtsstreitigkeiten vor dem EuGH oft offen politisch argumentierten und politische Interessen verträten. So sei etwa von Polen und Tschechien die Grundrechtecharta im Zusammenhang mit dem Urlaubsrecht heruntergespielt worden. Verschiebungen hätten sich in der Rechtsprechung durch die Erweiterung der EU und die damit verbundene Erweiterung der Spruchkörper um Richter aus den neuen Mitgliedstaaten ergeben. Positiv sei, dass der EuGH weiterhin seine Rolle bei der Auslegung der Richtlinien wahrnehme. Auch zwei weitere Teilnehmerinnen betonten, dass der EuGH im individuellen Arbeitsrecht oft zur Stärkung der Arbeitnehmerrechte beitrage. Problematisch sei das kollektive Arbeitsrecht.

Es bestand Einigkeit, dass der Diskurs mit den Richterinnen und Richtern des EuGH wichtig sei. Eine Teilnehmerin vertrat die Auffassung, ein Rückzug auf die nationalen Möglichkeiten sei eine Defensivposition. Demgegenüber betonte Prof. Däubler, die grundsätzliche Kritik sei wichtig. Es dürfe kein Denkverbot hinsichtlich des Umfangs der europäischen Integration geben.

Tanja Keller, Achim Klueß, Ingrid Heinlein

Warum entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen den Weg zu den Gerichten nicht finden

Sehr geehrte Damen und Herren, ich freue mich, am heutigen Tag den Themenblock: „Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung und Arbeitnehmerüberlassung“ mit einem kurzen Beitrag eröffnen zu dürfen.

Als Mitarbeiterin des Beratungsbüros für entsandte Beschäftigte in Berlin konnte ich in den Jahren 2010 und 2011 den Aufbau und die Entstehung der bundesweit ersten Beratungseinrichtung dieser Art mitbetreuen und wurde während der Beratung mit Problemen der vorübergehend in Deutschland Beschäftigten, den so genannten „neuen EU-Ausländern“¹², konfrontiert. Seit diesem Jahr setze ich mich mit diesem Problem wissenschaftlich auseinander, und zwar im Rahmen eines Forschungsprojektes über die rechtlichen Rahmenbedingungen des grenzüberschreitenden Personaleinsatzes von Polen nach Deutschland am Beispiel der Pflegebranche. Zur Beantwortung der Ausgangsfrage möchte ich aber vor allem auf die Erfahrungen zurückgreifen, die ich während meiner Tätigkeit am Beratungsbüro gemacht habe.

Warum finden die nach Deutschland entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht den Weg zu den deutschen Gerichten? Warum machen diese Menschen aus der durch Art. 6 der Entsenderichtlinie 96/71/EG eröffneten und in § 15 AEntG (Arbeitnehmerentsendegesetz) umgesetzten Möglichkeit, ihre während der Entsendung entstandenen Ansprüche auch vor den deutschen Gerichten geltend zu machen, so wenig Gebrauch? Liegt es vielleicht daran, dass sich die Entsandten vor allem unter den Schutz der Gerichtsbarkeit des Herkunftslandes oder des Entsendelandes begeben? Ich würde mich freuen, wenn ich diese Frage mit einem klaren Ja beantworten könnte. Die Antwort ist leider viel komplexer und setzt sich aus rechtlichen, kulturellen und faktischen Elementen zusammen.

Zunächst stellt sich die Frage: Wer sind diese Entsandten, auf deren Klagen die deutschen Richter und Richterinnen vergeblich warten? Die Erfahrung des Berliner Beratungsbüros für entsandte Beschäftigte hat gezeigt, dass nur wenige der vorübergehend in Deutschland beschäftigten Ausländer, die im Auftrag eines Unternehmens aus dem Ausland hier tätig sind, auf der Grundlage einer mehr oder weniger ordnungsgemäßen Entsendung arbeiten. Die meisten waren als Soloselbständige im Auftrag eines aus ihrem Herkunftsland stammenden Unternehmens tätig oder arbeiteten unter unklaren Bedingungen, meistens „schwarz“. Insbesondere der erste Fall wäre an sich noch kein Hindernis in der Anrufung der deutschen Gerichte nach § 15 AEntG, zumal die meist formell Selbständigen unter den deutschen Arbeitnehmerbegriff fallen würden und somit klageberechtigt wären. Dies ändert aber nichts an der allgemeinen Tendenz, dass die Konstruktion einer Entsendung nur selten in Anspruch genommen wird von denjenigen, für die sie geschaffen wurde.

Selbst die tatsächlich entsandten Beschäftigten, jedenfalls die geringqualifizierten, die ich im Rahmen meiner Beratungstätigkeit kennenlernen durfte, sind sich ihrer Rechte wenig bewusst. Dazu tragen die unzureichenden Sprachkenntnisse sowie eine geringe Wettbewerbsfähigkeit der Betroffenen auf dem Arbeitsmarkt bei. Dadurch sind sie im fremden Land der Gunst des Arbeitgebers ausgeliefert. Verbreitet ist leider die Praxis, dass Arbeitgeber, die Mitarbeiter für einen Einsatz in Deutschland anwerben - eine sogenannte „ad-hoc Entsendung“ kommt nach meiner Erfahrung am häufigsten vor - sämtliche Formalitäten für diese Entsandten erledigen, und dabei gleichzeitig ihre Unterlagen behalten bzw. diese nur nach Lust und Laune wieder

¹² Gemeint sind damit die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU, die im Jahre 2004 sowie 2007 der EU beigetreten sind, insbesondere die Staatsangehörigen der Länder des ehemaligen Ostblocks. .

aushändigen. Die Beschäftigten erdulden diese Situation aus Angst vor dem Verlust der Anstellung, die im Vergleich zu den Bedingungen im Herkunftsland guten Lohn verspricht. Aus der Baubranche sind mir Entsendungen bekannt, die auf den ersten Blick einen ordnungsgemäßen Eindruck machen. In Wirklichkeit wurden aber die Arbeitnehmer unter Androhung, ihre Arbeit zu verlieren, dazu gezwungen, Quittungen für nie erhaltenen Lohn oder Urlaubsgeld zu unterschreiben, und nahmen klaglos offensichtlich manipulierte Lohnabrechnungen entgegen. Unter solchen Umständen ist die Geltendmachung von Ansprüchen - auch aufgrund der Beweissituation - sehr schwierig. Ähnliches gilt, wenn Absprachen bezüglich der Modalitäten der Tätigkeit oder der Vergütung nur mündlich getroffen werden und Zeugen fehlen, was leider sehr häufig der Fall ist. In diesen Fällen können zudem die als Soloselbständige beauftragten Ausländer die arbeitsrechtliche Bindung zum Unternehmen kaum belegen, und fallen so aus dem Schutz des Arbeitnehmerentendengesetzes heraus.

Insgesamt zeigt die Erfahrung, dass die in Deutschland vorübergehend tätigen Ausländer aus Mittel- und Osteuropa hinsichtlich der Sicherung ihrer Rechte oft große Fahrlässigkeit zeigen. Gefragt warum, antworten sie häufig, dass (Zitat) „in einem so ordentlichen, reichen und sicheren Land wie Deutschland einem doch nichts passieren kann.“ Umso größer ist dann deren Enttäuschung, wenn sie mit der Wirklichkeit konfrontiert werden. Die sieht nämlich so aus, dass die unzureichende Kontrolldichte seitens der zuständigen Behörden, insbesondere der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, und die gleichzeitige Pönalisierung der unfreiwilligen Selbständigkeit oder Schwarzarbeit einen Nährboden für ein kriminelles Treiben verschiedener dubioser Vermittler und Auftraggeber bilden.

Die Suche nach einem Anwalt wird dennoch selten in Erwägung gezogen. Das hat verschiedene Gründe. Zum einen die finanziellen. In den Ländern des ehemaligen Ostblocks sind Anwälte rar und teuer. So zumindest die allgemeine Überzeugung. Und die stimmt auch! Der Grund dafür sind die bis vor kurzem dauernden, jahrzehntelangen Beschränkungen im Zugang zum anwaltlichen Beruf. Die Zahl der Anwälte¹³ in Polen beträgt immer noch - im Verhältnis zu der Zahl der Einwohner - nur die Hälfte der deutschen. Hinzu kommt, dass die Rechtsschutzversicherung so gut wie unbekannt ist und die Anwälte meist auf Honorarbasis arbeiten. Die Hemmschwelle, die ein polnischer oder lettischer Arbeiter überwinden muss, um einen Anwalt in einem teuren Land wie Deutschland anzurufen, ist sehr groß. Von der Beratungs- und Prozesskostenhilfe haben diese Menschen noch nie gehört.

Ein weiterer Grund, warum die Entsandten die Beauftragung eines Rechtsanwalts scheuen bzw. den Gang zum Gericht meiden, ist der zeitlich beschränkte Charakter ihres Aufenthaltes in Deutschland. In den meisten Fällen suchen die Beschäftigten nach Unterstützung, wenn das Beschäftigungsverhältnis bereits beendet wurde oder kurz vor dem Ende steht. Die ausländischen Beschäftigten sind in dem Moment sozusagen bereits auf dem Sprung, bereiten sich gedanklich auf die Abreise vor, und sind selten bereit, wegen eines Gerichtsverfahrens, dessen Ausgang unklar ist, ihren Aufenthalt zu verlängern. Gerade die niedrigqualifizierten Beschäftigten, die der Lohnbetrug besonders hart trifft, reisen häufig ohne den ihnen zustehenden Lohn ab. Die Möglichkeit, die Ansprüche von der Heimat aus geltend zu machen, ziehen diese Menschen so gut wie nie in Erwägung.

Last but not least handelt es sich aber auch hier um ein Mentalitätsproblem. Die Osteuropäer haben insgesamt eine relativ geringe Klagebereitschaft, die in einem Land, dessen Sprache sie nicht sprechen, in dem sie über kein soziales Umfeld verfügen, noch weiter sinkt. Die Arbeitsgerichtsbarkeit spielt in den ehemaligen Ländern des Ostblocks eine im Vergleich zu Deutschland wesentlich geringere Rolle bei der Gestaltung der Rechtswirklichkeit. Das Fehlen einer „Klagekultur“ in diesen Ländern ist sowohl auf das verhältnismäßig geringe Bewusstsein der eigenen Rechte, als auch auf die sozialistische Vergangenheit und das daraus resultierende Misstrauen den öffentlichen Institutionen gegenüber zurückzuführen¹⁴.

¹³ Unter diesem Sammelbegriff sind sowohl Advokaten als auch sog. Rechtsberater zu verstehen, beide Berufe sind für die Rechtsberatung und Vertretung in Arbeitssachen zuständig.

¹⁴ So auch das Ergebnis eines Vier-Länder-Vergleichs (Slowenien, Slowakei, Tschechische Republik, Ungarn): Treib/Leiber, WSI-Mitteilungen 2006, 547 (551).

Der Weg zum Gericht bedeutet für die meisten Osteuropäer das letzte Mittel, welches nur in extremen Fällen in Erwägung gezogen wird. Vorher versucht man, das Problem „auf eigene Faust“ zu lösen. Dies erklärt, warum selbst die gut qualifizierten Entsandten, die sich ihrer Rechte sehr wohl bewusst sind, so selten die Gerichtsbarkeit bemühen.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und freue mich auf etwaige Fragen und eine anregende Diskussion.

Welches sind die kollektiven Verteidigungsmittel der Arbeitnehmer in Frankreich?

Nach unserer Ansicht sollte die Antwort auf diese Frage aus der Perspektive und eingedenk der Problematik der Notwendigkeit einer kollektiven Verteidigung der Arbeitnehmer gegeben werden, da - in der Praxis - das Arbeitsverhältnis fundamental durch die Unterordnung des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber gegenüber, sowie durch den Abschluss eines Zugehörigkeitsvertrages ohne wirkliche Wahlfreiheit charakterisiert ist.

Das ist der Grund, warum das Arbeitsrecht mit dem Ziel einer Regulierung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, schützend für die Letzteren sowohl auf individueller als auch auf kollektiver Ebene, entwickelt wurde.

Mit Rücksicht auf dieses Ziel stellen sich die Mittel des französischen Rechts für eine Äußerung und eine Verteidigung kollektiver Interessen der Arbeitnehmer prinzipiell in drei Institutionen dar:

- den Gewerkschaften
- dem Unternehmensausschuss (comité d'entreprise)
- dem Komitee für Hygiene, Sicherheit und Arbeitsbedingungen (CHSCT)

Das Aktionsfeld jeder dieser drei Institutionen ist unterschiedlich. Es ist also angebracht, zunächst zu untersuchen, welche Bereiche der gewerkschaftlichen Tätigkeit zukommen. Alsdann gilt es, die Funktionen und Mittel des Unternehmensausschusses und des CHSCT zu analysieren.

Also zunächst zu den Gewerkschaften :

In Frankreich sind die Gewerkschaften frei gegründete Organisationen, die zur Aufgabe haben, die kollektive Verteidigung der Arbeitnehmer zu sichern. Sie können sich entweder auf örtlichem Niveau, d.h. auf Unternehmensebene, oder im Rahmen einer beruflichen Branche (Föderationen), oder sogar auf nationaler Ebene (Konföderationen) gründen. Sie haben die Fähigkeit, vor Gericht zu agieren.

Ihre Berufung ist eine doppelte. In erster Linie haben sie die Aufgabe, die korrekte Anwendung der gesetzlichen und tariflichen Regelungen, sowie deren Beachtung durch den Arbeitgeber, abzusichern und zu überwachen. Das führt sie dazu, vor den Zivilgerichten (Tribunal de Grande Instance) oder Strafgerichten (Tribunal Correctionnel) das Verhalten der Arbeitgeber anzuzweifeln. So können sie dort die Einhaltung der Arbeitszeiten (Arbeit an Sonntagen und zur Nachtzeit) einfordern, die Modalitäten der Berechnung der Arbeitslöhne ausgehend vom gesetzlichen Mindestlohn (Smic) festlegen lassen, die Bedingungen von Hygiene und Sicherheit am Arbeitsplatz anzweifeln, die Nichtigkeitserklärung einer Kollektivvereinbarung fordern sowie für die Absicherung der Ausübung des Streikrechts (Legitimität, Ausgestaltungen) eintreten.

- So hat zum Beispiel die Cour d'appel (=Landgericht) von Rennes am 29.8.12 den Konzern Carrefour zur Zahlung von Bußgeld in Höhe von 316 500 Euro, also über den Schadensersatz für die betroffenen Arbeitnehmer hinausgehend, verurteilt, weil er 211 Arbeitnehmer des Supermarkts in Quimper unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns (Smic) bezahlt hat, indem er fälschlicherweise die Arbeitspausen in die Kalkulation der monatlichen Vergütung mit einbezogen hatte. Dadurch, dass die Pausenpauschale unterschlagen wurde, wurden die Arbeitnehmer unter dem Mindestlohn vergütet.

- Desgleichen hat die Cour d'appel von Versailles – was die prinzipiell verbotene Sonntagsarbeit angeht – durch Urteil vom 31.10.12 der Gesellschaft Bricorama verboten, ihre Geschäfte sonntags zu öffnen, indem das Gericht auf dem Prinzip des Art L 3132-3 des Arbeitsgesetzbuchs bestanden hat, dass nämlich die sonntägliche Arbeitsruhe im Interesse der Arbeitnehmer zu gewähren ist,

und indem das Gericht an den Charakter des ordre-public der Vorschrift sowie deren Übereinstimmung mit internationalem Recht erinnert hat. Das Gericht unterstreicht dabei, dass die mit Gesetz vom 10.8.2009 erlaubten entgegengesetzten Möglichkeiten nur Ausnahmen sind, und dass die Handelsvorschriften, welche die Wettbewerbsfreiheit absichern sollen, keine Rolle in der gerichtlichen Debatte vor dem Arbeitsrichter zu spielen haben.

Die zweite Aufgabe der Gewerkschaften, und nicht die geringste, besteht darin, an der Ausarbeitung von Normen dadurch mitzuwirken, dass sie Kollektivvereinbarungen mit der Arbeitgeberseite auf örtlichem oder nationalem Niveau abschließen. Diese Vereinbarungen sind von großer Wichtigkeit, da sie bindende Wirkung in Unternehmen oder auf nationaler Ebene dann entfalten, wenn sie zum Gegenstand einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Arbeitsministers werden. Diesbezüglich entstehen zahlreiche Streitigkeiten insbesondere hinsichtlich der Bedingungen einer Tarifverhandlung, die vor allem loyal geführt werden muss, hinsichtlich der Identifizierung der Vertragspartner, besonders was ihre Repräsentativität angeht, und in Hinsicht auf das Problem der Gesetzmäßigkeit des unterzeichneten Textes. Dabei ist die Frage der Repräsentativität in den Prozessen allgegenwärtig. Das Gesetz vom 20.8.2008 hat auf diesem Gebiet die Regeln gründlich geändert, indem die Repräsentativität nicht mehr durch Gesetz zugestanden wird sondern den Ergebnissen jeder einzelnen Gewerkschaft bei den Wahlen zu den Arbeitnehmervertretungen, den Aktivitäten einer Gewerkschaft auf Unternehmens- oder Branchenebene, deren Dynamik und deren Mitgliederzahl unterworfen ist. Diese neuen Vorschriften haben die Wirkung, dass die kleinen Gewerkschaftsorganisationen aus dem Feld der Kollektivverhandlungen verschwinden, und den großen Gewerkschaftszentralen das Verhandlungsmonopol überlassen wird.

Wenn auch die Möglichkeit der Gewerkschaften, gerichtlich vorzugehen, ein effektives Mittel ist, den Rechten der Arbeitnehmer Beachtung zu verschaffen und deren Schicksal zu verbessern, so stehen dem doch gewisse Hindernisse entgegen, als da sind

- der schwache, gewerkschaftliche Organisationsgrad der Arbeitnehmer, welcher den gewerkschaftlichen Einfluss vermindert
- die Konzeption des französischen Syndikalismus, die mehr in der Konfrontation als in der Verhandlung besteht
- die Langsamkeit der Justiz, die mangels Personal und materieller Mittel eine schnelle und effektive Lösung von Konflikten nicht erlaubt

Und nun zu den Unternehmensausschüssen und den CHSCT

Parallel zu den Gewerkschaften ermöglichen es die repräsentativen, unternehmensinternen Instanzen (comités d'entreprises und CHSCT), die Verteidigung der Arbeitnehmer gegen Entscheidungen des Unternehmenschefs sicherzustellen.

Diese repräsentativen Institutionen der Arbeitnehmerschaft, verpflichtend in Unternehmen mit mindestens 50 Beschäftigten, bestehen aus Mitgliedern, die von den Arbeitnehmern aufgrund von Gewerkschaftslisten gewählt werden.

Der Unternehmensausschuss hat, über die Organisation von sozialen und kulturellen Aktivitäten hinausgehend, die Funktion, am Leben des Unternehmens teilzunehmen, indem er informiert und regelmäßig konsultiert wird, und zwar über die Situation des Unternehmens, über seine wirtschaftliche Lage und die Vorhaben des Unternehmers. Obwohl die Arbeitnehmervertretungen keine Entscheidungsmacht haben, da in Frankreich allein der Unternehmer das Unternehmen führt und über dessen Zukunft entscheidet, spielen die Ausschüsse eine überaus wichtige Rolle dank der Informationen, über die sie verfügen, und der Bedenken, die sie vorbringen können.

Seit Jahren interveniert der Unternehmensausschuss besonders auf dem Gebiet der Massenkündigungen aus wirtschaftlichen Gründen. Frankreich sieht seit 1993 ein spezielles Verfahren für Kündigungen dieses Typs vor. Demgemäß muss der Unternehmer vor jeder Massenkündigung aus wirtschaftlichen Gründen den Unternehmensausschuss zunächst über die ökonomischen Schwierigkeiten, und die Notwendigkeit einer Reduzierung der Arbeitsplätze informieren und konsultieren, dann auch über Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, indem er einen

Beschäftigungsrettungsplan (plan de sauvegarde de l'emploi = PSE) vorstellt, welcher – bei Vermeidung seiner Nichtigkeit – Angebote einer (internen oder externen) Weiterbeschäftigung, Weiterbildungsmaßnahmen, Teilzeitmöglichkeiten etc. enthält. Der Unternehmensausschuss kann sich bei dieser Gelegenheit eines von ihm ausgesuchten, aber vom Arbeitgeber zu bezahlenden Wirtschaftsprüfers (expert comptable) bedienen, der eine allerdings nur konsultative Stellungnahme verfasst.

Zahlreiche Streitigkeiten haben sich zu diesem Thema entwickelt, und die Unternehmensausschüsse zögern nicht, das Landgericht (Tribunal de Grande Instance) anzurufen, sei es im einstweiligen Verfügungsverfahren, sei es im Hauptverfahren, um die Ordnungsgemäßheit des Informations- und Konsultationsverfahrens oder den Beschäftigungsrettungsplan anzuzweifeln. Die Gerichte haben die Möglichkeit, das Verfahren anzuhalten und vom Arbeitgeber eine Vervollständigung seiner Information zu verlangen, oder den PSE im Falle unzureichender Weiterbeschäftigungsmaßnahmen zu annullieren. Die erste und wesentliche Konsequenz einer solchen Annullierung ist die automatische Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer auf ihren Arbeitsplätzen, soweit diese es verlangen. Dies soll den Arbeitgeber dazu bringen, seriöse Lösungen zu präsentieren, um ausgesprochen harte Sanktionen zu vermeiden.

Zwei wichtige Entscheidungen der Cour de Cassation vom 13.2.1997 betreffen diese Fragen. Sie behandeln den Abbau zahlreicher Arbeitsplätze bei der Gesellschaft des Kaufhauses La Samaritaine, eines der großen Pariser Warenhäuser. In der ersten Entscheidung bestätigt die Cour de Cassation die Ansichten des Landes- und Oberlandesgerichts, die den Sozialplan mit der Begründung annulliert hatten, dass dieser Maßnahmen wie die vorzeitige Versetzung in den Ruhestand, Abfindungen etc. vorsehe, die keine Maßnahmen zur Weiterbeschäftigung seien. Insbesondere würde der Sozialplan – in Ermangelung der genauen Bezeichnung der beruflichen Kategorien der von der Massenkündigung betroffenen Arbeitnehmer – keine Erkenntnis darüber erlauben, ob die zur Weiterbeschäftigung angebotenen Arbeitsplätze wirklich eine Weiterarbeit der zu kündigenden Arbeitnehmer erlauben. Außerdem – so die Cour de Cassation – seien die Maßnahmen für eine externe Weiterbeschäftigung illusorisch.

In der zweiten Entscheidung hat das Gericht die Konsequenz aus der ersten Entscheidung gezogen, nämlich dass die festgestellte Nichtigkeit des Sozialplans automatisch die Nichtigkeit der auf der Grundlage des Plans ausgesprochenen Kündigungen, und damit die Weiterbeschäftigung der gekündigten Arbeitnehmer nach sich zieht. Es handelte sich hier um einen großen Fortschritt in der Rechtsprechung, der bis heute fort dauert.

Die Unternehmensausschüsse haben ebenfalls vor Gericht zu kämpfen, um die Pflichten des Arbeitgebers zur Information und Konsultation durchzusetzen, und um weiterhin die Natur und Reichweite der Informationen abzuschätzen, was die tatsächliche Situation des Unternehmens, die wirklichen (Kündigungs-) Motive des Arbeitgebers und die Konsequenzen für die Beschäftigung der Arbeitnehmer angeht (Zahl der wegfallenden und der zur Weiterbeschäftigung angebotenen Arbeitsplätze, die Natur derselben hinsichtlich Vergütung, Verortung und verlangter Qualifikation). Diese Art von Streitigkeit, die meistens während des Massenkündigungsverfahrens ausgefochten wird, spielt sich im einstweiligen Verfügungsverfahren ab, da die Eilbedürftigkeit leicht zu begründen ist. Oft ist der Richter gehalten, dem Arbeitgeber aufzugeben, zusätzliche Dokumente vorzulegen, die eine loyale, ehrliche und komplette Information erlauben. Es ist nämlich anzumerken, dass die Arbeitgeber oft zögern, alle ihnen verfügbaren Elemente zu präsentieren, da sie Angst vor radikalen Antworten von Seiten der Gewerkschaften und der Arbeitnehmer haben.

Hinsichtlich der Informationspflicht des Arbeitgebers sind besonders einschlägige Entscheidungen in einer berühmt gewordenen Rechtssache, nämlich der der Schließung des Renault-Werkes in Vilvoorde, ergangen. Das Landgericht in Versailles hat hier im Mai 1997, angesichts der überraschenden, in der Presse erfolgten Ankündigung der Schließung des Werks, der Renault-Leitung verboten, die Entscheidung zur Schließung ohne vorherige Zusammenkunft des Europäischen Betriebsrats zu vollziehen. Das Gericht war in der Tat der Ansicht, dass Renault bei jeder Entscheidung, die die Interessen der Arbeitnehmer erheblich beeinträchtigen können, das gebotene Verfahren von Information und Konsultation anzuwenden hat. Es hat deshalb die

öffentliche Ankündigung der Schließung von Vilvoorde für offensichtlich rechtswidrig erklärt, da der Information und Konsultation offenbar nicht der Platz eingeräumt worden war, der ihnen zur Sicherung ihrer zugeordneten Funktion (effet utile) zukommt. Das Gericht hat letzten Endes Renault auferlegt, eine Vollversammlung des Europäischen Betriebsrats einzuberufen und an dessen Mitglieder Dokumente zu übergeben, die eine Kenntnisnahme der Motive und der Auswirkungen einer derartigen Werksschließung erlauben.

Ähnlich wurde am 29. März 2001 die Schließung aller auf dem europäischen Kontinent befindlichen Läden der Firma Mark & Spencer, mit 1700 betroffenen Arbeitnehmern in Frankreich, ohne vorherige Konsultation der Arbeitnehmer angekündigt. Deshalb hat das Landgericht von Paris durch einstweilige Verfügung vom 9.4.2001 die Suspendierung des Plans zur Schließung aller Läden in Frankreich angeordnet, solange nicht ein regelgerechtes Verfahren der Information und Konsultation der Arbeitnehmervertreter durchgeführt würde.

Schließlich haben die Unternehmensausschüsse im Rahmen des Informations- und Konsultationsverfahrens die Möglichkeit, über das vom Arbeitgeber angeführte, wirtschaftliche Motiv (einer Massenkündigung) zu diskutieren. Gleichwohl, auch wenn die Kontrolle eines solchen Motivs evident erscheint, da das Interesse der Arbeitnehmer daran offenbar ist, zieht das französische Recht – so wie es von der Cour de Cassation interpretiert wird – für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens keinerlei Konsequenz aus der Abwesenheit oder Unzulänglichkeit eines wirtschaftlichen Grundes.

Eine Rechtssache Viveo hat jüngst die Inkohärenz des französischen Arbeitsrechts und einer gewissen Rechtsprechung auf diesem Feld offenbart. Wenn auch ein Arbeitnehmer nach Ausspruch einer wirtschaftlich bedingten Kündigung durch den Arbeitgeber den Kündigungsgrund individuell vor der prud'hommalen Gerichtsbarkeit (conseils de prud'hommes = Arbeitsgerichte der 1. Instanz für individuelle, arbeitsrechtliche Streitigkeiten) bestreiten und Schadensersatz (nicht seine Weiterbeschäftigung) verlangen kann, so existiert diese Möglichkeit nicht für den Unternehmensausschuss in der Phase seiner Konsultation. Der Ausschuss kann sich nicht auf die Nichtigkeit des ganzen Verfahrens berufen, obwohl kein wahrer, wirtschaftlicher Grund für den vom Arbeitgeber vorgestellten Beschäftigungsrettungsplan vorhanden ist. Diese Unmöglichkeit ist äußerst bedauernswert, wenn man weiß, dass eine vor Ausspruch von Massenkündigungen kollektiv erfolgte Gegenwehr einen sehr viel effizienteren Schutz des Arbeitnehmers erlaubt, der entweder nicht gekündigt werden, oder nach bereits erfolgter Kündigung im Unternehmen weiterbeschäftigt werden könnte.

Nun ist noch die letzte, repräsentative Institution der Beschäftigten, der CHSCT, zu behandeln, welcher das Recht hat, die Arbeitgeberentscheidungen im Bereich von Gesundheit und Sicherheit kritisch zu begleiten. Der Ausschuss muss über alle Entscheidungen informiert und konsultiert werden, die die Arbeitsbedingungen im Unternehmen berühren. Die Intervention des Komitees ist mit der des Unternehmensausschusses eng verbunden. Das Komitee hat auch zur wesentlichen Aufgabe, den Arbeitgeber über eventuelle Verschlechterungen der Situation der Arbeitnehmer zu benachrichtigen, mit der Möglichkeit, einen Experten auf Kosten des Unternehmens zu beauftragen, wenn es eine schwere oder drohende Gefahr bei der Ausführung der Arbeit erkennt, besonders wenn ein Arbeitsunfall passiert ist. Es sind diese Benennungen von Experten, die zu erheblichen Rechtsstreitigkeiten in den Fällen führen, wo der Arbeitgeber deren Zweckmäßigkeit bestreitet. Man konstatiert übrigens auf diesem Feld einen Anstieg von Prozessen, hauptsächlich weil man psychologische Schwierigkeiten, die der Arbeitnehmer bei Ausführung seiner Arbeit verspürt, in Betracht zieht und weil der Begriff des Mobbing auftaucht.

Um die Ausführungen abzuschließen: wie Sie sehen können, verfügen die französischen Arbeitnehmer sicher über Institutionen, welche dazu bestimmt sind, ihnen beizustehen, sie zu repräsentieren und sie zu verteidigen. Gleichwohl haben diese Institutionen nur eine begrenzte Macht, haben sie doch oft nur eine beratende Rolle und keine Befugnis, sich den Entscheidungen des Arbeitgebers entgegenzustellen, der gemäß dem Verfassungsprinzip der "Freiheit des Unternehmers" letztlich die Herrschaft behält, das Unternehmen zu managen.

Deshalb muss man – angesichts der Wirtschafts- und Finanzkrise in Europa und der Internationalisierung der Unternehmenswelt aufgrund grenzüberschreitender Konzerne – über die Schaffung von Aktionsmöglichkeiten auf europäischer Ebene und die Notwendigkeit von effektiven, europäischen Institutionen nachdenken, die wirkliche Macht in Bezug auf Entscheidungen haben, welche die Zukunft von Arbeitnehmern aufs Spiel setzen.

Übersetzung aus dem Französischen: Meinhard Zumfelde

Gewinnabschöpfungs- und Unterlassungsklage als Vorbild für einen neuen kollektiven Rechtsschutz im Arbeitsrecht

I. Einleitung

Sie müssen bei alledem, was ich Ihnen jetzt an Möglichkeiten aufzeige, immer den sozialen Hintergrund dessen im Kopf behalten, was Ihnen Frau Böning vorgestellt hat. Nehmen Sie das bitte immer als Folie, um zu verstehen, wie wenig das Zivilprozessrecht Ihnen mit seinen Instrumentarien helfen kann.

Nach dem Richtlinienvorschlag der Kommission zur Durchsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie soll durch wirksame Beschwerdeverfahren in der Praxis sichergestellt werden, dass die entsandten Arbeitnehmer entweder selbst oder über dritte Stellen, z.B. Gewerkschaften, Beschwerde einlegen können. Um dies sicher zu stellen, will Art. 11 des Richtlinienentwurfs folgendes anordnen:

Art. 11 Abs. 1:

„Bei der Durchsetzung der Verpflichtungen, die sich aus Artikel 6 der Richtlinie 96/71/EG und der vorliegenden Richtlinie ergeben, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass es auch in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet Arbeitnehmer entsandt werden oder wurden, wirksame Verfahren gibt, die es den entsandten Arbeitnehmern erlauben, unmittelbar Beschwerde gegen ihre Arbeitgeber zu erheben, sowie das Rechts-, Gerichts- oder Verwaltungsverfahren einzuleiten, wenn diese Arbeitnehmer der Meinung sind, durch die Nichtanwendung der maßgeblichen Rechtsvorschriften einen Verlust oder Schaden erlitten zu haben; dies gilt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, in dem es zu dem geltend gemachten Rechtsverstoß gekommen ist.“

Und für die vorliegende Fragestellung entscheidender:

Art. 11 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Gewerkschaften und andere Dritte, wie Verbände, Organisationen und andere juristische Personen, die gemäß den im jeweiligen innerstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie zu sorgen, sich im Rahmen oder zur Unterstützung der entsandten Arbeitnehmer oder ihrer Arbeitgeber mit deren Einwilligung an Gerichts- oder Verwaltungsverfahren beteiligen können, die zur Durchführung dieser Richtlinie und/oder zur Durchsetzung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Pflichten vorgesehen sind.“

Angesprochen und durch den Richtlinienentwurf gefordert sind damit kollektive Maßnahmen der Rechtsdurchsetzung. Traditionell ist das deutsche Recht auf diesem Gebiet sehr unmusikalisch. Bevor ich die Hintergründe dieser Amusikalität und die prozessualen Probleme der Verbandsklage erörtere, darf ich zunächst die Möglichkeiten kollektiver Rechtsschutzinstrumentarien überblicksartig ansprechen. Schließlich will ich einen Lösungsweg aufzeichnen.

II. Kollektive Rechtsschutzinstrumente im Überblick

Im Grunde lassen sich, stark vereinfacht gesprochen, drei unterschiedliche Formen denken, um sicherzustellen, dass sich Dritte im Namen oder zur Unterstützung der entsandten Arbeitnehmer oder ihrer Arbeitgeber mit deren Einwilligung an Gerichts- oder Verwaltungsverfahren beteiligen können.

Die erste Fallgruppe ist die Unterstützung eines fremden Verfahrens.

Hierzu zählt im Zivilprozess der Streithelfer. Voraussetzung hierfür ist aber ein rechtliches Interesse des Streithelfers am Obsiegen einer Partei. Zweck des Verfahrens ist, das Ergebnis des Rechtsstreits für das eigene Verfahren des Streithelfers gegen eine der Parteien des Hauptprozesses zu konservieren.

Wesentlich interessanter scheint mir in diesem Zusammenhang eine Figur der VwGO zu sein.

Nach § 63 VwGO sind Beteiligte des Verwaltungsgerichtsverfahrens

1. der Kläger,
2. der Beklagte,
3. der Beigeladene (§ 65),
4. der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht oder der Vertreter des öffentlichen Interesses, falls er von seiner Beteiligungsbefugnis Gebrauch macht.

Aufgabe des Vertreters des öffentlichen Interesses ist unabhängig von den Positionen von Kläger-, Beklagten- oder Beigeladenenseite, das Gericht bei der Rechtsfindung zu unterstützen. Er ist nach seinem Ermessen Verfahrensbeteiligter, der an der Rechtsfindung mitwirkt, indem er den Prozessstoff in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht um Aspekte anreichert. Er bringt in seiner Person die Interessen der Allgemeinheit in das Verfahren ein. Er übt eine beratende, der Objektivität verpflichtete Mittlerfunktion aus.

In diese Richtung weist auch § 23 AGG. Danach können Verbände als Beistände (§ 90 ZPO) bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem AGG dem Kläger zur Seite stehen.

Aus dem amerikanischen Prozessrecht kennen wir eine vergleichbare Figur, den *amicus curiae* brief. Danach können interessierte Personen oder Organisationen sich schriftlich an das Gericht wenden und ihre jeweilige rechtliche Sicht der Dinge darlegen. Für die vorliegende Fragestellung haben beide Instrumente allerdings nur sehr eingeschränkten Nutzen. *Amicus curiae* briefs machen nur Sinn in großen bedeutenden Verfahren. Der Vertreter des öffentlichen Interesses – übertragen auf unsere Fragestellung z.B. die Einräumung einer entsprechenden Beteiligtenstellung für die Gewerkschaften – würde an dem Grundproblem nichts ändern. Um die Beteiligtenstellung zu erlangen, müsste erst einmal ein gerichtliches Verfahren in Gang gekommen sein. Der einzelne entsandte Arbeitnehmer müsste zunächst einmal selbständig den Weg zu den Gerichten gefunden haben. Da es hieran aber, und nicht an der Rechtsdurchsetzung innerhalb des Gerichtsverfahrens, scheitert, scheiden diese Wege aus meiner Sicht aus. Ich werde sie im Nachfolgenden auch nicht weiter verfolgen.

Die zweite Fallgruppe bezieht sich auf die klassischen Fälle der Verbandsklage

Die Verbandsklage kommt im deutschen Recht in einer ganzen Reihe von gesetzlichen Bestimmungen vor, z.B. §§ 81 PatG, 55 MarkenG, 17 Abs. 1 S. 5 KHEntG und natürlich im UKlaG. Dabei lassen sich die Verbandsklagen wiederum in drei Unterkategorien einteilen.

Die erste Untergruppe bezieht sich auf die Gestaltungsklagen.

Hierunter fallen die Popularklagen im Patent- und Markenrecht, die auf die Beseitigung bzw. Löschung von Patent- und Markenrechten abzielen.

Die zweite Untergruppe bezieht sich auf Unterlassungsklagen.

Danach werden Verbände ermächtigt, gegen denjenigen vorzugehen, der rechtswidrig handelt, indem er zum Beispiel unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet. Private Verbände werden im Kern dazu ermächtigt, Interessen der Öffentlichkeit durch einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch durchzusetzen. Unabhängig von den verfahrensrechtlichen Problemen, die die Verbandsklagen aufwerfen, stellt sich die Frage, ob die Verbandsklage der geeignete Weg ist, das Arbeitnehmer-entsendegesetz durchzusetzen. Die Unterlassungsklage setzt zunächst den Lohnanspruch des entsandten Arbeitnehmers nicht unmittelbar durch. Den Weg zum Gericht vermögen die Verbände jedoch auch nur zu finden, wenn sie von dem Verstoß gegen das Arbeitnehmerentsendegesetz erfahren. Dies ist im Fall rechtswidrig verwandter Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die im Grunde öffentlich zugänglich sind, unvergleichlich einfacher, als in den Fällen der Nichteinhaltung von Mindestarbeitsbedingungen.

Die dritte Untergruppe bezieht sich auf die Gewinnabschöpfungsklagen nach § 10 UWG und § 34 a GWB.

Bei Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht und das Kartellrecht wurde den Verbänden die Möglichkeit eröffnet, zugunsten der Staatskasse den durch rechtswidriges faktisches Handeln erzielten Gewinn einzuklagen. Derartige Ansprüche kommen allerdings nicht den betroffenen Geschädigten, sondern der Staatskasse zugute. Die Gewinnabschöpfungsklagen werfen in doppelter Hinsicht ein verfassungsrechtliches Problem auf. Zunächst müssen nach einer weitverbreiteten Ansicht Popularklagen dem Subsidiaritätsdogma entsprechen. Nur soweit der Individualrechtsschutz versagt und durch den Ausfall des Individualrechtsschutzes auch der Schutz der objektiven Rechtsordnung nicht gewährleistet ist, kann auf die Verbandsklagen zurückgegriffen werden. Darüber hinaus muss sichergestellt sein, dass die individuellen Ansprüche, so sie geltend gemacht würden, weder zweimal erfüllt werden müssen, noch mit dem Hinweis auf die bereits an die Staatskasse gezahlten Beiträge verweigert werden können. Dies stellt § 10 Abs. 2 UWG sicher, indem er geleistete Entschädigungszahlen auf den rechtswidrig erzielten Gewinn anrechnen lässt.

In der Literatur wird hieraus zu Recht der Schluss gezogen, dass Gewinnabschöpfungsklagen durch Verbände nur dort in Frage kommen können, wo ein absolutes Desinteresse an der individuellen Rechtsverfolgung besteht. Unter dem absoluten Desinteresse versteht man all diejenigen Fälle, in denen unabhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Geschädigten kein Klageanreiz besteht. Typischerweise fallen hierunter die Gewinne, welche durch Mogelpackungen erzielt werden.

Die dritte Fallgruppe bildet die Bündelung gleichgerichteter Interessen.

Bislang kennen wir in Deutschland nur zwei Formen der Bündelung gleichgerichteter Interessen, nämlich das Kapitalanleger – Musterverfahrensgesetz und die Möglichkeit, Forderungen durch Prozessstandschaft oder durch Abtretung geltend zu machen. Auf das KapMuG, das, wie der Name schon sagt, Kapitalmarktstreitigkeiten regelt, kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an. Denkbar wäre allerdings, dass die betroffenen Arbeitnehmer ihre Ansprüche an Gewerkschaften abtreten würden, um diese im Wege der Inkassoession oder durch Prozessführungsermächtigung im Wege der Prozessstandschaft geltend zu machen.

Grenzen für dieses Vorgehen können sich allenfalls aus dem Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen ergeben. Allerdings ermöglicht § 7 RDG Gewerkschaften, Rechtsdienstleistungen für ihre Mitglieder zu erbringen, so dass auch insoweit gegen eine solche Lösung keine Bedenken bestehen.

Die vierte Fallgruppe betrifft den Strafschaden und die Sammelklage

In Deutschland unbekannt ist das amerikanische System, welches aus drei Komponenten besteht, nämlich Strafschaden, Sammelklage und anwaltliches Erfolgshonorar. Zwischen dem kontinental-europäischen Rechtssystem und dem amerikanischen Rechtssystem besteht ein grundlegender Unterschied. Das deutsche Rechtssystem setzt im Kern auf einen präventiven Rechtsgüterschutz durch administrative Kontrolle. Im Gegensatz dazu entfaltet sich der Rechtsgüterschutz in den USA über das Schadensersatzrecht, welches durch die deutlich höheren Schadensersatzansprüche auch präventiv wirkt. Im Grunde baut das amerikanische Arbeitsrecht zu einem Großteil auf dem Diskriminierungsrecht auf. Der hohe Strafschaden sowie das Erfolgshonorar der Rechtsanwälte mobilisiert dabei als marktwirtschaftliche Lösung die Rechtsdurchsetzung.

III. Verbandsklage – Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private

Aufgabe der Rechtsordnung ist es, den Rechtsgüterschutz zu organisieren. Rechtsgüterschutz in diesem Sinn soll zunächst umfassend verstanden werden. In diesem umfassenden Sinne ist Rechtsgüterschutz der Schutz öffentlicher Güter, beispielsweise der Gewässerschutz, der Schutz der gegenüber jedermann bestehenden Rechtspositionen, z.B. der Schutz der körperlichen Unverletztheit, § 823 BGB, und vertraglicher Ansprüche, wie z.B. der Lohnanspruch. Mit welchen Instrumenten und auf welchem Schutzniveau der Rechtsgüterschutz verwirklicht ist, ist im Wesentlichen eine politische Entscheidung. Ganz allgemein lässt sich sagen, dass Öffentliches Recht, Strafrecht und Zivilrecht wechselseitige Auffangordnungen für den Rechtsgüterschutz bilden.

Grundsätzlich ist in Deutschland der über das Zivilrecht vermittelte Rechtsgüterschutz deutlich schwächer ausgeprägt, als der über das öffentliche Recht. Schadensersatzrecht ist bei uns immer Kompensation des entstandenen Schadens. Soweit sich die Rechtsprechung in den „Caroline von Monaco“ – Fällen bei der Bemessung der Geldentschädigung auch vom Präventionsgedanken – also der Verhaltenssteuerung – hat leiten lassen, ist der Ansatz nicht nur erheblicher Kritik ausgesetzt, sondern wurde bislang nicht auf andere Bereiche übertragen.

Es entspricht im Kern deutscher Rechtstradition, das Zivilrecht nicht zur Verhaltenssteuerung einzusetzen. Gleichviel müssen wir anerkennen, in bestimmten Bereichen Rechtsschutzlücken zu haben, welche weder über das Zivilrecht durch die Durchsetzung der individuellen Schadensersatzansprüche, noch über das öffentliche Recht und die Verwaltung geschlossen werden können.

Der deutsche Weg der Abhilfe ist hier die Verbandsklage: Im Kern geht es hier um die Einhaltung des Wirtschaftsordnungsrechts. Eindeutig trifft dies auf das UWG und Kartellrecht zu. Aber auch die Unterlassungsklage im Fall der Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen lässt sich so einordnen.

Statt die Möglichkeit einer Popularklage zu schaffen, welche die Behörden zum Eingreifen zwingt, werden Verbände ermächtigt, mit der Unterlassungsklage gegen diejenigen vorzugehen, welche unrechtmäßig handeln. Die Integration der Verbandsklage in das, dem subjektiven Rechtsschutz verpflichtete, deutsche Prozessrechtssystem funktioniert an zwei Stellen jedoch prozessrechtsdogmatisch nicht, nämlich bei der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft.

Zentraler Begriff der Rechtskraft und der Rechtshängigkeit ist der Streitgegenstand. Die h.M. bezieht den Begriff des Streitgegenstandes nicht nur auf den eigentlichen Unterlassungsanspruch, also z.B. bestimmte AGB nicht mehr zu benutzen, sondern erfasst hiervon auch beide Parteien des Rechtsstreits. Da auch der klagende Verband ein unterscheidungsfähiges Merkmal des Streitgegenstandes ist, führt dies im Kern zu einer Vervielfachung der Klagemöglichkeiten. Auch wenn ein Verband mit seiner Klage gegen das Unternehmen gescheitert ist, muss sich der Unternehmer gegen die Klage eines anderen Verbandes erneut verteidigen.

Dieses prozessrechtliche Dilemma kann man auch nicht dadurch auflösen, indem man die Person des Klägers, also den Verband, aus dem Streitgegenstandsbegriff wegdenkt. Zwar würde man damit die Möglichkeit der Klagevervielfachung verhindern, nicht jedoch die richtige Interessenvertretung sicherstellen. Dieser Lösungsweg würde dazu führen, dass ein möglichst schwacher Verband als erster den Unterlassungsanspruch vergeblich geltend macht und damit alle anderen Verbände von der Rechtsverfolgung ausschließen würde.

Dieses aufgezeigte Dilemma ist bis heute im Bereich der Verbandsklagen nicht befriedigend gelöst worden. Der Staat will sich nicht der Popularklage aussetzen und mutet stattdessen den Unternehmen eine Vervielfachung des Klagerisikos zu.

IV. Möglichkeiten eines effektiven Rechtsschutzes

a) Verbandsklage

Ohne jeden Zweifel geht es bei der Durchsetzung der Entsenderrichtlinie zunächst einmal um Wirtschaftsaufsichtsrecht. Dies machen die Erwägungsgründe des Richtlinienentwurfs sehr deutlich. Dort heißt es im 10. Erwägungsgrund:

„Deshalb ist es wichtig, dass die Kommission und die Mitgliedstaaten eng zusammenarbeiten, wobei auch die bedeutende Rolle der Arbeitsaufsicht und der Sozialpartner nicht zu vernachlässigen ist.“

Und im 16. Erwägungsgrund: „Bei der Sicherstellung der ordnungsgemäßen Anwendung des materiellen Rechts über die bei entsandten Arbeitnehmern einzuhaltenden Arbeits- und

Beschäftigungsbedingungen und der entsprechenden Überwachung sollten die Mitgliedstaaten nur bestimmte Kontrollmaßnahmen oder Verwaltungsformalitäten auf Unternehmen anwenden, die Arbeitnehmer zwecks Erbringung von Dienstleistungen entsenden.“

Und schließlich im 19. Erwägungsgrund: „Nationale Arbeitsaufsichtsstellen, Sozialpartner und andere Überwachungsbehörden sind in dieser Hinsicht von größter Bedeutung und sollten hier auch weiterhin eine zentrale Rolle übernehmen.“

Nach alledem wäre eine Verbandsklage eigentlich die Wahl des Mittels, um die Entsenderichtlinie abzusichern. Zwei Gründe sprechen jedoch gegen eine Verbandsklage. Die Verbandsklage ist im Zivilprozessrecht ein Fremdkörper geblieben. Rechtskraft und Rechtshängigkeit lassen sich nicht befriedigend lösen.

Gegen die Einführung der Verbandsklage spricht aber auch die Formulierung in Art. 11 Abs. 3 des Durchsetzungsrichtlinienentwurfs. Der Richtlinienentwurf fordert ausdrücklich die Einwilligung der Arbeitnehmer. Genau dies ist bei der Verbandsklage nicht möglich. Die Verbandsklage ist das Instrument der Wahl bei absolutem Desinteresse. Verbandsklage und Zustimmung der Geschädigten widersprechen sich.

b) Kleinster gemeinsamer Nenner – Unterstützung des Individualprozesses durch Verbände

Die Formulierung in Art. 11 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs entspricht genau der Formulierung in Art. 9 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie.

Der Gesetzgeber hat dies in § 23 AGG umgesetzt. Verbände können sich demnach unterstützend an den Individualprozessen beteiligen. Bei Juris habe ich drei Entscheidungen hierzu gefunden. Eine breite Wirkung hat § 23 AGG bislang nicht entfaltet.

c) Amerikanisches Vorbild

Im Kern gibt es nur zwei Alternativen. Entweder man setzt auf das Wirtschaftsaufsichtsrecht, dann haben Behörden die strikte Einhaltung des Arbeitnehmerentsendegesetzes zu kontrollieren, oder aber man wählt den Weg über ein striktes zivilrechtliches Haftungsregime. Aus meiner Sicht spricht viel für das amerikanische Modell des Strafschadens, also eines deutlich erhöhten Schadensersatzes. Wer den Mindestlohn nicht zahlt, muss nicht nur den Differenzbetrag zahlen, sondern deutlich mehr, so dass es wehtut. Zweitens die Möglichkeit von Sammelklagen. Und schließlich auf Seiten der Anwälte Marktwirtschaft mit Marktwirtschaft zu bekämpfen und ein Erfolgshonorar zuzulassen.

Vielen Dank!

Effektiver Rechtsschutz für grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer durch Beteiligung von Gewerkschaften an Gerichtsverfahren ? – Art. 11 des Vorschlags der EU-Kommission zur Durchsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie

Vielen Dank für die Einladung und die Möglichkeit, hier mitdiskutieren zu können.

Frau Böning und auch Herr Prof. Wolf haben schon die rechtstatsächliche Seite bzw. auch die Probleme der Umsetzung und der Anwendung andiskutiert. Ich sehe dieses Thema, Artikel 11 der Entsenderichtlinie, als einen Anlass, sich grundsätzlich Gedanken darüber zu machen, wie die Durchsetzung der Rechte von Arbeitnehmern verbessert werden kann, auch weil wir es bei entsandten Arbeitnehmern mit einem besonders exponierten Arbeitnehmerkreis zu tun haben. Sie kommen aus dem europäischen Ausland, sie sind häufig der Sprache nicht mächtig, sie kennen ihre Ansprüche nicht, sie kennen unsere Rechtsordnung nicht. Frau Böning hat es ja eindrücklich dargestellt, was für eine Ausgangslage sie haben.

Trotzdem muss die Rechtsdurchsetzung gewährleistet werden. Am effektivsten, dieser Auffassung bin ich, um das Ergebnis vielleicht schon vorwegzunehmen, ist maßgeblich die Finanzkontrolle Schwarzarbeit, der diese Aufgabe zukommt. Sie hat die Überprüfung der Arbeitsbedingungen vorzunehmen. Es ist dem Staat auferlegt, dass seine Gesetze, die er erlässt, auch durchgesetzt werden. Der Staat soll es nicht den Parteien des Vertragsrechts überlassen, dafür zu sorgen, dass deren Möglichkeiten effektiver genutzt werden können. Das möchte ich doch vorausschicken, weil die andere Diskussion um die Frage, was können die Gewerkschaften an dieser Stelle machen, ja vorhin schon durchgeschimmert ist. Viele entsandte Arbeitnehmer sind überhaupt nicht Gewerkschaftsmitglied, es gibt bestimmte Hürden, die sonst noch institutionell aufgebaut sind. Insofern haben wir es eigentlich als Gewerkschaften begrüßt, dass sich die Kommission dazu entschlossen hat, eine bessere Rechtsdurchsetzung für die Entsendung durch eine neue Richtlinie anzudenken.

Den Vorschlag, den wir jetzt aber diskutieren und auf dem Tisch haben, und der im Verfahren ist, deutete eher darauf hin, dass ganz viel verschlechtert werden soll, so dass eben gerade die Kontrollmöglichkeiten, die die Finanzkontrolle Schwarzarbeit hat, geschmälert werden. Denn wenn die Kontrollmöglichkeiten in einem so genannten geschlossenen Katalog abschließend kodifiziert werden würden, hätte eben die Finanzkontrolle Schwarzarbeit gerade weniger Möglichkeiten.

Wenn man die Durchsetzung von Bußgeldern nicht mehr ahnden kann, weil man keinen Zustellungsbevollmächtigten mehr in Deutschland hat, dann wird der zahnlose Tiger noch viel sichtbarer. Natürlich, wenn die Voraussetzungen für das Meldesystem nicht eingehalten bzw. nicht verbessert werden, die Überprüfung von Scheinselbständigkeit nicht verbessert wird sondern, wie in der Richtlinie vorgesehen, nur ein Katalog aufgeführt wird, der aber ohne Rechtsfolge ist, dann ist das kein Fortschritt sondern ein Rückschritt.

Insofern sind die Rahmenregelungen, unter denen jetzt die Diskussion zu Artikel 11 erfolgt, ungünstig und ich bin in der Befassung damit zu dem politischen Schluss gekommen, dass die Kontrollmöglichkeiten nicht nur bei diesen gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen, sondern

auch bei anderen viel stärker durch die staatliche Seite kontrolliert werden müssten und viel effektiver hier vorgegangen werden müsste.

Daneben müssten natürlich auch die Rechte der Betriebsräte und möglicherweise auch Personalräte verbessert werden, weil diese nämlich in diesem Bereich nah an den Problemen dran sein können, wenn es sich um Betriebe handelt, in denen entsandte Arbeitnehmer tätig werden oder – wie wir es ja leider aus der Fleischindustrie kennen – sehr viele so genannte Selbständige tätig werden und nebeneinander scheinbar mit eigenem Auftrag die verschiedenen Zerlegungsarbeiten des Schlachtviehs durchführen.

Was die rechtspolitische Problematik angeht, sieht Artikel 11 der Durchsetzungsrichtlinie vor, wie es Herr Prof. Wolf auch gesagt hat, und das ist nicht nur in dieser Richtlinie der Fall, sondern das ist auch in ganz vielen Antidiskriminierungsrichtlinien geregelt, dass nur mit Einwilligung: „im Namen und mit Einwilligung des Arbeitnehmers“ vorgegangen werden kann. Das ist ein Ansatz, den man erst einmal begrüßen muss. Es ist wohl auch ein Ansatz, den die Kommission stringent verfolgt, wie gesagt auch in den anderen Richtlinien der Antidiskriminierung, und auch in der Sanktionsrichtlinie, wo es um Drittstaatsangehörige geht, die in Deutschland oder in Europa illegal arbeiten. Und die Kommission hat auch selber eine Befragung herausgegeben, wo es darum geht, ob der kollektive Rechtsschutz ausgebaut werden soll, um das europäische Recht besser durchzusetzen. Unter verschiedenen Aspekten ist die Befassung mit der Frage einer Verbandsklage wichtig, auch über diese Fälle hinaus, die wir hier diskutiert haben.

Wir haben im Zuge der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie nicht nur den § 23 AGG, den Sie erwähnt haben, für die Antidiskriminierungsverbände erhalten, denen in der Tat nur eine Beistandsmöglichkeit, jedenfalls im arbeitsgerichtlichen Verfahren, eingeräumt wurde. Wir haben auch in diesem Zusammenhang eine Regelung in § 17 Abs. 2 AGG erstritten, in denen Gewerkschaften und Betriebsräte, wenn grobe Verstöße vorliegen, aus diesem Antidiskriminierungsgesetz, also wenn Benachteiligungen vorliegen im Sinne dieses Gesetzes, auf Vornahme einer Handlung oder auf Unterlassung den Arbeitgeber verklagen können. Dazu bedarf es nicht der Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers. Er kann seinen individuellen Anspruch daneben geltend machen, und zwar bei allen Defiziten, die diese Regelung – das möchte ich jetzt nicht im Einzelnen ausführen – beinhaltet. Das war für uns ein politischer Rechtsfortschritt, den wir erreichen konnten, der aber, ähnlich wie Herr Wolf auch ausgeführt hat, bisher zu wenigen Verfahren geführt hat, jedenfalls zu wenigen gerichtlich dokumentierten Verfahren. Die Regelung könnte in der Praxis möglicherweise die Rolle der Gewerkschaften und der Betriebsräte stärken, wenn sie sich des Themas im Betrieb annehmen würden. Denn zur Vermeidung eines solchen Verfahrens ist es natürlich immer für den Arbeitgeber leichter, erst einmal darüber zu sprechen, sich über den Sachverhalt auszutauschen und möglicherweise darüber schon zu einem Konsens zu kommen.

Ich weiß, dass die Vorschrift in der Praxis nicht viel genutzt wird. Es hängt vielleicht auch damit zusammen, dass es sich um eine Thematik handelt, die bei den Gewerkschaften möglicherweise nicht an vorderster Stelle auf der Agenda steht und vielleicht auch nicht bei den Betriebsräten.

Es gibt Strömungen im DGB, das sind insbesondere die Frauenverbände, die sagen: Wir müssten hierfür eigentlich auch den Antidiskriminierungsverbänden das Verbandsklagerecht in dieser Form geben, dass ohne Zustimmung bei grobem Verstoß eine solche Unterlassung verlangt werden kann. Das ist nicht die Beschlusslage des DGB Bundesvorstandes und ist immer eine interessante Debatte, wenn man sich damit auseinandersetzt.

Wenn ich mir ansehe, wie die Rechtslage ist, dann ist es eben so, dass die Gewerkschaften heute nicht auf der Basis ihrer Satzungen für ihre einzelnen Mitglieder auftreten können. Wir haben auch keine entsprechende Regelung in unseren Satzungen, wie es der DAV hatte, dessen Satzung ja beim BGH überprüft wurde. Dort ist die Regelung so, dass eine Prozessführungsbefugnis gegeben ist, sofern das Mitglied nicht ausdrücklich widerspricht. Solche Regelungen haben wir nicht in unseren Satzungen. Wir haben ja einen eigenen Rechtsschutz, auf den jedes Mitglied Anspruch hat, und das ist sozusagen im Mitgliedsbeitrag enthalten. Es kostet uns wirklich enorm viel Geld. Ungefähr 45 % unserer Beitragseinnahmen, die wir als DGB haben, gehen dafür in diese Kasse.

Was die europäische Norm der Verbandsklage angeht, haben in diesem Umsetzungsprozess bei der Antidiskriminierungsrichtlinie die Bundesregierung und das BMJ die Rechtsauffassung vertreten, dass es sich hier nur um eine Prozessstandschaft handelt. Rechtlich haben wir die nicht in unserer Satzung. Das habe ich schon gesagt. Aber für uns wäre das auch kein Mehrwert, weil wir in einzelnen Verfahren selbst die Zulässigkeit und Begründetheit des einzelnen Anspruches für das Mitglied oder die Mitgliedergruppe im Einzelnen genauso nachweisen, darlegen und beweisen müssen.

Der Aspekt, dass wir in einer Verbandsklage auftreten für eine Mehrzahl von Klägern, die anonym bleiben würden, weil das häufig auch ein Grund ist, dass die Durchsetzung nicht während des laufenden Arbeitsverhältnisses stattfindet, sondern erst nach Kündigung, den Effekt hätten wir auch nicht, wenn es um eine Prozessstandschaft ginge, weil wir dann für den Nachweis der einzelnen Ansprüche doch wieder individuelle Sachverhalte darstellen müssten und natürlich eine Rückführung, selbst wenn man das über verschiedene Möglichkeiten versucht, anonym zu halten, doch möglich wäre.

Das heißt also, für uns wäre das kein Fortschritt, und deshalb haben wir uns zu dieser Regelung, die wir erreichen konnten, und zu dieser Richtung, die wir erreichen konnten in § 17 AGG, entschieden.

Dieses Konzept verfolgen wir im Grunde weiter. Natürlich ohne die Einschränkungen, die dieser § 17 Abs. 2 hat, natürlich aber ohne die Voraussetzung des groben Verstoßes. Wir wollen, dass die Gewerkschaften nicht nur, wenn gegen Tarifverträge verstoßen wird, also bei Tarifbruch, eine Möglichkeit der Klage auf Unterlassung haben. Das hat das BAG in seinem Beschluss von 1999 festgestellt, dass wir diese Klage durchführen können quasi aus eigenem Recht. Und wir wollen auch, dass wir auch für gesetzliche Mindestbedingungen ohne eigenes Recht diese Möglichkeit hätten. Das wäre eben der Unterschied, dass wir genauso wie beim AGG Ansprüche bzw. Unterlassungen verlangen könnten. Das sollte im Beschlussverfahren geklärt werden. Es sollte der Untersuchungsgrundsatz gelten, es sollte materiell allerdings auf kollektive Sachverhalte bezogen sein. Wir wollten nicht in diese Prozessstandschaftssituation oder in die Situation eines Handelns aus abgetretenem Recht kommen, sondern hielten es für sinnvoller, dass angesetzt wird an kollektiven Verstößen, die viele betreffen im Betrieb und die einen Zustand betreffen, der auch insofern offenkundig, offensichtlich ist. Das sollte dann sozusagen als geklärte Vorfrage für den individuellen Leistungs- oder sonstigen Prozessantrag vorgreiflich entschieden, und damit auch indiziert sein.

Das bedeutet natürlich, wenn man eine gesetzliche Regelung macht, dass Ausschlussfristen und Verjährungsfristen gehemmt werden müssten, um die individuellen Klagen ermöglichen zu können.

Vielleicht in dieser Kürze unser Konzept. Wie gesagt, zur rechtspolitischen Einordnung, ich bin mir darüber im Klaren, dass es in der Praxis, wie Herr Prof. Wolf auch gesagt hat, nicht zu Massenverfahren und zu einer großen Anzahl von Verfahren führen wird, sondern wir versprechen uns davon eine Präventionswirkung, die zu Verhandlungslösungen führt. Wir würden es unter dem Aspekt für sinnvoll halten, wenn auf EU-Ebene das Recht der Gewerkschaften insofern gestärkt würde, dass der Passus der Einwilligung entfällt, und dass auch bei dem Vorhaben, das Frau Kommissarin Reding mit dieser Konsultation, die ich vorhin erwähnt habe, angestoßen hat, auch den Gewerkschaften die Möglichkeit gegeben wird, für Rechtstreue in den Bereichen des Arbeitsrechts, das der Staat setzt, zu sorgen, somit eine wichtige Aufgabe zu bekommen, und dadurch auch unsere Akzeptanz für diesen Bereich, für den wir ja selbst regulierend tätig sind, auch noch einmal unterstrichen wird. Das würde eben auch helfen, EU-Recht besser durchzusetzen und damit auch Mindeststandards, die im Arbeitsrecht der EU verbrieft sind, auch besser zur Geltung zu bringen.

Ich meine, das wäre eine moderne Form einer zentralen Regelung, die gut dezentral durchgeführt werden könnte.

Ich danke für die Aufmerksamkeit!

Strategien zur Umgehung von Mindestlöhnen und des equal-pay-Prinzips bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung

Teil I: Impulsreferat

Vielen Dank für die Einladung, hier zu sprechen.

Einer der Vorredner hat gesagt, über nichts zu sprechen ist nicht einfach. Ich habe ein bisschen das umgekehrte Problem: über ein breites Feld zu sprechen ist auch nicht sehr einfach. Ich beschäftigte mich in unterschiedlichen Positionen seit 25 Jahren mit der Entsendeproblematik. Mein Manuskript enthält eine Zusammenfassung von Beispielen, die wir in einer Studie gefunden haben, wie die Entsendung als eine Form der billigen Vermittlung von Arbeitnehmern genutzt wird. Das können Sie dann lesen.

Ich werde jetzt etwas anderes darstellen. Ich hatte letzte Woche ein Treffen mit den Arbeitsinspektoraten von Belgien, Luxemburg, Frankreich, Polen, Finnland und den baltischen Staaten sowie Dänemarks. Da sind wieder einige neue Beispiele präsentiert worden, die, denke ich, gut darstellen, welche Problematik es eigentlich gibt. Ich muss schon vorweg sagen, Entsendung ist nur eine, und vielleicht auch nicht die wichtigste Form der Vermittlung oder der Menschenschlepperei, die im Moment in Europa stattfindet.

Damit habe ich mich selber schon freigesprochen, Frau Heinlein, um zu tun was ich will. Das war nicht ganz so gemeint. Ich werde doch einige Sachen erwähnen, die Sie mich gebeten haben zu erwähnen.

Ich gehe davon aus, dass ich die Entsendung als Mechanismus nicht darstellen muss, das geht zurück auf zwei Schienen, die Verordnung 1408/71, Koordinierung der Sozialversicherung, hat es eigentlich schon möglich gemacht, Arbeitnehmer für eine gewisse Zeit zu entsenden. Das sind dann alles Arbeitnehmer, die keinen ständigen Zugang zum Arbeitsmarkt im Gastland anstreben, wie das so schön gesagt wird. Wir haben am Ende der 80er Jahre, ich war damals noch Gewerkschaftsführer in Brüssel, versucht, im Bereich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eine rechtliche Grundlage für die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer zu entwickeln. Daraus wurde nach acht Jahren harter Lobbyarbeit die Entsenderichtlinie.

Ich werde das nicht ausführlich darstellen, aber der Entsendebegriff hat natürlich, auch für die Kontrollinstanz, einige wichtige Elemente. Er sagt eigentlich, dass es einen Arbeitsvertrag geben soll im Herkunftsland. Es muss sich handeln um eine real existierende Firma in diesem Herkunftsland mit einem Dienstleistungsvertrag im Gastland. Und die entsandten Arbeitnehmer leisten vorübergehend bezahlte Arbeit unter Aufsicht dieser Entsendefirma. Das war die schöne Theorie damals. Ich muss sagen, das war Ende der 80er Jahre auch nichts Neues.

Wir haben in Europa natürlich immer schon eine Verteilung der Aufgaben gekannt, ein Hauptunternehmen nutzt Subunternehmen, die gewisse technische und fachmännische Kenntnisse und Möglichkeiten haben, und da ist auch nichts Falsches dran. Aber anhand von zwei Studien, die ich mit angefertigt habe, eine 2003 und eine 2010, kann man schon sagen, dass es inzwischen eine starke Erodierung dieser Elemente gegeben hat. Und das stellt die Kontrollinstanzen vor große Probleme. Ich werde dazu nachher einige Beispiele aufzeigen.

Im Prinzip haben wir in der 2010-2011-Studie, und das ist nichts Neues, was ich jetzt sage, vier Formen der entsendebezogenen Vermittlung gefunden. Die erste ist die klassische Form. Ich sage immer, und es ist für die österreichische Kollegin nett, das zu hören: wenn irgendwo ein Tunnel

gebaut wird, dann ist der Subunternehmer ein Österreicher, der mit seinen Spezialisten da hinkommt, und wir brauchen uns keine Sorgen zu machen um diese Kollegen, denn die werden ordentlich bezahlt und gut bezahlt. Die werden wie Experten behandelt. Die haben auch die Möglichkeit, über ihre Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu verhandeln. Keine Sorge, das ist alles normalerweise ordentlich.

Das zweite ist, was wir jetzt seit 15 Jahren stark entwickelt sehen, die gesetzeskonforme Entsendung von billigen Arbeitskräften unter dem Deckmantel der Dienstleistung. Ich habe letzten Montag einige Aussagen in der holländischen Presse gemacht. Und da muss ich auch wieder die österreichische Kollegin ansprechen, aber im negativen Sinne: die Firma Strabag hat eine Tochtergesellschaft, die heißt Züblin, und diese hat eine Briefkastenfirma in Portugal und entsendet von dort aus portugiesische Arbeitnehmer. Diese portugiesischen Arbeitnehmer haben zwei Lohnzettel, einen für die belgischen oder niederländischen Behörden, und einen für die portugiesische Behörde. Wenn man sich ansieht, was auf diesen Zetteln steht, dann ist das nichts anderes als billige Arbeitskräfte, die vermittelt werden.

Dann stoßen wir sofort auf die Problematik: wie kann man da herangehen? In Belgien ist die Kontrolle noch ziemlich konzentriert auf Sozialinspektoren. Aber in Holland zum Beispiel geht es über vier oder fünf Schienen, und die sehen sich alle gegenseitig an und sagen: Wir sind, glaube ich, nicht zuständig. Seid Ihr zufällig zuständig usw.? Also, Rechtsschutz von entsandten Arbeitnehmern ist nicht so einfach, wie wenn etwas wahr oder falsch ist, und dann gehe ich zu einem Anwalt und damit ist es erledigt.

Die dritte Form, die wir gefunden haben, ist eine Entsendung, bei der sogar die Entsenderegeln nicht eingehalten werden. Die Kollegen haben das A-1 Formular (früher E 101, Entsendung gemäß Verordnungen über die Koordinierung der Sozialversicherung), aber Unterkunft, Spesen, Transportkosten usw., das wird alles nicht gezahlt. Das ist im Gegensatz zum zweiten einfach ein Verbrechen. Aber nur die Tatsache genügt nicht, um sich dann auch das Recht zu holen.

Nun zur vierten Form, sie ist eigentlich eine merkwürdige Erscheinung, aber in gewissem Sinne ist sie eine Folge von EuGH-Urteilen. Wenn ich mit meinen Kumpels irgendwo auf einer Baustelle bin und es kommt eine Behörde, dann kann ich immer in letzter Minute sagen, ja, aber wir sind entsandt. Dann ist es auf einmal still, denn wenn ich das überprüfen muss, dann muss ich erst mal fragen: Gibt es ein Formular A1? – Ja, aber das ist bei unserer Firma, zuhause usw. Die Kontrollmöglichkeit vor Ort ist vom EuGH so eingeschränkt worden, dass eine Direktentscheidung vor Ort zu treffen eigentlich gar nicht möglich ist. Was dann letztendlich herauskommt, ist, dass bei einer zweiten Kontrolle der Betrieb gar nicht mehr da ist, die Arbeitnehmer nicht mehr da sind usw. Da ist die Entsendung einfach ein Alibi, um mit dem schwierigen Verfahren der Kontrolle einen Anfang zu machen.

Das sind die vier Formen!

Jetzt lassen Sie uns ein Beispiel eines Büros in Belgien ansehen, das ist ganz aktuell, bei dem diese vier Formen alle vorzufinden sind. Es gab ein Überprüfungsergebnis Ende 2012. Überprüft wurde eine Baustelle mit 118 belgischen und elf ausländischen Firmen. Das waren die Firmen, die bei der Sozialversicherung gemäß belgischem Registrierungsverfahren gemeldet waren. Bei einer Kontrolle vor Ort waren von diesen Betrieben 35 belgische Unternehmen, ein niederländisches Unternehmen, drei polnische und eine portugiesische Firma anwesend. Die niederländische Firma war ein Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer. Aber eine Woche, nachdem die Kontrolle stattgefunden hatte, und die Fragen immer noch in Richtung niederländische Behörden usw. liefen, ging der Betrieb in Konkurs. Damit war die Sache erledigt. Wahrscheinlich haben die zwei Wochen später einen anderen Namen bekommen und operieren wieder irgendwo auf einer anderen Baustelle.

Die erste polnische Firma war ein Selbständiger, und der hatte sich selber entsandt, und das war alles in Ordnung. Das war meine Kategorie A. Der Mann war fit, hatte sein Formular, er arbeitete alleine, hat eine eigene Firma und nutzt auch seine eigenen Werkzeuge usw. Das war eine One-Man-Band, aber ganz ordentlich. Das war auch vor Ort zu prüfen!

Dann gab es eine zweite polnische Firma, die hatte 33 Arbeitnehmer, keine Lohnzettel, auch nicht nach zwei Versuchen oder Anfragen, um diese zu bekommen. Die arbeiteten samstags, sonntags und während der Ferien. Das ist in Belgien im Baubereich verboten. Es sah so aus, als wäre die Entsendung bei der Sozialversicherungsbehörde registriert. Es wurde trotzdem ein Verfahren eingeleitet und damit wurde die IMI genutzt. Die IMI ist ein neues Instrument, das die Europäische Kommission eingeführt hat, damit die Behörden sich bilateral, also schneller, gegenseitig informieren und in Verbindung miteinander treten können. Das Verfahren lief erst einmal so, dass die polnischen Behörden die Bitte zur Übersendung der Lohnzettel über IMI bekommen haben. Es ging nicht nur um die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer, sondern auch um deren Entsendeperiode. Die Antwort war: Diese Arbeitnehmer haben einen Vertrag als Selbständige unterzeichnet, also einen kommerziellen Dienstleistungsvertrag. Aber keiner hat das ursprünglich erwähnt. Das Problem für die belgischen Behörden war dann, dass es zu spät war. Die Leute waren weg. Die Rechtmäßigkeit der Selbstständigkeit konnte nicht mehr festgestellt und überprüft werden.

Es gab eine polnische Firma Nr. 3, da waren zwei Arbeitnehmer anwesend, sie hatten keine Lohnzettel, wieder Samstags- und Sonntagsarbeit usw. Die Entsendung war wieder bei der Sozialversicherung registriert. Ein Verfahren wurde eingeleitet, IMI benutzt, der Arbeitgeber meldete, ein Arbeitnehmer gehöre nicht zu seiner Firma und der andere sei selbständig, obwohl er in Polen gar nicht als Selbständiger registriert war. Die polnische Sozialversicherung antwortete: diese Arbeitnehmer sind bei uns nicht gemeldet. Es gab eine Fälschung der A1-Formulare. Das ist die Schlussfolgerung, die herauskam. Aber es war wieder zu spät, die Rechtmäßigkeit der Selbstständigkeit zu überprüfen.

Wir sind noch nicht fertig mit dieser Baustelle: eine portugiesische Firma, aber mit 45 polnischen Arbeitnehmern, die anwesend waren. Ein Lohnzettel für alle war vorhanden. Die Entsendung war ordentlich gemäß Sozialversicherung. Die Kollegen hatten ein Formular A1, aber die Mindestlöhne wurden nicht gezahlt. Es gab keine Beiträge, die für die ordentliche belgische Baukasse bezahlt wurden. Der Arbeitgeber war aber bereit, das nachzuzahlen, denn er ist eine Tochtergesellschaft einer großen Firma und sie wollten kein negatives Image in die Zeitungen bekommen. Aber bei der Überprüfung stellte sich heraus, dass keine Steuern und keine Sozialversicherungsbeiträge für die Löhne in Portugal bezahlt wurden.

Das war der belgische Fall!

Jetzt haben wir noch einen anderen, und auch das ist ein riesiger, da ist die Leiharbeit betroffen. Ich habe noch nicht über Leiharbeit gesprochen. Kollegen haben vor eineinhalb bis zwei Jahren in Flamanville herausgefunden, dass die große französische Firma Bouygues über eine Briefkastenfirma in Zypern polnische Arbeitnehmer als entsandte Arbeitnehmer einstellt.

Was können wir aus diesen Beispielen lernen? Ich habe anhand von mehreren Studien schon öfter gesagt, das Umgehen bildet sich nach dem geltenden Regelwerk. Das geltende Regelwerk, in fast allen unseren Ländern ist es die Arbeitsgesetzgebung mit Tarifrecht und Arbeitsmarktregelungen, und je nachdem wie dieses Regelwerk aufgebaut wird, kann man das Umgehen fast schon prophezeien. In Spanien war lange Zeit im Baubereich Leiharbeit verboten. Das bedeutete, dass in Spanien die am meisten gebrauchte Methodik die Entsendung war.

In England gab es lange Zeit keinen Mindestlohn, jetzt gibt es das. Die meistgenutzte Form der Umgehung dieser Maßnahme ist die Selbstständigkeit.

In Deutschland gibt es die Tarifgemeinschaften. Die meistgenutzte Form ist die Tarifflicht. Bei einem dieser Betriebe habe ich weiter recherchiert. Die haben sich in Deutschland nicht als Baubetrieb, sondern als Gebäudereinigung registriert. Wieso Gebäudereinigung? Die Gebäudereinigung ist wesentlich billiger als die Tarifgemeinschaft Bau.

Man kann sagen, je nachdem wie das Regelwerk ist, wird auch das Umgehen aufgebaut oder es gibt einfach Schwarzarbeit, weil überhaupt keine Kontrolle stattfindet. Ich habe einmal mit einem

Inspekteur während einer Konferenz gesprochen, der gesagt hat: bei uns ist die Chance, dass eine Kontrolle auf einer Baustelle stattfindet 1:35 Jahre. Dann kann man das Risiko in Kauf nehmen.

Und damit bin ich bei Euch! Was muss das Recht machen, jedes Mal, wenn wir wieder etwas neu formulieren!? Ich habe die Entsenderichtlinie mitformuliert. Ich habe auch die Regelungen zur Koordinierung der Sozialversicherung mitformuliert als Europaabgeordneter. Aber ich bin jetzt ständig gefragt, zu Zypern z.B., zu den Briefkastenfirmen in Zypern mit dem Zweck, die Koordinierung der Sozialversicherung zu umgehen. Da stellt sich doch die große Frage: Wie können wir da verfahren, wenn jedes Mal wieder so ein kreativer Weg genutzt werden kann?

Teil II: Entsendung und Arbeitsbedingungen in der Praxis

1. Einleitung

Die Richtlinie 96/71/EG über die Arbeitnehmerentsendung im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, auch Entsenderichtlinie genannt, bildete einen festen Bestandteil des Aktionsprogramms der Europäischen Kommission (EK), geknüpft an die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, und beabsichtigte, einen gesetzlichen Rahmen für die Arbeitsbedingungen von zeitlich begrenzt in einen anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer zu schaffen. Eines der Hauptmerkmale einer echten Arbeitnehmerentsendung ist, dass die betroffenen Arbeitnehmer keinen ständigen Zugang zum Arbeitsmarkt im Gastland anstreben.

Inhaltlich handelt es sich um eine Garantie für den Mindestschutz, fairen Wettbewerb und die Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen im Gastland. Hauptgedanke hinter der Entsenderichtlinie war die Formulierung eines 'harten Kerns' von Mindestbestimmungen mit zusätzlich geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu anderen Themen als jenen, auf die verwiesen wurde, die dann auf nicht diskriminierende Art und Weise und beruhend auf verbindlichen Regeln (des Arbeitsrechts oder allgemeingültiger Tarifverträge) Anwendung finden sollten (Artikel 3.10 der Richtlinie).

Das Konzept der Entsendung war in jüngsten Jahren Nährboden für angeregte Debatten. Dies ist unter anderem auf die schrittweise Schwächung der Regulierung durch den EuGH in den letzten zehn Jahren zurückzuführen. Hinzu kommt, dass das Konzept nach wie vor Verwirrung stiftet. Entsendung als solche hat nichts mit unangemeldeter Arbeit oder illegalen Praktiken zu tun. Und die Entsendung ist auch nicht mit Wanderarbeitnehmern gleichzustellen.

2. Die unterschiedlichen Entsendungsarten

Die Erfahrungen mit den 3 verschiedenen in der Richtlinie genannten Entsendungsarten (normale Entsendung, innerbetriebliche Entsendung und Entsendung über Leiharbeitsfirmen) sind vielschichtig. Die unproblematischste Form ist die erste Entsendungsart im traditionellen Sinne der Untervergabe von Sonderaufträgen an ein ausländisches Unternehmen mit häufig recht hoch qualifizierten und dotierten Arbeitnehmern (z. B. Finanzdienstleistern). Diese Arbeitnehmer gelten nicht als problematisch, was den Schutz der Arbeitnehmerrechte angeht.

Bei der zweiten Entsendungsart ist das Bild schon etwas vielschichtiger. In unserer Studie wird berichtet von Tochtergesellschaften, die ausschließlich gegründet wurden, um Arbeitsnormen und andere Auflagen zu umgehen. In der Mehrheit der Berichte wird jedoch nicht auf weit verbreitete Missbräuche durch innerbetriebliche Entsendung hingewiesen.

Diese beiden ersten Formen werden nur in Situationen problematisch, in denen ausschließlich Arbeitskräfte in arbeitsintensiven Industriezweigen Gegenstand der Untervergabe bilden, d. h. jene Fälle, in denen der Unterlieferant oder die ausländische Tochtergesellschaft nichts außer billigen Arbeitskräften anzubieten hat. Die Kostenvorteile der Entsendung von einem Land mit niedrigen Sozialversicherungskosten in ein Land mit normalen Sozialversicherungskosten können bei bis zu 25-30 % liegen. Weitere Kostenvorteile werden erzielt, wenn entsandte Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß entsprechend ihrer Fertigkeiten/Qualifikationen bezahlt werden, sondern wenn auf diese Arbeitnehmer Mindestlöhne und Mindestbedingungen angewandt werden, anstatt sie genauso zu entlohnen wie die regulären Arbeitskräfte in dem gastgebenden Land.

Am problematischsten ist die Inanspruchnahme von Leiharbeit bei grenzüberschreitenden Arbeiten. Typisch für die neuen Dienstleistungen ist der vorübergehende und mobile Charakter der Tätigkeit und des Arbeitsplatzes, so dass der Dynamik zwischen Entsendung und Leiharbeit mehr Aufmerksamkeit zuteilwerden sollte. Die Diskontinuität und der starke Druck Richtung Kostensenkungen in arbeitsintensiven Sektoren beherrschen die Arbeitsbedingungen und Arbeitsverhältnisse. Mehrere Staaten haben in jüngster Vergangenheit Zeiten des ernsthaften Arbeitskräftemangels erlebt, so dass sowohl qualifizierte als auch unqualifizierte Arbeiter entsandt, oder über Leiharbeitsfirmen rekrutiert wurden.

Als die Entsenderichtlinie verabschiedet wurde, war das Phänomen der Leiharbeitnehmer, die in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wurden, noch unbedeutend. Bedingt war dies teilweise durch das Verbot von Leiharbeitsfirmen, das damals nach wie vor in mehreren Mitgliedstaaten, besonders im Bausektor, galt. Dennoch wurde in der Entsenderichtlinie in Artikel 1 (3c) auf die länderübergreifende Leiharbeit verwiesen. Der Sektor der Leiharbeitsfirmen ist seither stetig gewachsen und steht für fast 2 % aller Vollzeitäquivalente der europäischen Erwerbstätigen. In den meisten Ländern, die ein Verbot für Leiharbeitsunternehmen verhängt hatten, wurden diese Ende der 90er-Jahre beendet, was zu einem enormen Anstieg führte. Seit Beginn dieses Jahrhunderts wird der Sektor der Leiharbeitsfirmen durch eine beachtliche Verbreitung von zweifelhaften Agenturen beschädigt, die illegale Arbeitnehmer einsetzen und/oder Steuern und Prämien hinterziehen.

Nachdem zum Beispiel das Verbot in Frankreich aufgehoben und der Einsatz von Leiharbeitsfirmen legalisiert wurde, nahm das Outsourcing im Baugewerbe die Form einer reinen Arbeitskräfte-Untervergabe an (die Rückkehr des *marchandage*, eine beständige Bereitstellung von prekären Arbeitsplätzen). Das Baugewerbe ist mittlerweile im französischen Sektor der Leiharbeitsunternehmen mit einem (stetig wachsenden) Anteil von 20,6 Prozent der Leiharbeiter insgesamt im Jahr 2006 stark überrepräsentiert. Ermittlungen ergaben, dass Leiharbeiter im Baugewerbe 120.000 Vollzeitstellen besetzen. Die niedrigste Stufe der Leiharbeiter wird in offiziellen Bauarbeiter-Statistiken gar nicht widerspiegelt: Sie werden als 'Dienstleistungsanbieter' betrachtet oder einfach auf Grund der Unregelmäßigkeit ihrer Tätigkeit ignoriert. Die französische Gesetzgebung besagt, dass die Entsendung von Leiharbeitern mit dem alleinigen Ziel, (billige) Arbeitskräfte anzubieten, verboten ist. Es hat eine Verschiebung von der Einstellung von zeitlich begrenzt entsandten Arbeitern zu Leiharbeitern stattgefunden (die beide wahrscheinlich aus denselben Ländern stammen). Die vollständige Öffnung des französischen Arbeitsmarktes auf die 8 MOEL, die 2004 der EU beigetreten sind, hat dazu geführt, dass die Arbeitnehmerentsendung in erheblichem Maße ersetzt wurde mittels der Direktanstellung durch Leiharbeitsfirmen.

Die norwegische Gewerkschaft Fellesforbundet beobachtet einen Trend, demzufolge – gerade im Schiffbau – Arbeitgeber Leiharbeiter von Leiharbeitsunternehmen bevorzugen, die in Norwegen ansässig sind, als die Aufträge an Unternehmen mit entsandten Arbeitnehmern weiter zu vergeben. Die Erweiterung des Tarifvertrags im Schiffbau war umstritten unter den Arbeitgebern, insbesondere was die Bestimmungen über Unterkunft und Heimaturlaub anbelangt, die für entsandte Arbeitnehmer/Pendler gelten. Durch die Gründung örtlicher Rekrutierungsfirmen werden Kosten gesenkt, indem behauptet wird, bei den Arbeitnehmern handele es sich um 'ortsansässige' anstatt entsandte Arbeiter. Mit anderen Worten hat sich die Strategie innerhalb von ein paar Jahren dahingehend verlagert, dass wo früher entsandte Arbeitnehmer beschäftigt wurden, jetzt vor Ort beschäftigte ausländische Arbeitnehmer von Leiharbeitsfirmen vorgezogen werden (die in der Vergangenheit durch länderübergreifende Verordnungen geschützt waren). Das belegt den allgemeinen Trend einiger Arbeitgeber, die Vereinbarung mit den niedrigsten Lohnkosten zu bevorzugen, und welche Bedeutung es tatsächlich hat, Parallelvorschriften mit unterschiedlichen Standards zu umgehen.

In Spanien werden Leiharbeitsfirmen nach wie vor von Baustellen ausgeschlossen, obwohl sich dies durch die im Parlament behandelten Reformen ändern wird. Dennoch hat sich die Entsendung ausländischer Leiharbeiter durch portugiesische Unterlieferanten in bestimmten Regionen zu einem, wenn auch in begrenztem Umfang, etablierten Merkmal des Arbeitsmarktes entwickelt. Das ist auch heute noch trotz Beschäftigungskrise so. Die auch heute noch andauernde Entsendung weist auf eine mögliche Verschiebung ihrer Funktion innerhalb des Arbeitsmarktes hin. In der

wirtschaftlichen Blüte 2006-2007 konnte damit argumentiert werden, dass die Entsendung dem Arbeitskräftemangel in der Industrie Abhilfe schaffte. Dass es mitten in Zeiten von Massenentlassungen immer noch Entsendung gibt, lässt darauf schließen, wie wichtig Kostenreduzierungsmöglichkeiten bei Entsendung mittlerweile sind, und folglich das Potenzial hinsichtlich missbräuchlicher Praktiken und unfairem Wettbewerb.

Die in Belgien verzeichneten Probleme hängen oft mit Leihunternehmen und fälschlich entsandten Arbeitnehmern zusammen. Unternehmen erhalten Angebote ausländischer Leiharbeits- oder Entsendeunternehmen zu äußerst attraktiven Preisen. In Anbetracht der Tatsache, dass die belgischen Mindestlöhne niemals erreicht werden können, führen derartige Angebote zu Wettbewerbsverzerrungen. Ausländische Arbeitnehmer werden über Mittler, mitunter auch Non-bona-fide-Entsendeunternehmen, in der Schattenwirtschaft eingestellt. In einigen Fällen garantieren Leiharbeitsfirmen den von ihnen eingestellten Personen ausdrücklich einen 'Arbeitnehmerstatus', während in anderen Leiharbeiter als Selbstständige betrachtet werden. Dies berichteten verschiedene Länder (Irland, das Vereinigte Königreich und Schweden). Es ist nach wie vor schwierig, die Einhaltung des Arbeitsgesetzes und der Arbeitsbedingungen seitens der Leihunternehmen (insbesondere jener im Ausland) zu kontrollieren.

Die Sozialpartner in den Niederlanden weisen auf einen Anstieg der Leiharbeiter und Selbstständigen hin, und beide Parteien stellen fest, dass die Anzahl der Scheinselbstständigen zunimmt. Sie geben an, dass die Entsendung als Einstellungsmöglichkeit von Arbeitnehmern aus den MOEL genutzt wurde, die bereit waren, zu schlechteren Arbeitsbedingungen zu arbeiten als niederländische Arbeitnehmer. Da Arbeitnehmer aus den MOEL keine Arbeitserlaubnis mehr benötigen, kommen sie über vorteilhaftere Arbeitsformen wie Leiharbeit oder als Selbstständige ins Land. Die niederländischen Leiharbeitsfirmen und Gewerkschaften brachten 2007 ein freiwilliges Zertifizierungssystem für Leiharbeitsfirmen mit dem Ziel auf den Weg, echte von Scheinagenturen zu unterscheiden: NEN-4400-1 (für niederländische Leiharbeitsfirmen) und NEN 4400-2 (für ausländische Leiharbeitsfirmen). Nachdem das existierende Genehmigungssystem 1998 abgeschafft wurde, wurden echte Leiharbeitsfirmen Zeugen einer Zunahme von Schein-Vermittlungsstellen.

3. Interessante Fälle und Formen des Missbrauchs

Was unbeabsichtigte Auswirkungen anbelangt, so ist klar, dass das Thema „Entsante Arbeitnehmer“ mit Themen in Bezug auf die Rekrutierung von (Wander-) Arbeitnehmern im Allgemeinen und der Vertragseinhaltung vermischt wurde. Die Umgehung bildet sich als eine Antwort auf die nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen; dadurch wird versucht, auf die unterschiedlichste Art und Weise Vorschriften und Bestimmungen zu umgehen. Trotz der Tatsache, dass Entsendungsfirmen zur Einhaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen angehalten sind, können diese Firmen einen Kostenvorteil erzielen, wenn die Sozialversicherungsbeiträge im Herkunftsland niedriger sind oder wenn entsandte Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß entsprechend ihrem Qualifikationsgrad eingesetzt werden. Diese Arbeitnehmer arbeiten dann unter Mindest(lohn)bedingungen, die nicht denen ihrer Kollegen im Gastland entsprechen. Derartige Faktoren können zu Vorzügen für entsandte Arbeitnehmer gegenüber inländischen Arbeitnehmern führen, mit der Möglichkeit, dass die Voraussetzungen für die berufliche Qualifizierung in dem Gastland untergraben werden.

Anhand der CLR-Studie können vier unterschiedliche entsendungsbezogene Rekrutierungsformen von Arbeitskräften beschrieben und kategorisiert werden.

a.

Im Rahmen unserer Forschungsarbeiten haben wir ordentliche Entsendungsformen mit spezialisierten Subunternehmen festgestellt, die vorübergehend in einem anderen EU-Mitgliedstaat mit gut bezahlten Arbeitskräften bzw. qualifizierten Mitarbeitern, die beide zur Kernbelegschaft des Entsendeunternehmens gehören, Dienstleistungen anbieten.

In derartigen Fällen werden die Arbeitsnormen normalerweise eingehalten. Für Auftraggeber oder Hauptauftragnehmer ist es aber nicht immer einfach, die Lohn- und Gehaltsbedingungen aller Arbeitnehmer zu prüfen. Bei der Einhaltung entstehen Probleme, sobald die Rekrutierung an

kleine Subunternehmer übertragen wird, was zu verschiedenen Rekrutierungsebenen führt und die Einhaltung durch das Zurückgreifen auf Arbeitsvermittlungsfirmen und Leiharbeitsagenturen immer weiter nach unten schraubt. Eine Strategie, die lediglich darauf beruht, die Untervergabe ausschließlich auf Arbeitskräfterekrutierung zu beschränken mit dem Ziel niedrigerer Preisabsprachen, birgt die Gefahr, dass früher oder später Arbeitskräfte, deren Status nicht geregelt ist, und illegale ausländische Arbeitnehmer auf den Markt kommen. Arbeitergruppen werden über Briefkastenfirmen, Werbung und informelle Netzwerke eingestellt. Die unterste Stufe bedeutet dann ein nicht ordnungsgemäßes Angebot an billigen Arbeitskräften über Agenturen oder Leiharbeitsfirmen und die offensichtlich potenzielle Verzerrung des Arbeitsmarktes. Das unterstreicht die Bedeutung des Haftungsrechts. Der französische Senat hat sich mit einem bekannten Fall (Porcheville) befasst, aus dem hervorging, dass es auch auf Großbaustellen bekannter Auftraggeber und mit spezialisierten Subunternehmen zu Unregelmäßigkeiten kommen kann. Am Ende der Debatte kamen sie zu dem Schluss, dass die Nichteinhaltung der Entsendevorschriften nicht auf kleine oder mittlere Baustellen begrenzt ist.

b.

Darüber hinaus haben wir "perfekt gesetzeskonforme" Entsendungsfälle vorgefunden, in denen abgewogen wurde zwischen der Einstellung inländischer Arbeitskräfte und dem Einführen ausländischer Arbeitskräfte unter dem Deckmantel der Erbringung von Dienstleistungen. Daran ist auf den ersten Blick nichts auszusetzen. Die Berechnung ist ganz einfach: ein Subunternehmer, der eine Belegschaft aus einem Land mit niedrigen Sozialversicherungsbeiträgen anbieten kann, ist aller Wahrscheinlichkeit nach günstiger als der inländische Subunternehmer. Die Unterschiede zwischen dem Grundgehalt und den einzuhaltenden Mindestarbeitsbedingungen mögen zwar gering sein, aber in Verbindung mit langen Arbeitszeiten und billigen Lebens- und Arbeitsbedingungen kann man durchaus den gesetzlichen Charakter der Entsendung in Frage stellen. Es gilt diesbezüglich, zwei Berechnungen anzustrengen: weniger Sozialversicherungsbeiträge und die Zahlung von Mindestlöhnen (statt der vor Ort vorherrschenden Löhne und Gehälter unter Berücksichtigung der Qualifizierung). Ein drittes Element könnten Steuerhinterziehungen sein. Einsparungen seitens der Arbeitgeber ergeben sich aus der Tatsache, dass einige Zahlungen im Gastland weder Gegenstand von Sozialversicherungsbeiträgen noch der Einkommenssteuer bilden. Weil dies nicht in die Zuständigkeit und Verantwortlichkeit der Gewerbeaufsicht oder sonstiger Kontrollorgane fällt, schafft es Betrugsmöglichkeiten gegenüber den Steuer- und Sozialversicherungssystemen.

Es besteht ein starker allgemeiner Konsens, dass entsandte Arbeitnehmer in der Praxis oft entlohnt werden gemäß den offiziellen Mindestlohnkategorien, und auch dazu bereit sind zu arbeiten (da diese immer noch weit über den Stufen in ihrem Herkunftsland liegen). Ein weiteres Problem ist die Frage nach den Entsprechungen der Berufskategorien und der jeweiligen Aufgaben.

Im Vereinigten Königreich werden entsandte Arbeitnehmer beispielsweise vom nationalen Mindestlohn abgedeckt, der aber unter sämtlichen Tarifverträgen und dem oft ortsüblichen höheren Entgelt liegt. Es gibt zurzeit keine gesetzlichen Vorschriften, verbindliche oder sonstige tarifvertragliche Bedingungen für entsandte Arbeitnehmer. Das heißt, dass die von den Sozialpartnern anerkannten Tarifverträge nicht zwangsläufig für entsandte Arbeitnehmer gelten.

In dem Bericht des französischen Senats wird (für 2006) eine Berechnung angestellt: die Einhaltung der minimalen Entsendevorschriften führt zu einem Kostenunterschied von rund 50 % zwischen französischen Löhnen und Gehältern und den Lohnkosten für entsandte Arbeitnehmer. Kalkulationen in anderen Aufnahmeländern führen zu ähnlichen Ergebnissen: das auf niedrigeren Sozialversicherungsbeiträgen beruhende Gehaltsgefälle beträgt zwischen 25 und 30 %.

Gemäß der aktuellen Gesetzgebung in Rumänien erhalten Unternehmen, die entsandte Arbeitnehmer aus Drittstaaten anstellen, einige Wettbewerbsvorteile im Vergleich zu anderen Unternehmen. Die vom Arbeitgeber für den entsandten Arbeitnehmer entrichteten Kosten liegen 29,5 % unter denen von Arbeitnehmern mit einem Arbeitsvertrag (weil für entsandte Arbeitnehmer in Rumänien keine Sozialversicherungs-, Krankenkassen- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge gezahlt werden). Entsandte Arbeitnehmer aus Drittstaaten sind nicht durch Gesetze geschützt, die entsprechende Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewährleisten. Rumänien hat das

ILO-Übereinkommen Nr. 181 über private Rekrutierungsfirmen nicht unterzeichnet, in dem Grundregeln für die Transparenz der Arbeitsvermittler und die erforderlichen Kontrollen vorgesehen sind und vor missbräuchlichen Praktiken gegenüber Arbeitnehmern abgeschreckt wird.

C.

Wir haben fragwürdige "legale" Entsendepraktiken aufzeichnen können, im Rahmen derer die rekrutierten Arbeitskräfte mit nicht vorhandener ordnungsgemäßer Sozialversicherung, nicht bezahlten Überstunden, Abzügen für Verwaltungskosten, erzwungenen und ungerechten Abzügen für Unterkunft und Transport, Steuerabzügen und Rückerstattungspflicht (nach der Rückkehr in die Heimat) der (Mindest-) Lohnzahlungen konfrontiert wurden. In Extremfällen wurden die Arbeitnehmer exzessiven Überstunden sowie der Nichteinhaltung von Ruhetagen (oder nur 1 bis 2 Tagen pro Monat) in Verbindung mit grundlegenden Arbeitsschutzproblemen ausgesetzt. Unter solchen Umständen gibt es keine, oder nur eine nicht effektive, Arbeitnehmervertretung. Derartige Praktiken stellen eine klare Verletzung der Entsendevorschriften dar. Die Frage ist aber dann, wie Arbeitnehmer ihr Recht holen können.

Im zweiten Fall sprachen wir von dem 'legalen' Wettbewerbseffekt der Arbeitnehmerentsendung und insbesondere von Kostenunterschieden zwischen dem entsendenden Staat und dem Gastland im Bereich der Sozialversicherung. Diese Situation wird noch schlimmer, wenn die Unregelmäßigkeiten beim Zurückgreifen auf Entsendungen nicht nur die geringere Vergütung im Vergleich zu den in den nationalen Tarifverträgen oder in Mindestlohnbestimmungen festgelegten Stufen betreffen, sondern auch regelwidrige Sozialversicherungsbeiträge im Herkunftsland. Die klassische Form der Nichteinhaltung umfasst jedoch meistens die Nichteinhaltung der Lohn- und Gehaltsvorschriften. In unserer Forschung wurden schwerwiegende Unregelmäßigkeiten in Bezug auf die Bezahlung entsandter Arbeitnehmer belegt. Selbst im Falle von allem Anschein nach regulären Lohnpaketen erhalten die Arbeitnehmer in Wirklichkeit nur einen Teil ihres Gehalts oder sie werden aufgefordert, einen Teil davon ihrem Arbeitgeber zurückzuerstatten.

Im Fall Gama in Irland ging es um die Entsendung türkischer Arbeitnehmer, die an einer Reihe von begehrten öffentlichen Projekten arbeiten sollten, einschließlich Stromkraftwerken, umfangreichen Entwicklungsprojekten im Straßenbau und Wohnungsprojekten der örtlichen Behörden. Im Februar 2005 wurde dann bekannt, dass Gama Arbeitnehmer zu Löhnen beschäftigte, die sowohl unter dem tarifvertraglichen Mindestsatz als auch, in der Tat, unter dem nationalen Mindestlohn lagen. Die Arbeiter wurden von ihrem Arbeitgeber außerhalb der Baustelle untergebracht und sprachen nur wenig oder gar kein Englisch. Die Angelegenheit wurde an die Öffentlichkeit getragen, die sich angesichts der Lebensbedingungen der Arbeiter ziemlich schockiert zeigte. Die Gewerbeaufsicht nahm ihre Ermittlungen auf und fand eine komplexe Geschichte mit vernichteten Arbeitsaufzeichnungen und Geld der Arbeitnehmer, das in einigen Fällen ohne deren Wissen auf irischen, türkischen und niederländischen Bankkonten auftauchte. Der Disput, auf den eine langwierige Serie inoffizieller und offizieller Maßnahmen folgte, wurde schließlich im August 2005 durch den Ausschuss für Arbeitsbeziehungen (Labour Relations Commission) beigelegt. Gama verpflichtete sich, allen seinen türkischen Arbeitnehmern pro Jahr Betriebszugehörigkeit als Entschädigung für Überstunden 8000,- EUR zu zahlen. Alle türkischen Arbeiter erhielten Geld von den niederländischen Bankkonten und beachtliche Beträge als Entschädigung für die Unterbezahlung. Zu diesem Zeitpunkt waren fast alle der ursprünglich 600 Arbeitnehmer in die Türkei zurückgekehrt, lediglich 83 blieben in Irland. Der Gama-Rechtsstreit warf zum ersten Mal Fragen in Bezug auf die Ausbeutung entsandter Arbeitnehmer und die komplexen Probleme auf, welche die Entsendung hervorrief. Als Reaktion auf den Rechtsstreit einigten sich die Sozialpartner in einem nationalen Partnerschaftsabkommen auf die Einrichtung der nationalen Arbeitsrechtsbehörde NERA.

Die spanischen Gewerbeaufsichtsämter sind der Meinung, die Arbeitszeiten seien einer der großen Missbrauchsbereiche im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern, die systematisch länger arbeiten, mehr Überstunden leisten und kürzere Ruhezeiten haben als dies laut Tarifverträgen und dem Gesetz über die Rechte der Arbeitnehmer zulässig ist. Sie sind sich allerdings auch darüber einig, dass derartige Missbräuche nicht auf entsandte Arbeitnehmer beschränkt sind. Die Überwachung von Arbeitszeiten und Überstunden stellt oft ein Problem dar.

Im Vereinigten Königreich vergab der Hauptauftragnehmer Bouygues beim Tyne-Tunnelprojekt einen Teil des Auftrages an polnische und portugiesische Bauunternehmer weiter. Die Baugewerkschaft UCATT stellte fest, dass entsandte Arbeitnehmer zu den Sätzen arbeiteten, die in Stufe 1 für Aufgaben im Stahlbau in der Vereinbarung über Arbeitsvorschriften (£ 9,82 zuzüglich Vertragsbonus) vorgegeben sind, in Wirklichkeit aber nur £ 5,50 pro Stunde bekamen, was illegal war, da der nationale Mindestlohn bei £ 5,73 lag. Die Arbeitgeber bestritten, dass der nationale Mindestlohn nicht bezahlt wurde, und einer argumentierte, dass in Anbetracht der Tatsache, dass es sich um entsandte Arbeitnehmer handelte, sie nicht die für Fertigkeiten im Stahlbau vereinbarte Stufe 1 zu zahlen hätten. Das portugiesische Unternehmen PortScope brachte einen nach Auffassung der Gewerkschaft fiktiven Lohnzettel bei, aus dem hervorging, dass ein Arbeitnehmer oberhalb des Mindestlohns bezahlt wurde, allerdings in Verbindung mit einem Urlaubsgeld, eine Praxis, die seit einem EuGH-Urteil im Jahr 2006 als illegal gilt.

Im SFL-Fall (SAB Ltd) im Vereinigten Königreich wurden 2005 ungarische Arbeitnehmer entdeckt, die monatlich zwischen £ 816 und £ 1.020 erhielten, was unter den üblichen Sätzen und dem nationalen Mindestlohn lag. Ein entsandter Arbeitnehmer berichtete, dass ein entsprechendes ungarisches Gehalt bei £ 326 pro Monat liegt. Im Anschluss an Arbeitskämpfe wurde ein Audit-System für Löhne und Gehälter eingerichtet, unter dem SFL die Löhne von einem Offshore-Bankkonto auf die eigenen ungarischen Konten der Arbeitnehmer überwies. Ein entsandter Arbeitnehmer berichtete jedoch, dass eine monatliche 'Verwaltungsgebühr' in Höhe von £ 2.380 - £ 2.584 von dem auf ihre persönlichen ungarischen Bankkonten eingezahltem Endlohn abgezogen wurde. Die betroffenen entsandten Arbeitnehmer berichteten, dass sie sechs Tage in der Woche arbeiteten, von montags bis freitags täglich neuneinhalb Stunden und samstags bis in den frühen Nachmittag. Es gab keine Ruhe- oder Kaffeepausen, und es gab auch keinerlei Bestimmungen über die Arbeitsbedingungen bei schlechten Witterungsverhältnissen. Was die Unterkunft anbelangt, so war die Lage allerdings äußerst bescheiden. Es stellte sich heraus, dass immer zwischen acht und zehn Personen in einem kleinen Reihenhaus wohnten. Die Arbeitgeber schienen über Kontrollen der örtlichen Behörden informiert gewesen zu sein, da sie die entsandten Arbeitnehmer angewiesen hatten, einige Betten aus dem Haus zu entfernen und zu 'verstecken'. Diese wurden nach erfolgter Kontrolle wieder zurückgestellt.

Der Rechtsstreit im Fall Lindsey ist das Beispiel schlechthin im Vereinigten Königreich für entsandte Arbeitnehmer, die auf Lastschiffen am Kai von Grimsby weit weg von anderen Arbeitern, der Gewerkschaft, der örtlichen Bevölkerung und der umliegenden Gemeinschaft lebten.

In Frankreich war EDF Auftraggeber bei dem in Porcheville (2006) gebauten Kraftwerk, und der Hauptauftragnehmer (Alstom) beauftragte einen polnischen Subunternehmer (Zrew). Nach einer Warnmeldung der französischen Gewerkschaften überprüfte die Gewerbeaufsicht die Lohnzettel der entsandten Arbeitnehmer und stellte dabei fest, dass die Zahlungen nicht ordnungsgemäß erfolgt waren: Die Arbeitnehmer bezogen den Mindestlohn, in dem allerdings die Zulagen für die Unterkunft einbegriffen waren. Ein bei der NSZZ Solidarno gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer beschloss, für die Gleichbehandlung zu kämpfen und bat die örtliche französische Gewerkschaft CGT um Hilfe. Das örtliche Gewerbeaufsichtsamt ordnete zusätzliche Zahlungen gemäß der französischen Gesetzgebung an; nachdem dieser Anordnung jedoch nicht Folge geleistet wurde, wurde ein Gericht mit dem Fall befasst und der Prozess 2008 gewonnen.

d.

Letztendlich haben wir verschiedene Formen von "Scheinentsendungen" aufgedeckt, die vom Vervielfältigen und Verteilen von E101/A1-Formularen über eine Kolonne, über die Rekrutierung entsandter Arbeitnehmer, die sich bereits im Gastland befanden oder die zu Scheinselbstständigen gemacht wurden, reichten, bis hin zur Entsendung über Briefkastenfirmen und nicht prüfbaren Rechnungen für die Erbringung von Dienstleistungen. Manchmal werden Arbeitnehmer kurz vor ihrer Abreise in das Gastland in ihrem Herkunftsland als Selbstständige gemeldet. In gesonderten Fällen werden diese Arbeitnehmer als Selbstständigengruppe entsandt. Arbeitnehmer sind nicht gemeldet, haben keine Verträge, werden in bar bezahlt usw., oder die betroffenen Entsendeunternehmen und Arbeitnehmer zahlen weder im Gast- noch im Herkunftsland Steuern.

In fast allen Ländern gibt es wenig Anlass zur Annahme, dass es eine effiziente Überwachung oder gar Sanktionen in Bezug auf eines der wesentlichsten Entsendekriterien gibt, nämlich dass es sich um eine vorübergehende Situation von Unternehmen und Arbeitnehmern handelt, die normalerweise in ihrem Herkunftsland tätig sind. Informationen und Nachweise aus allen möglichen Quellen lassen darauf schließen, dass zahlreiche Entsendungen in der Praxis Scheinentsendungen mit Arbeitnehmern sind, die ausschließlich in dem gastgebenden Land für Subunternehmer arbeiten, deren Haupt- wenn nicht sogar ausschließliche Tätigkeit ebenfalls dort stattfindet. Es gab Fälle, in denen sich die Anschrift der Entsendefirma, die in den Unterlagen angegeben war, in einem gesperrten, verwaisten oder gar teilweise abgerissenen Gebäude befand.

Ein geläufiger Missbrauchsfall im Rahmen der Entsendung in Frankreich ist die Erbringung von Dienstleistungen in Form der Rekrutierung einzelner Arbeitnehmer. Da diese Arbeitnehmer in der Praxis dem Entleihunternehmen unterstellt sind, sollten sie laut französischem Recht als Direktarbeitnehmer dieser Unternehmen zu behandeln sein. Ein weiteres wichtiges Merkmal ist das Bestehen von Briefkastenfirmen am Arbeitsmarkt. Als vermittelnde Agenturen bieten sie billige Arbeitskräfte (mit Löhnen unter dem Mindestlohn bzw. dem dynamischen Mindestlohn - SMIC) an, ohne als echtes Bauunternehmen oder spezialisiertes Subunternehmern in dem Herkunftsland tätig gewesen zu sein.

Das spanische Gewerbeaufsichtsamt ist der Auffassung, dass an einem der geläufigsten Verstöße gegen das Entsendegesetz Unterlieferanten beteiligt sind, die Briefkastenfirmen mit einer geringfügigen oder gar keiner Tätigkeit in Portugal gründen, und deren oberste oder ausschließliche Tätigkeit das Auftreten als Subunternehmer für spanische Unternehmen ist. Es wurde ebenfalls von Fällen spanischer Unternehmen berichtet, die Briefkastenfirmen in Portugal gründen, die, nachdem sie enthüllt waren, gezwungen wurden, ihre Mitarbeiter im spanischen Sozialversicherungssystem anzumelden.

Für Irland wurde von Fällen berichtet, in denen die Geschäftsführer eines Unternehmens auch alleinige Geschäftsleiter einer Arbeitsvermittlungsagentur waren, die ausschließlich besagten Bauunternehmen Arbeiter vermittelten. Eine solche Praxis mag durchaus absolut legal sein, es sei denn, es stellt sich heraus, dass sie rein aus Gründen der Steuerhinterziehung oder der Umgehung des Arbeitsgesetzes angewandt wurde. Darüber hinaus besteht im irischen Recht nach wie vor erhebliche Verwirrung und Ungewissheit über den Status von Einzelpersonen, die über Leiharbeitsfirmen Arbeit erhalten. In einigen Fällen gewährleisteten Agenturen den Personen ausdrücklich, sie mit 'Arbeitnehmerstatus' einzustellen, während in anderen Leiharbeiter als Selbstständige betrachtet werden.

In Italien werden mehrere Fälle von Scheinentsendungen genannt, die von der Unterzeichnung von 'Entsendeverträgen' mit ausländischen Arbeitnehmern, die bereits in Italien leben, bis hin zu Vertragsabschlüssen mit Briefkastenfirmen bzw. sogar reinen Scheinunternehmen reichen.

Im Vereinigten Königreich berichtete die Behörde Gangmasters Licensing Authority (GLA) von einer Reihe von Fällen, in denen sich bulgarische GLA-lizenzierte Arbeitsvermittlungsfirmen entsandter 'Scheinarbeitnehmer' bedienen. Nachdem die Lizenz zur Bereitstellung von Arbeitskräften im Landwirtschaftssektor entzogen worden war, berichtete die GLA, dass bulgarische Arbeitnehmer als Scheinselbstständige statt als entsandte Scheinarbeiter beschäftigt wurden, obwohl der Beschäftigungsstatus hier nur schwer definierbar ist.

Die belgischen Sozialinspektorate stoßen oft auf vorgetäuschte, gefälschte oder unvollständige E101/A1-Bescheinigungen, Scheinentsendungen und andere betrügerische Trickereien. Ein vierter Verstoß sind unvollständige Erklärungen über die verrichteten Arbeiten: Bei den Sozial- und Steuerbehörden des Entsendelands werden nicht alle vom entsandten Arbeitnehmer geleisteten Stunden angegeben.

Besondere Probleme im Bereich der häuslichen Pflege

Sehr geehrte Damen und Herren, im Rahmen des Themenblocks „Umgehung von Mindestlöhnen und des equal-pay-Prinzips“ möchte ich Ihnen nun einen kurzen Einblick in die Zustände innerhalb einer Branche verschaffen, die für einige von uns früher oder später von persönlicher Bedeutung sein mag – nämlich die Pflegebranche, genauer gesagt die Betreuung von Familienangehörigen im eigenen Haushalt.

Nach inoffiziellen Schätzungen, offizielle Zahlen sucht man vergeblich, arbeiten ca. 100.000 überwiegend osteuropäische Frauen in deutschen Haushalten und übernehmen dort pflegerische wie hauswirtschaftliche Aufgaben.

Deren Arbeitsbedingungen sind ebenso wie die bloße Tatsache ihrer Tätigkeit hier nach außen meistens unbekannt. Die Beschäftigten trauen sich selten in die Öffentlichkeit, sie sind verteilt auf das gesamte Bundesgebiet und in den Haushalten sich selbst überlassen mit der Folge, dass sie kaum Chancen haben, öffentlichkeitswirksam auf die herrschenden Missstände aufmerksam zu machen.

Dabei ist die Absicherung der nach Deutschland entsandten Pflegekräfte auf den ersten Blick oder rein formell gar nicht so schlecht. Seit dem EU-Beitritt der Länder aus Mittel- und Osteuropa dürfen die aus diesen Ländern stammenden Pflegeunternehmen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit ihre Beschäftigten ohne Einschränkung bei Aufträgen in Deutschland einsetzen. Darin lag bis 2011 auch der wesentliche Unterschied zur Bau- oder Gebäudereinigungsbranche, für die die Dienstleistungsfreiheit durch die sogenannte Kontingentregelung eine wesentliche Einschränkung erfahren hat.

Durch das Arbeitnehmerentsendegesetz sind ausländische Pflegeunternehmen zur Einhaltung der in Deutschland geltenden arbeitsrechtlichen Mindeststandards verpflichtet, § 2 AEntG, und durch das Inkrafttreten der sog. Pflegearbeitsbedingungenverordnung (PflegeArbbV)¹⁵ im August 2010 wurden die Mindeststandards in Bezug auf die zu zahlende Vergütung konkretisiert. Rein theoretisch müssten also die nach Deutschland entsandten Beschäftigten, die in den Haushalten eingesetzt werden, grundsätzlich vergleichbare Lohn- und Arbeitsbedingungen für sich in Anspruch nehmen können wie ihre deutschen Kollegen. Denn zwar wird die 24-Stunden-Betreuung im Haushalt von deutschen Pflegeunternehmen unter Einsatz deutscher Arbeitskräfte kaum angeboten, gänzlich unbekannt ist die Konstruktion dennoch nicht. In den stationären Pflegeeinrichtungen der kirchlichen Träger arbeiten Mitarbeiter ebenfalls in sog. Rudu (Rund-um-die-Uhr) Diensten, während derer sie über mehrere Tage (mit kurzen Pausen) in der Einrichtung verbleiben und zusätzlich zur Vollarbeit Bereitschaftsdienst leisten. Wie auf solche Fälle die Mindestlohnregelung anzuwenden ist, ist höchstrichterlich noch nicht geklärt, eine Revision gegen ein Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 28.11.2012 ist beim BAG aber derzeit anhängig.

Unabhängig von der gesetzlich bestehenden Absicherung sieht die Wirklichkeit der Beschäftigung von Ausländern in der häuslichen Pflege ganz anders aus. Zunächst ist festzuhalten, dass unter den Vermittlern – der Einsatz von Pflegekräften kommt überwiegend unter Beteiligung von privaten sog. Pflegevermittlungsagenturen zustande – ein Konsens über das Erfordernis der Umgehung des geltenden Rechts herrscht. So erklärt eine dieser Vermittlungsagenturen, eine GbR, die unter dem seriös wirkenden Namen „Deutsche Seniorenbetreuung“ auftritt, auf ihrer Homepage: „Durch den in Deutschland am 01.08.2010 eingeführten Mindestlohn für alle Kräfte, die in der Grundpflege arbeiten, haben sich die Bedingungen auch für osteuropäische Pflegekräfte geändert. Nicht nur deutsche Arbeitgeber, sondern auch ausländische Firmen sind verpflichtet, sich an die neue Mindestlohnregelung zu halten. Das führt dazu, dass zukünftig für viele Familien nur noch

¹⁵ Verordnung vom 15. Juli 2010 über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche, BAnz. 2010 Nr. 110 S. 2571.

freiberufliche oder selbständige osteuropäische Pflegekräfte bezahlbar sind, da diese der Mindestlohnregelung nicht unterliegen“. Zahlreiche Pseudo-Fachpublikationen, wie beispielsweise die „Fachzeitschrift der polnischen Arbeitgeberkammer – deutsche Ausgabe: Entsendung“ sind gefüllt mit Ratschlägen zur Umgehung bestehender gesetzlicher Regelungen.

Konkret verläuft eine „Entsendung“ von Pflegekräften in die deutschen Haushalte, etwa aus Polen, nach dem folgenden Schema: Eine in Deutschland ansässige sog. Pflegevermittlungsagentur wirbt mit dem Versprechen der Rund-um-Betreuung um deutsche Kunden, wendet sich also in den meisten Fällen an die Angehörigen der zu pflegenden Personen. Für einen festen Preis wird eine Pflegekraft aus Polen versprochen. Den Vertrag schließt der Kunde mit einer polnischen Firma, dem Kooperationspartner der Vermittlungsagentur, ab. Während die in Deutschland ansässige Vermittlung der einzige Ansprechpartner für alle Sorgen und Nöte des Kunden ist, hält sie sich aus dem Rechtsverhältnis, auf dessen Grundlage die Pflegekraft in Deutschland eingesetzt wird, vollständig heraus.

Die polnische Firma – meistens eine Briefkastenfirma ohne nennenswerte Geschäfte im Sitzland und somit nicht entsendefähig – stellt eine Mitarbeiterin auf der Grundlage eines befristetes Arbeitsvertrages für die Dauer von drei Monaten ein. Als Einsatzort wird dann formell Polen und eine Vergütung in Höhe des polnischen Mindestlohnes, der zurzeit ca. 390 € im Monat brutto beträgt, vereinbart. Unmittelbar danach wird die Beschäftigte auf Dienstreise nach Deutschland geschickt, deren Dauer sich in der Regel mit der Dauer der Beschäftigung deckt. Die Arbeitnehmerin erhält Spesen in Höhe von ca. 30 – 35 € pro Tag. Diese machen den eigentlichen Teil der Vergütung aus, unterliegen aber – jedenfalls in dieser Höhe – weder der Steuer- noch der Sozialversicherungspflicht. Die Pflegekraft wohnt im Haushalt des Pflegebedürftigen, wird aber im Falle einer Erkrankung oder bei sonstigen Ausfällen auf Kosten des Vermittlers durch eine andere ersetzt. Nach drei Monaten kehrt sie in ihre Heimat zurück und legt eine unbezahlte Pause ein, eine Kollegin übernimmt die Stelle. Etwa einen Monat später wird die gleiche Frau erneut eingestellt und auf Dienstreise geschickt etc.

Dieses Umgehungsmodell, das auch in der Variante mit einer formell selbständig tätigen Betreuungskraft vorkommt, wird den deutschen Kunden als einzig bezahlbare Lösung verkauft. Auf diese Weise kommt aber eine rechtmäßige Entsendung gar nicht zustande. Es verwundert daher nicht, dass die Pflegekräfte ohne A1-Bescheinigungen arbeiten: nach Auskunft der polnischen Krankenkasse werden diese von den polnischen Pflegearbeitgebern so gut wie nie beantragt. Die Abwicklung erfolgt also in einer rechtlichen Grauzone, aber das Geschäft boomt.

Die mit den zu Pflegenden bzw. dessen Angehörigen vereinbarte Summe fließt auf das Konto der polnischen Firma, ein Teil davon – häufig gerade einmal die Hälfte – wird der Pflegekraft als Vergütung ausgezahlt. Juristisch betrachtet ist die Vergütungszahlung die einzige Verbindung zwischen der Pflegekraft und ihrem ausländischen Arbeitgeber. Sämtliche Arbeitsmittel werden selbstverständlich von den Angehörigen der zu pflegenden Person zur Verfügung gestellt. Für das Zusammenleben der Pflegekraft und der zu pflegenden Person in einem Haushalt und ihre Einbeziehung in den Alltag der Familie ist die Fähigkeit zur ständigen und kurzfristigen Anpassung an die sich ändernden Anforderungen von zentraler Bedeutung. Zu erwarten, dass das im Ausland ansässige und dem deutschen Kunden meist unbekanntes Unternehmen in diese Abläufe weisungsgebend einbezogen würde, wäre wirklichkeitsfern¹⁸. Mehr als in jedem „normalen“ Arbeitsverhältnis ist die Pflegekraft uneingeschränkt dem Direktionsrecht der deutschen Familie hinsichtlich der Durchführung der Tätigkeit und darüber hinaus hinsichtlich der Gestaltung ihrer arbeitsfreien Zeit unterworfen. Aus einem Dienstvertrag wird eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung mit der Folge, dass zwischen der Pflegekraft und dem Pflegebedürftigen bzw. dessen Angehörigen ein unmittelbares Arbeitsverhältnis mit allen daraus resultierenden arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Folgen zustande kommt, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Dennoch sind Vermittlungsangebote, die auf Direkteinstellung von Pflegekräften und Haushaltshilfen zielen, (wie das Angebot der ZAV der Bundesagentur für Arbeit oder einiger kirchlichen Träger) der breiten Öffentlichkeit wenig bekannt und werden kaum in Anspruch genommen. Laut Auskunft der

¹⁸ So auch Kröner, NZS 2011, 370 (372).

Mitarbeiter der ZAV vermittelt diese etwa 1.100 – 1.200 Haushaltshilfen / Pflegerinnen bundesweit im Jahr. Während die Zahl der in deutschen Haushalten beschäftigten ausländischen Pflegerinnen auf 100.000 geschätzt wird, findet gerade mal in einem Prozent der Fälle eine Direkteinstellung über die offiziellen Vermittlungskanäle der Bundesagentur für Agentur statt.

Das Versprechen der Rund-um-die-Uhr-Sorglosigkeit, mit dem die Pflegevermittlungsagenturen um deutsche Kunden erfolgreich werben, weckt extrem hohe Erwartungen und daraus resultierende Ansprüche hinsichtlich der Verfügbarkeit der Pflegekraft auf der Seite der Pflegebedürftigen und ihrer Familien. Gleichzeitig befinden sich die Pflegekräfte in den Haushalten in einer rechtlich und psychologisch schwierigen Lage, die die Geltendmachung jeglicher Ansprüche in der Praxis unmöglich macht: von der Außenwelt isoliert, für den zu pflegenden Menschen nicht selten allein verantwortlich, ohne Zeugen und den deutschen Behörden und Meldestellen unbekannt, sind sie faktisch wie rechtlich unsichtbar. Es verwundert daher nicht, dass bei den deutschen Arbeitsgerichten Klagen von in den deutschen Haushalten eingestellten ausländischen Pflegekräften sehr selten oder so gut wie nie eingehen.

Ich befürchte, dass weiter von allen Seiten weggeschaut und sich dieser Zustand so schnell nicht ändern wird.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit und freue mich auf die Diskussion!

Scheinwerkverträge und Scheinselbstständigkeit zur Umgehung von Arbeitsschutz, Mindestlöhnen und equal-pay-Prinzip – Rechtliche Regelungen und ihre Durchsetzung in der Praxis in Deutschland

Mein Kurz-Vortrag, der einige knappe Thesen enthält, schließt sich genau an die beiden vorigen Vorträge an. Mit dem Thema ist vorgegeben, dass Verträge diskutiert werden sollen, die eine andere praktische Gestaltung verdecken. Das ist nicht unbekannt. Jan Cremers hat im Vorfeld mit Arbeitsinspektoren aus vielen Ländern gesprochen. Da war Deutschland nicht dabei. Ich habe mit einigen sehr engagierten Vertretern aus Arbeitsschutzbehörden gesprochen, die allerdings keine systematischen Kenntnisse beisteuern konnten. Deutschland ist aber auch ein Land mit außerordentlich vielen Gerichten. Deswegen habe ich die juristischen Datenbanken dazu mitgenutzt und es zeigt sich, dass wir eine ganze Reihe von einschlägigen Gerichtsverfahren identifizieren können. In erster Linie sind es sozialgerichtliche Verfahren.

Ich beginne mit dem Begriff des Werkvertrages: wir haben versucht, ihn als „Contract for Work“ zu umschreiben. Dieses Modell ist nicht nur in Deutschland geeignet für Dumpingpraktiken. Es gab und gibt auch klassische Tunnelbauer, auch in Deutschland, die ordentliche Werkverträge gemacht haben und Spezialkräfte einsetzen. In den letzten Jahren wird jetzt der Werkvertrag häufiger in einem anderen Sinne eingesetzt. Wolfgang Däubler hat vor kurzem einen kleinen Zwischenruf veröffentlicht „Werkvertrag als neues Dumping-Modell“. Damit hat jetzt eine wichtige Diskussion begonnen. Jan Buelens hat noch vor kurzem geschrieben, der Werkvertrag sei ein „Blind Spot“, ein blinder Fleck im belgischen Arbeitsrecht. Dies konnte man auch für Deutschland sagen. Aber seit etwa einem Jahr hat dazu eine stärkere, auch öffentliche Diskussion begonnen. Ebenso haben wir seit einiger Zeit, wie das für Deutschland typisch ist, einschlägige gerichtliche Verfahren. Das hängt auch damit zusammen, dass es nach einigen Schwierigkeiten einige rechtliche Erfolge im Bereich der Bekämpfung von Billiglohn-Leiharbeit gegeben hat, so dass jetzt funktional Werkverträge eingesetzt werden.

Wenn wir versuchen, die bisherigen Erfahrungen zu verallgemeinern, finden wir im Wesentlichen zwei verschiedene Modelle, mit denen ich eine gewisse Übersicht vermitteln will. In dem einen Fall haben wir in erster Linie Gruppen von Beschäftigten, Jan Cremers nannte ein Beispiel von 33 Arbeitnehmern. Dort wird der Werkvertrag zwischen zwei Unternehmern geschlossen. Die Personen, die die Arbeit leisten, haben ein Arbeitsverhältnis, allerdings ein besonders schlecht bezahltes Arbeitsverhältnis. Dazu werde ich ein Beispiel aus Brandenburg vorstellen.

Dann haben wir den anderen Typ von Fällen, in dem der einzelne Werk tätige einen Werkvertrag abgeschlossen hat, in dem es erscheint, als ob er der Unternehmer wäre. Bei näherer Kontrolle zeigt sich, dass das nur Schein ist, Fiction!

Der Fall aus Berlin-Brandenburg, den Achim Kluess entschieden und mir zur Verfügung gestellt hat, spielt in einer Fleischfabrik. Dort wird ein anderes Unternehmen, ich nenne es hier „A Personal Service Company“, beauftragt, einen bestimmten Teil der Verpackungsarbeiten zu übernehmen. Das wäre auch als ein Werkvertrag nach deutschem Recht möglich. In der Praxis war es allerdings so, dass hier eine Integration der Verpackerinnen in die Fleischfabrik stattgefunden hat, dass sie an bestimmten Punkten mit den anderen Beschäftigten gewechselt hatten, auch am selben Band gearbeitet hatten, und dass die Weisungen der Fleischfabrik an das Personal Service Unternehmen

letztlich erst den Inhalt des Werkvertrages konkretisiert haben. Daneben gab es einen anderen Werkvertrag auf dem Papier, der aber nicht gelebt worden ist. Daraus hat das Landesarbeitsgericht geschlossen, dass eine Form von Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Damit gelten jetzt auch in Deutschland Equal Pay-Grundsätze. Hier hatte die Packerin, deren Arbeitsverhältnis beendet war, das verleihende Personaldienstleistungsunternehmen verklagt, sie hätte möglicherweise auch die Fleischfabrik verklagen können. Das ist also eine Form der individuellen, arbeitsvertraglichen Durchsetzung von Interessen. Das ist seit sehr vielen Jahren in Deutschland möglich, ist aber in dieser Konstellation selten.

Den zweiten Fall hat das Sozialgericht in Stade, also in Norddeutschland entschieden. Hier geht es um einen polnischen Schweißer, der in einem Unternehmen des Anlagenbaus tätig ist. Es gibt einen detailliert formulierten Vertrag, dass er ein selbständiger Unternehmer ist. Dies ist aber noch nicht so raffiniert wie in den Fällen von Jan Cremers, denn dieser Schweißer hat kein Schweißgerät, er hat keine Schutzrüstung, er hat nur seine eigene Arbeitskraft. Aber er wird als Unternehmer bezeichnet. In dem sozialgerichtlichen Verfahren ging es darum, ob für ihn Beiträge zur Rentenversicherung bezahlt werden mussten. Der Fall war so eindeutig, da hier das Werk nur auf dem Papier stand; der Schweißer war wie ein Arbeiter in den normalen Arbeitsablauf integriert.

Für uns ist interessant, dass der polnische Schweißer am Anfang dieses Überprüfungsverfahrens vertreten worden war durch den Anwalt, der auch den Anlagenbau vertreten hatte. Im weiteren Verlauf des Verfahrens, als das Gericht nach dem deutschen Prozessrecht den Schweißer auch im Klageverfahren beteiligen wollte, wusste niemand mehr seine Adresse. Ich gehe davon aus, dass er Deutschland wohl verlassen hat. Am Ende des Verfahrens ist es so, dass für den polnischen Schweißer Beiträge nachgezahlt werden, dass er vielleicht irgendwann später nach dem koordinierenden Sozialrecht, wenn er 65 Jahre alt ist, dann noch für einen bestimmten Teil deutsche Rentenbeiträge erhalten wird. Ob er irgendwann von diesem Recht erfährt, bleibt ungewiss.

Das sind zwei Modelle, an denen man sich hier orientieren kann. Rechtsmethodisch sind beide vergleichbar. Es geht immer um denselben Effekt. Wir haben einerseits bestimmte Verträge auf dem Papier, die mehr oder weniger sorgfältig erstellt sind, und wir haben eine andere Praxis. Das ist für die deutschen Gerichte eigentlich kein Problem. Das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht entscheiden seit vielen Jahren: wenn Papier und Leben auseinander fallen, ist die Realität maßgeblich.

Wer könnte diese Rechte, die hier z.B. dem polnischen Schweißer zustehen, durchsetzen? Es kommen verschiedene Beteiligte in Betracht. Wir haben zunächst die Betroffenen selbst, also die die Employees bzw. Workers, wir haben Betriebsräte (Works Council), wir haben Health and Safety Institutionen und wir haben die Sozialversicherung.

Die Hauptzollämter sind in Deutschland für die Entsendung und ebenso für Schwarzarbeit zuständig. Ich halte das für ein Unglück. Dadurch wird immer der Eindruck der völligen Illegalität erweckt. Marta Böning hat heute Morgen die Probleme der Grauzone analysiert. So lange die Betroffenen glauben, dass sie sich in der Grauzone befinden, werden sie selber auch nicht aktiv. Auch wenn die Hauptzollämter vielleicht etwas besser arbeiten als die Arbeitsschutzbehörden, was ich selber aber nicht glaube, ist das meiner Meinung nach der falsche Ansatz. Deswegen habe ich es auch immer für falsch gehalten, dass die deutsche Regierung und die deutschen Gewerkschaften die Zugangsmöglichkeiten der polnischen, rumänischen und bulgarischen Arbeiter soweit wie möglich hinausgeschoben haben, weil dadurch die Grauzone groß geworden ist. Alle haben sich auf die Grauzone eingerichtet und wir haben große Schwierigkeiten, jemals in eine weiße Zone zurückzukommen.

Die Rechte, die hier durchgesetzt werden können, sind Vergütung, Equal Pay, dann Gesundheit und natürlich die Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte. Für die einzelnen Beschäftigten ist es so, dass sie nach dem deutschen Recht einfach klagen können. Sie können in Deutschland klagen, sie können sich von Gewerkschaften vertreten lassen, wenn sie wissen, dass es die Gewerkschaften gibt und wenn diese ihnen Rechtsschutz geben. Aber im einzelnen Prozess ist das zentrale Problem die Beweislast, also „Burden of proof in individual Claims“. Nur selten ist ein Gericht so sorgfältig wie das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg. Das Arbeitsgericht

hatte in der ersten Instanz alles geglaubt, was der Arbeitgeber gesagt hat und hat die Klage ganz schnell abgewiesen. Natürlich gibt es immer ein Papier, das man vorlegen kann. Es ist immer für die einzelnen außerordentlich schwierig, in einem Individualverfahren nachzuweisen, dass die Realität anders ist als das Papier. Individuelle Klagerechte sind zwar notwendig, aber selten ermöglichen sie eine hinreichende Lösung.

Daneben haben wir in Deutschland eine sehr intensiv ausgebaute, sehr differenzierte Sozialversicherung. Es ist nicht so einfach für Menschen aus anderen Ländern und natürlich auch für die Entsandten, diese Struktur zu verstehen. Eine Institution, die aus meiner Sicht aus ihren Rechten viel mehr machen könnte, ist die Unfallversicherung. Ein Teil dieser Arbeiten, wie bei unserem Schweißer, sind natürlich auch Arbeiten, die nicht ungefährlich sind, so dass Arbeitsschutz evident erforderlich ist. Wir haben dazu einheitliche Regeln in den europäischen Richtlinien. Ich will hier nur auf die Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz eingehen. Wir haben auch eine gesonderte Richtlinie (91/383/EWG), die ich in einem kurzen Beitrag nicht erläutern kann.

Danach muss ein Arbeitgeber auch bei jeder legalen Form des Werkvertrages mit dem anderen Arbeitgeber kooperieren, sie müssen ihr Wissen austauschen. Der Betriebsinhaber muss kontrollieren, dass Personen, die in seinem Betrieb tätig werden, ordentliche und korrekte Weisungen erhalten haben. Arbeitsschutzrechtlich korrekte Weisungen kann es nur geben, wenn es eine Gefährdungsbeurteilung gibt. Das muss jeder Arbeitgeber kontrollieren. Das findet nicht oft statt. Die deutschen Unfallversicherungsträger haben dazu eine sehr informative Broschüre mit 30 Seiten Umfang erstellt, wie diese Kontrolle erfolgen kann. Die Broschüre ist für jeden Betriebsrat und für jeden Arbeitgeber gut lesbar. Ich habe bisher noch keine einzige Anordnung einer Arbeitsschutzbehörde oder eines Unfallversicherungsträgers gefunden, dass diese Kontrolle von Fremdfirmen gemacht werden muss und wie sie gemacht werden muss. Wir haben hier ein breites Handlungsfeld für alle Beteiligten. Es ist in der Praxis insoweit schwierig für unser Thema, weil wir einen dialektischen Ansatz benötigen. Das Arbeitsschutzrecht geht davon aus, dass ein ordentlicher Werkvertrag vorliegt, und dass ein ordentlicher Arbeitgeber eine ordentliche Gefährdungsbeurteilung erstellt. In der Realität wird dies nicht praktiziert. Trotzdem bin ich der Ansicht, dass es wichtig ist, die Forderung nach der Gefährdungsbeurteilung zu stellen. Wenn ein Gericht, das nicht ganz so intensiv arbeitet wie das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, die einfache Frage stellt, wo denn die Gefährdungsbeurteilung ist, dann käme man schon viel weiter auf dem Weg zu den Fakten und zu dem wirklichen Leben.

In Deutschland trennen die sehr differenzierten Regeln des Sozialrechts die Sozialversicherungsträger zwischen der Rentenversicherung und der Krankenversicherung. Diese sind, wie das Urteil zu dem polnischen Schweißer zeigt, auch durchaus real in der Lage hier vorzugehen. Ich habe in wenigen Wochen eine Reihe von sozialgerichtlichen Entscheidungen gefunden. In allen Fällen ging es um vorenthaltene Beiträge in verschiedenen Branchen. Es geht um Pflegekräfte, um scheinselfständige Lkw-Fahrer, Busfahrer, Beschäftigte im Einzelhandel. Wir haben also eine ganz große und breite Palette. Die Konflikte finden neben dem Arbeitsrecht statt. Die Betroffenen sind selten aktiv beteiligt. Die Kontrolle durch die Sozialversicherungsträger findet auch nicht sehr systematisch statt. Wir tagen heute im Haus einer Aufsichtsbehörde, die dazu ja auch Regeln aufstellen könnte, die diese Daten regelmäßig abfragen könnte, die Schwerpunktaktionen in bestimmten Bereichen machen könnte.

Selten werden diese Daten zwischen den verschiedenen Institutionen ausgetauscht. Vor allen Dingen können die Unfallversicherungsträger auch mit den Betriebsräten zusammenarbeiten. Das ist sogar im deutschen Recht vorgesehen. Das heißt also, es wäre hier möglich, dass die verschiedenen Ebenen zusammenkommen. Die Arbeitsschutzrechte, die ich hier dargestellt habe, geben in Deutschland wiederum eine Brücke zum Arbeitsrecht, das dazu Rechte des Betriebsrats enthält. Erstens hat der Betriebsrat Rechte zur vorherigen Information, die für alle diese Fälle unproblematisch gelten. Die weiteren Rechte aus § 8 des Arbeitsschutzgesetzes, welche Kooperation und welche Kontrollen ein Arbeitgeber bei jeder Form von Werkvertrag beachten muss, müssen betrieblich konkretisiert werden. Diese Konkretisierung unterfällt dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Darüber besteht auch relativ große Einigkeit in unseren schönen umfangreichen Handbüchern, die wir dazu alle verfasst haben.

Wir haben aber dazu gar keine Fälle. Ich will mich heute auch sehr diskret dazu äußern, dass auch in den Materialien unserer Gewerkschaften über Mitbestimmungsrechte im Arbeitsschutz dieser Aspekt nicht so stark betont wird.

Die Situation der Betriebsräte ist schwierig. Helga Nielebock hat zutreffend beschrieben, dass die Aktivitäten der Betriebsräte für die verschiedenen Gruppen von Beschäftigten unterschiedlich stark entfaltet sind. Das ist sozial gut nachvollziehbar. Die Gruppen, um die es hier geht, stehen eher am Ende der Aktivitäten. Inzwischen sind die Werkverträge den Betriebsräten der großen Unternehmen so sehr nahe gekommen, dass es durchaus möglich ist, dass sich dieses Verhalten in der nächsten Zeit ändert.

Wir haben in Deutschland in § 99 BetrVG noch ein weiteres Beteiligungsrecht des Betriebsrats, das sich auf die direkte Beschäftigung von Menschen im Betrieb bezieht. Vor 15 bis 20 Jahren wurden verschiedene Aktivitäten von engagierten Betriebsräten und Gewerkschaften entfaltet. Dazu entwickelte sich eine nicht sehr hilfreiche und komplizierte Rechtsprechung des BAG, die ich jetzt hier nicht ausbreiten will. Diese wird auch in einem Kommentar, der dem BAG sehr nahe steht, als nicht praktikabel bewertet. Hier könnte es natürlich neue Ansätze geben.

Für die Gewerkschaften stellt sich in Deutschland die Frage, zwei andere Bereiche ihrer Tätigkeit zusammenzuführen, nämlich die betriebliche Beratung und die Tätigkeiten der sozialen Selbstverwaltung. Da in Deutschland die Sozialversicherungsträger auf diesem Gebiet beachtliche Rechte haben, die sie, wie die Beispiele zeigen, auch tatsächlich in einigen Fällen einsetzen, könnten diese Aktivitäten stärker koordiniert werden. Genau wie die Aufsichtsbehörden könnten auch die mitbestimmten Vorstände der Sozialversicherungsträger in diese Aktivitäten eine gewisse Systematik, Transparenz und Öffentlichkeit hineinbringen.

Dann können die Gewerkschaften dieses Wissen in die Zusammenarbeit mit den Betriebsräten einbringen. Marta Böning hat sehr deutlich gemacht, dass es in den wichtigsten Sprachen Informationen geben muss. Es ist auch Gewerkschaften nicht verboten, solche Informationen in verschiedenen Sprachen auf ihrer Homepage zu dokumentieren. Man muss die Informationen nur einmal übersetzen, dann können alle Einzelgewerkschaften diese aufnehmen. Man kann sich ja die Sprachen aufteilen. Jede Einzelgewerkschaft konzentriert sich auf eine Sprache, dann ist die Aufgabe der vielsprachigen Information lösbar. Ohne eine solche sprachliche Aktivität geht es kaum. In Großbritannien haben einige Gewerkschaften, als dort sehr viele polnische Arbeiter kamen, polnisch sprechende Gewerkschaftssekretäre eingestellt.

Auch Ministerien ist es nicht verboten, Informationen nicht nur in deutscher Sprache zu geben. Deswegen ist dieser Aspekt in der „Enforcement-Richtlinie“, dass es mehr Information in anderen Sprachen geben muss, richtig. Damit soll die andere Kritik an dem Entwurf dieser Richtlinie nicht abgeschwächt werden.

Wirksame Bekämpfung von Strategien zur Umgehung nationaler Mindestlöhne durch den Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Durchsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie ?¹⁹

1. Einleitung

Gegenwärtig bemüht sich die Europäische Kommission um die Annahme der so genannten Durchsetzungsrichtlinie²⁰. Diese Richtlinie soll die aktuelle Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie in Bezug auf Überwachung, Kontrolle und Durchsetzung ergänzen und infolgedessen zu einer besseren Auslegung, Präzisierung und Umsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie führen. Zudem soll die geplante Richtlinie die grenzüberschreitende Kooperation von Arbeitsaufsichtsbehörden verbessern.

Als ich mir lediglich die Programmatik des Vorhabens durchlas, war ich zunächst positiv überrascht von der eindeutigen Haltung, die die Europäische Kommission zugunsten von Arbeitnehmer/innen einzunehmen scheint.

In der Begründung des Vorschlags heißt es:

„Wie in der Strategie für die wirksame Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Union unterstrichen, müssen die Menschen ihre in der Charta verankerten Rechte wirksam in Anspruch nehmen können, wenn sie sich in einer Situation befinden, die EU-Recht unterliegt.“ (KOM (2012) 131, S.11)

Dies ist ein fundamentales, in Art. 47 der EU Grundrechtecharta verankertes, Grundrecht.

Ebenso schätze ich den „umfassenden Ansatz für die Durchsetzung“ dieser Richtlinie. Diese besagt:

„Mit dem Vorschlag für diese Richtlinie wird ein umfassender Ansatz für die Durchsetzung verfolgt, der u. a. Sensibilisierung (bessere Information), staatliche (Prüfungen und Sanktionen) und privatrechtliche (gesamtschuldnerische Haftung) Durchsetzungsmechanismen beinhaltet. Für einen ausgewogenen Ansatz sind alle Aspekte wichtig. Wird ein Aspekt abgeschwächt, so müssten zur Erreichung eines ähnlichen Ergebnisses andere Durchsetzungsaspekte verstärkt werden. (vgl. KOM 2012 131 S. 23).

Des Weiteren verspricht die Begründung des Vorschlags:

„Wirksame Prüfungen, verbesserte Verwaltungszusammenarbeit, die grenzüberschreitende Verhängung von Geldbußen und ein sorgfältig austariertes Haftungssystem werden zu fairerem Wettbewerb und vergleichbareren Ausgangsbedingungen beitragen.“

Ein weiteres vielversprechendes Beispiel ist das Vorhaben, kleinere und mittelgroße Unternehmen (KMUs) in den Geltungsbereich der Richtlinie einzubeziehen.

In der Begründung des Vorschlags heißt es:

„Echten KMU werden die faireren Ausgangsbedingungen zugutekommen, wohingegen einige Briefkasten-KMU wahrscheinlich verschwinden werden. Die faireren Ausgangsbedingungen werden KMU nutzen, die bereits mit Unterauftragnehmern arbeiten, die die Rechtsvorschriften zu Mindestentgelten einhalten und daher höhere Kosten haben (im Vergleich zu Konkurrenten mit

¹⁹ Dieser Beitrag basiert auf dem Vortrag, den ich am 26. Januar 2013 in Düsseldorf gehalten habe.

²⁰ Vorschlag einer Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen KOM (2012) 131.

Unterauftragnehmern, die sich nicht an das Gesetz halten). KMU, die bisher davon profitiert haben, dass Unterauftragnehmer die Rechtsvorschriften zu Mindestentgelten nicht eingehalten haben, werden neue Geschäftsmodelle finden müssen.“

Präsentiert die Kommission also endlich kluge Maßnahmen, die ausschließlich darauf ausgerichtet sind, redliche Dienstleistungen zu unterstützen, die geltende Mindestarbeitsstandards des aufnehmenden Staates einhalten?

Es ist wichtig zu erwähnen, dass die rechtliche Basis der Durchsetzungsrichtlinie dieselbe ist wie die der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie: die Dienstleistungsfreiheit (Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 53 AEUV).

Das bedeutet, dass die Themen, die mit der Anwendung und Umsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie zusammenhängen, im Kontext ökonomischer Freiheit behandelt werden. Im Fall eines Prozesses vor dem EuGH wird die Art und Weise, wie die Richtlinie betrachtet wird, von dieser ‚Grundfreiheit‘ abhängen. Das bedeutet, dass die Maßnahmen, die die Verletzung von Arbeitnehmerrechten bekämpfen, die Dienstleistungsfreiheit nur einschränken können, wenn sie verhältnismäßig sind und notwendig, um dieses Ziel zu erreichen.

Ungeachtet des Bezugs auf Art. 47 der EU-Grundrechtecharta betont der Vorschlag an mehreren Stellen, dass die Dienstleistungsfreiheit auch durch die neue Richtlinie verbessert werden wird. Beispielsweise soll Rechtssicherheit durch einheitliche Überwachungs- und Sanktionsmechanismen geschaffen werden. Dies geht weit über die Aussage hinaus, dass die Wahrung von Arbeitnehmerrechten die Freizügigkeit von Dienstleistungen nicht übermäßig einschränken darf.

- Es wird impliziert, dass einige nationale, administrative Auflagen und andere Kontrollmechanismen abgeschafft werden sollten, selbst wenn sie nicht unverhältnismäßig sind,
- selbst wenn sie fairen Wettbewerb begünstigen würden,
- und auch, dass diese Maßnahmen ungeachtet der Tatsache abgeschafft werden müssten, dass die Alternative auf EU-Ebene weniger wirksam wäre oder zumindest sich noch nicht als wirksam erwiesen hat.

Betrachtet man die Problematisierung der Verletzung von Arbeitnehmer/innenrechten in der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie, sollte es ausschließliches Ziel der Durchsetzungsrichtlinie sein, entsandten Arbeitnehmer/innen und ihren Repräsentanten/innen wirksame Werkzeuge zur Durchsetzung ihrer Rechte an die Hand zu geben, und im Zuge dessen die richtige Balance zwischen Dienstleistungsfreiheit einerseits und dem Schutz von Arbeitnehmer/innen andererseits wiederherzustellen. Leider ist der Vorschlag der Europäischen Kommission ambivalent. Zu meiner Enttäuschung entdeckte ich nach kritischer Lektüre der vorgeschlagenen Richtlinie zahlreiche „Teufel“, die sich in Folge dieser Unentschiedenheit im Detail verstecken.

Es ist leider nicht möglich an dieser Stelle, auf alle Aspekte einzeln einzugehen, da dies den Rahmen des Beitrags sprengen würde. Daher werde ich mich in meinen Ausführungen auf die Bestimmungen beschränken, die den besseren Zugang zu Information, gegenseitige Unterstützung, grenzüberschreitende Kontrollen, gesamtschuldnerische Haftung und Mindestlöhne betreffen.

Für einen umfassenden Überblick über die aktuellen Probleme zur Umsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie und eine Vielzahl von Lösungsvorschlägen, die auch auf nationaler Ebene realisiert werden können, möchte ich zwei Studien empfehlen, deren Co-Autorin ich bin, die sich mit den rechtlichen Aspekten der Arbeitnehmer/innenentsendung beschäftigen.²¹

²¹Aukje van Hoek & Mijke Houwerzijl (März 2011). Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union. Radboud Universität Nijmegen. Siehe: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6677&langId=en>; Aukje van Hoek & Mijke Houwerzijl (November 2011) Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union, Universität Amsterdam. Siehe: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471&langId=en>.

2. Besserer Zugang zu Informationen: Dem entsendenden Staat eine Rolle zuweisen

Hinsichtlich des Zugangs zu Informationen über die Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse in den Aufnahmemitgliedstaaten sieht Art. 5 der Richtlinie eine Reihe von Maßnahmen vor, die sicherstellen sollen, dass umfassende und leicht zugängliche Informationen über die zu beachtenden Vorgaben und Bedingungen zur Verfügung gestellt werden. Diese sollen insbesondere nach Art. 5 Abs. 4 auch solche Vorgaben umfassen, die in Kollektivverträgen vereinbart sind.²²

In dieser Regelung sehe ich keine versteckten 'Teufel im Detail', dennoch kann der Zugang von entsandten Arbeitnehmern zu Informationen noch deutlich verbessert werden: besonders wenn es um die Verantwortung der entsendenden Staaten geht.

Gegenwärtig wird nicht viel auf nationaler Ebene dafür getan, Informationen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in den aufnehmenden Staaten für die Arbeitnehmer/innen im Herkunftsland zugänglich zu machen, bevor sie entsandt werden.

Die Initiativen, die einige aufnehmende Staaten ergreifen, um Arbeitnehmer/innen und Unternehmen der entsendenden Staaten Informationen zukommen zu lassen (beispielsweise durch ihre Botschaften) sind durchaus interessant. Solchen Initiativen sollten weitere folgen, vor allem da mit der Sensibilisierung so früh wie möglich begonnen werden sollte, um Arbeitnehmer/innen in eine Position zu versetzen, in der sie fundierte Entscheidungen zu ihrer Entsendung treffen können.

Um dieses Ziel zu erreichen, sollten die Behörden der entsendenden Staaten ebenfalls involviert werden. Gemäß Artikel 4 der Richtlinie 91/533²³, ist es die Pflicht von Arbeitgebern, Arbeitnehmer/innen, die länger als einen Monat entsandt werden, vor ihrer Abfahrt über:

- a) die Dauer ihrer Beschäftigung im Ausland, b) in welcher Währung ihr Gehalt ausgezahlt wird, c) ggf. welche Geld- oder Sachleistungen sie für die Arbeit im Ausland zu erwarten haben und d) ggf. die Rahmenbedingungen einer Rückkehr der Arbeitnehmer/innen, zu informieren.²⁴

In Estland werden Arbeitgeber, die versäumen, Informationen bereitzustellen, mit einer Geldbuße bestraft. Diese bewährte Verfahrensweise sollte auch von anderen Mitgliedstaaten in ihren Eigenschaften als entsendende Staaten übernommen werden um ihre Pflicht zu unterstreichen, Informationen zu wesentlichen Elementen der Entsendung bereitzustellen. Zusätzlich sollte der Dienstleister verpflichtet werden, den schriftlichen Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen ihrer Arbeitnehmer/innen den verantwortlichen nationalen Behörden in den entsendenden und/oder aufnehmenden Staaten zu übermitteln.²⁵

3. Gegenseitige Amtshilfe: Aufnehmende Staaten sollten keinesfalls davon abgehalten werden, eine Vorreiterrolle einzunehmen

Für die Definition der Rolle, die entsendende Staaten bei der Bereitstellung von gegenseitiger Amtshilfe einnehmen, ist eine bereits mehrfach in Positionspapieren der entsprechenden Interessenvertreter/innen sowie durch das europäische Parlament kritisierte Formulierung des Artikels 7 Abs.4 Satz 2 äußerst bedeutsam, die besagt:

„(...) Solche Prüfungen und Kontrollen werden erforderlichenfalls von den Behörden des Aufnahmemitgliedstaats auf Antrag der zuständigen Behörden des Niederlassungsmitgliedstaats durchgeführt (...)“.

²²Ergänzt grundsätzlich Artikel 4 der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie.

²³Auf Ebene der EU wurde die Ergänzung der Richtlinie 91/533 während unserer Studie stark empfohlen, um effektive und durchsetzungsstarke Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung der Verpflichtungen aus Art 2 und 4 der Richtlinie durchzusetzen und um ihre Zielsetzung auf all die Arten der Entsendung auszuweiten, die von der Entsenderichtlinie umfasst werden, ungeachtet des Ziels der Entsendung. Siehe Van Hoek/Houwerzijl, o.a., Kapitel 4.3.

²⁴Zusätzlich zu der in Artikel 2 festgehaltenen Verpflichtung, Arbeitnehmer/innen schriftlich über die Kernelemente des Arbeitsvertrages bzw. des Beschäftigungsverhältnisses, – Grundbetrag und andere Bestandteile des Arbeitsentgelts, Urlaubsgeld, Umfang der Arbeitswochenstunden, geltende Tarifverträge, einschließlich der Höhe der Vergütung, in Kenntnis zu setzen.

²⁵Die Verpflichtung, Vereinbarungsschreiben oder schriftliche Arbeitsverträge (Kopien sind ausreichend) der entsandten Arbeitnehmer/innen gemäß der Richtlinie 91/533 EC weiterzugeben, existiert derzeit in Deutschland und Luxemburg (als aufnehmende Staaten). Siehe Van Hoek/Houwerzijl, o.a., Kapitel 4.3, S.112.

Selbst wenn es sinnvoll ist, wichtige Fakten eher in den entsendenden als in den aufnehmenden Staaten zu überprüfen (beispielsweise ob das jeweilige Unternehmen dort ordentlich niedergelassen ist), sollte damit jedoch nicht die Kompetenz des aufnehmenden Staates eingeschränkt werden, unabhängig zu entscheiden, ob ein Bedarf für Kontrollen und Prüfungen besteht.²⁶

In Artikel 18 Abs.1 wird festgelegt:

„Die Verwaltungszusammenarbeit und die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 6 und 7, Artikel 10 Absatz 3, Artikel 13, 14 und 15 erfolgt durch das Binnenmarkt-Informationssystem (IMI)“

An dieser Stelle sollten wir umsichtiger sein. Meiner Ansicht nach sollte die Freiheit der Nationalstaaten, auch andere Kommunikationskanäle zu verwenden, nicht eingeschränkt werden. Das Binnenmarkt-Informationssystem (IMI) soll (jedenfalls wird es so dargestellt) ein Werkzeug sein, das die Staaten unterstützt und nicht andersherum. Darauf zu bestehen, nur das IMI zu verwenden, würde das System unnötig starr machen und könnte möglicherweise unseriösen Beteiligten verfahrensrechtliche Argumente (wie dem, dass das IMI-System nicht ordnungsgemäß verwendet wurde) liefern, um die Überwachung und Durchsetzung zu behindern.

4. Grenzüberschreitende Durchsetzung sollte erleichtert und nicht erschwert werden

Über zwei weitere Details in den Bestimmungen zur Verwaltungszusammenarbeit werden sich unseriöse Dienstleister und ihre Anwälte freuen:

Artikel 13 Abs.2 letzter Satz:

„Die ersuchende Behörde darf kein Ersuchen um Beitreibung einer Strafzahlung oder Geldbuße oder Mitteilung einer entsprechenden Entscheidung stellen, sofern und solange die zugrundeliegende Forderung und/oder der Vollstreckungstitel im ersuchenden Mitgliedstaat angefochten werden.“

Artikel 15 Abs.1: Aussetzung des Verfahrens

„Wird im Zuge des Beitreibungs- oder Mitteilungsverfahrens die Geldbuße, Strafzahlung und/oder die zugrunde liegende Forderung vom betreffenden Dienstleistungserbringer oder einer betroffenen Partei angefochten, so wird das grenzüberschreitende Verfahren zur Vollstreckung der Strafzahlung oder Geldbuße ausgesetzt, bis die in dieser Sache zuständige nationale Behörde eine Entscheidung getroffen hat.“

Diese Vorschläge sind nicht gut durchdacht. Unsere Forschungen zeigen, dass eine grenzüberschreitende Durchsetzung von Verwaltungsgebühren und -strafen noch in den Kinderschuhen steckt. Sie sollte begünstigt werden und nicht eingeschränkt.

Strafandrohungen verlieren ihre Wirkung, wenn ausländische Arbeitgeber/innen sich über die Vollstreckung solcher Geldstrafen in ihren Herkunftsländern nicht zu sorgen brauchen. Außerdem könnten solche Einschränkungen nationale Maßnahmen begünstigen, die nicht nur die „Bösen“ sondern auch die „Guten“ treffen würden. Interessanterweise war die Problematik grenzüberschreitender Durchsetzung der Grund für die Einführung einer neuen Verpflichtung von Dienstleistungsempfängern in Österreich.

Sollte die Kommission wirklich dem Trend vieler Mitgliedsstaaten, Dienstleistungsempfänger mit Verantwortungen zu belasten, entgegenwirken wollen, sollte sie viel schärfere Maßnahmen ergreifen, um eine grenzüberschreitende Durchsetzung von Gebühren und Strafen gegenüber unseriösen Dienstleistern zu erreichen.

5. Nationale Kontrollmechanismen: Einmal und nie wieder!

Unter Artikel 9 ist eine ausführliche Liste von Kontrollmechanismen und Verwaltungsanforderungen aufgeführt, die die Aufnahmemitgliedstaaten Dienstleistern auferlegen

²⁶ Unsere Forschungen haben ergeben, dass es aus praktischer Sicht keinen Grund gibt zu befürchten, dass Staaten mehr Kontrollen und Prüfungen durchführen als nötig. Mangel an Arbeitskräften und begrenzte finanzielle Ressourcen verhindern dies in praktisch allen Mitgliedsländern.

können, um die korrekte Anwendung und die Überwachung der Einhaltung von geltenden Beschäftigungsstandards in dem jeweiligen Land sicherzustellen.

Diese Liste ähnelt der Mitteilung der Kommission aus dem Jahr 2006 sehr.²⁷ Sowohl die Mitteilung als auch der vorgebrachte Artikel 9 sind geprägt durch eine zu restriktive Sichtweise auf die Rechtsprechung des EuGH zur Vereinbarkeit bestimmter nationaler Kontrollmechanismen mit EU-Recht.

Eine solch ausführliche Liste würde beispielsweise auch wirksame und geschäftsfreundliche Maßnahmen unterbinden, wie die Verpflichtung von entsandten Arbeitnehmer/innen, Ausweispapiere aufzubewahren und bereitzustellen.

Daher sollte der Vorschlag verschiedener Interessenvertreter/innen berücksichtigt werden, diese ausführliche Liste durch eine Beispielliste zu ersetzen, durch welche die Kommission die Flexibilität garantieren würde, nationale Verwaltungsanforderungen und Kontrollmaßnahmen auf zukünftige Entwicklungen in diesem Regelungsbereich einzustellen.

Daher sollten sich die Maßnahmen der Durchsetzungsrichtlinie ausschließlich darauf konzentrieren, die grenzüberschreitende Durchsetzung zu begünstigen und nicht darauf, diese gleichzeitig einzuschränken.

6. Gesamtschuldnerische Haftung: Die Mitgliedstaaten sollten selbständig wirksame Maßnahmen einführen

Dieser Abschnitt behandelt die kontroverseste Maßnahme des Vorschlags. Ich teile die Idee, auf der Artikel 12 zur gesamtschuldnerischen Haftung basiert, dass die Intensivierung von Informationsverbreitung, gegenseitiger Amtshilfe und Kontrollmaßnahmen allein nicht ausreicht. Diese Maßnahmen zielen größtenteils lediglich auf die grenzüberschreitenden Dienstleister ab. Um die Einhaltung der Verpflichtungen der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie wirksam zu verbessern, sind Initiativen, die Dienstleistungsempfängern Verantwortung zuweisen, unverzichtbar, und sei es nur aufgrund ihrer stark präventiven Wirkung. Zudem stimme ich mit der Europäischen Kommission überein, dass es sich bei der gesamtschuldnerischen Haftung um eine Maßnahme der Selbstregulierung zwischen privaten Akteuren handelt und damit um ein weitaus weniger restriktives und dafür ausgewogeneres System als mögliche Alternativen wie die mit Prüfungen und Sanktionen verbundene staatliche Intervention.

Laut Begründung der Richtlinie ist der Vorschlag für eine gesamtschuldnerische Haftung ausgewogen. Das favorisierte System der gesamtschuldnerischen Haftung ist allerdings begrenzt auf die Beziehung zu direkten Unterauftragnehmern in der Baubranche, in der die meisten Fälle von Nichtzahlung von Löhnen gemeldet wurden. Bauunternehmer/innen, die ihrer Sorgfaltspflicht nachkommen, können nicht gemäß Artikel 12 Abs.1 zur Verantwortung gezogen werden.

Das Problem besteht in dem ambivalenten Ansatz der Durchsetzungsrichtlinie. Studien zur gesamtschuldnerischen Haftung, deren Co-Autorin ich war, argumentieren, dass Regelungen zur gesamtschuldnerischen Haftung, die auf eine Ebene und die verbindliche Sorgfaltspflicht beschränkt sind, weder in der einen noch in der anderen Hinsicht Gutes bewirken: sie verstärken nicht wirksam den Schutz von Arbeitnehmer/innen, und zur selben Zeit verursachen sie Bürokratismus in den Unternehmen.²⁸

²⁷Siehe dazu: Mitteilung der Kommission: Leitlinien für die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, KOM(2006) 159 endgültig

²⁸Siehe: M.S. Houwerzijl & S.S.M. Peters, Liability in subcontracting processes in the European construction sector – Netherlands, S. 10. <http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef08877.htm> (Die Studie wurde von der Europäischen Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Eurofound) in Auftrag gegeben und Januar 2009 veröffentlicht). Siehe auch den Abschnitt zu den Niederlanden in Yves Jorens, Saskia Peters & Mijke Houwerzijl (2012), Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union: Endgültige Studie (wurde von der Europäischen Kommission in Auftrag gegeben), Juni 2012, und basiert auf der niederländischen Länderstudie von Lucy van den Berg und Saskia Peters: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471>

Verschiedene Interessenvertreter haben bereits dafür plädiert, dass die gesamtschuldnerische Haftung und mögliche Ausnahmeregelungen von ihr nicht durch verbindliche Regeln sondern durch Kannvorschriften festgelegt werden sollte. Die verbindliche Einführung einer Sorgfaltspflicht im Fall des Artikels 12 Abs. 3 sollte definitiv abgelehnt werden. Warum sollte man ein nationales Gleichgewicht in einem bereits umgesetzten System gesamtschuldnerischer Haftung stören?

7. Das Konzept „nationaler Mindestlöhne“: Das Problem scheint gelöst

Zuletzt möchte ich mit einigen positiven Anmerkungen auf eine Thematik eingehen, welche im Zentrum des Titels dieses Vortrages steht: Die Garantie nationaler Mindestlohnzahlung.

Derzeitig gibt die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie keine deutliche Antwort auf die Frage, ob der aufnehmende Staat lediglich einen einzelnen (gesetzlichen oder tariflichen) Mindestlohn (einheitlich) einführen kann oder stattdessen ein Regelwerk, das auf den Einzelfall bezogen die Mindestvergütung (Einkommensstruktur / Karriereleiter) regelt.

Es ist allgemein bekannt, dass sich diese beiden Bezahlungsniveaus deutlich unterscheiden können.

Aus diesem Grund ist die Art der Ausgestaltung der gesamten nationalen Mindestlohnstruktur von größter Bedeutung für die Schaffung von Chancengleichheit durch die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie. Damit Strategien, die sich gegen die Zahlung von Mindestlöhnen richten, wirksam bekämpft werden können, sollte absolut klar sein, dass dies auch mit der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie möglich ist.

Es scheint, als wäre dieser Aspekt – wenn auch implizit – durch Artikel 5 Abs.4 (betrifft den besseren Zugang zu Informationen) der vorgeschlagenen Durchsetzungsrichtlinie geklärt:

„Insoweit nach nationalem Recht, nationalen Traditionen und Gepflogenheiten die in Artikel 3 der Richtlinie 96/71/EG genannten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäß Artikel 3 Absätze 1 und 8 jener Richtlinie in Tarifverträgen festgelegt sind, sollten die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Sozialpartner diese ermitteln und die einschlägigen Informationen – insbesondere zu den unterschiedlichen Mindestlohnsätzen und deren wesentlichen Bestandteilen, der Methode zur Berechnung des Entgelts und den maßgeblichen Kriterien für die Einstufung in die verschiedenen Lohngruppen – den Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten und den entsandten Arbeitnehmern in einer zugänglichen und transparenten Art und Weise zur Verfügung stellen.“³⁰

Indem sie die Möglichkeit verschiedener Entgeltgruppen erwähnt, erlaubt die Richtlinie implizit nicht nur ein Pauschal-System, sondern auch ausdifferenzierte Mindestlohnstrukturen.

Abzug der Kosten

Ein weiteres Problem, von dem in vielen Mitgliedstaaten berichtet wird, betrifft die (teilweise unverhältnismäßig hohen) Abzüge von Reise-, Unterbringungs- und sonstigen Kosten von den Löhnen der Arbeitnehmer/innen. Dieses Problem wird behandelt in:

Erwägungsgrund 9:

„Um sicherzustellen, dass ein entsandter Arbeitnehmer ordnungsgemäß entlohnt wird, und sofern Entsendezulagen als Teil des Mindestlohns angesehen werden können, sollten diese Zulagen nur dann vom Lohn in Abzug gebracht werden, wenn dies im nationalen Recht, in Tarifverträgen und/oder den Gepflogenheiten des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehen ist.“

Und Artikel 11 Abs.5:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die notwendigen Mechanismen vorgesehen sind, um für entsandte Arbeitnehmer Folgendes zu gewährleisten: (...)

²⁹ Ein wichtiges Ergebnis unserer Studie war, dass die Auslegung der Konzepte 'Mindestlohnsätze' und 'Mindestlohn' ungewiss ist. Dies ist vor allem mit Blick auf universal angewandte Tarifregelungen wichtig.

³⁰ (Siehe auch Erwägungsgrund (8): „Den Gewerkschaften kommt bei der Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen eine wichtige Rolle zu, da die Sozialpartner – im Einklang mit nationalem Recht und/oder den nationalen Gepflogenheiten – die unterschiedlichen Niveaus der anzuwendenden Mindestlohnsätze (alternativ oder gleichzeitig) bestimmen können.“ Urteil vom 15.4.2008, Fall C-268/06, Impact, insbesondere unter Rn.123 und 129)

(b) die Erstattung von – im Verhältnis zum Nettoarbeitsentgelt oder der Qualität der Unterbringung – unvertretbar hohen Beträgen, die für die vom Arbeitgeber organisierte Unterbringung vom Arbeitsentgelt einbehalten oder abgezogen wurden.“

8. Schlussbemerkungen

Es wäre angebracht, der Durchsetzungsrichtlinie ein ‚Regressionsverbot‘³¹ hinzuzufügen, wie bereits durch den Ausschuss der Regionen gefordert wurde. Dies würde verhindern, dass die Umsetzung der Richtlinie bereits erreichte Schutzniveaus in den Wirkungsbereichen der Richtlinie verringern würde, besonders bezüglich des Systems gesamtschuldnerischer Haftung, von dem in Artikel 12 der Richtlinie die Rede ist.

Die Kommission möchte natürlich nicht beschuldigt werden, mit einer Hand zu geben, während die andere nimmt – es gibt jedoch noch eine Menge zu tun. Um den ‚Schutz von entsendeten Arbeiternehmern/innen wirklich zu ‚verstärken‘, sollte sich der Vorschlag auf konstruktive Maßnahmen konzentrieren und nicht die restriktiven. Anstatt höchste Anforderungen (Obergrenzen) durchzusetzen, sollten Mindestharmonisierungen angestrebt werden.

Andernfalls wird der Vorschlag der Durchsetzungsrichtlinie lediglich ein „Pflaster auf einer klaffenden Wunde“ sein.

Übersetzung aus dem Englischen: Anika Koziki und Sebastian Baunack

³¹Die Durchführung dieser Richtlinie ist unter keinen Umständen ein hinreichender Grund zur Rechtfertigung einer Senkung des allgemeinen Schutzniveaus für Arbeitnehmer in den von dieser Richtlinie abgedeckten Bereichen. Dies gilt unbeschadet der Rechte der Mitgliedstaaten und/ oder der Sozialpartner, angesichts sich wandeln der Bedingungen andere Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder vertragliche Regelungen festzulegen als diejenigen, die zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Richtlinie gelten, sofern die Mindestvorschriften dieser Richtlinie eingehalten werden.

Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung und Arbeitnehmerüberlassung

Nachfragen

Frau Dr. Böning wurde gefragt, wie erfolgreich die Arbeit der Beratungsbüros ist und ob sich die Zusammensetzung und Probleme der Arbeitnehmer aus Polen, die die Beratungsbüros aufsuchen, nach Herstellung der vollen Freizügigkeit am 1.5. 2011 geändert haben.

Sie antwortete, das Berliner Büro für entsandte Beschäftigte sei in Zusammenarbeit von DGB und Land Berlin als erste Beratungsstelle gebildet worden. Inzwischen gebe es über das Projekt "Faire Mobilität" mehrere Beratungsbüros in verschiedenen Städten. Das Berliner Büro habe im Jahr 2012 800 Fälle betreut, wobei nur drei Teilzeitstellen zur Verfügung gestanden hätten. Oft sei die Beweislage problematisch, weil es nur mündliche Vereinbarungen gebe und den Arbeitnehmern vielfach nur die Vornamen ihrer Ansprechpartner bekannt seien. Es seien aber auch Erfolge zu verzeichnen, wenn die Behauptungen belegbar seien. Besonders effektiv seien der Einsatz medienwirksamer Maßnahmen und der Hinweis auf die Generalunternehmerhaftung.

Im Jahr 2011 seien 80.000 "neue" sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse geschaffen worden, aber viele Arbeitnehmer hätten schon vorher illegal in Deutschland gearbeitet. Es kämen auch hochqualifizierte Arbeitnehmer. Die Bedingungen auf den Baustellen in Berlin hätten sich jedoch nach Ablauf der Übergangsfrist nicht geändert. Die Kontrolldichte der Behörden sei unzureichend, die Arbeitnehmer hätten unzureichende Rechtskenntnisse. Ein hoher Anteil der Arbeitnehmer arbeite mit Gewerbeschein. Bei Forderungen werde Druck ausgeübt, sie durch Rumänen oder Bulgaren zu ersetzen. Vieles werde hingenommen, da der Verdienst hier besser sei als etwa in Ostpolen.

Frau Taillandier und Herr Garcin wurden gefragt, wie sich der kollektive Rechtsschutz in Frankreich mit der Geltendmachung der individuellen Rechte durch den einzelnen Arbeitnehmer verbinde, ob die Gewerkschaften aus eigenem Recht klagen könnten, ob sie in Krisenzeiten auch Vereinbarungen zum Nachteil der Arbeitnehmer abschließen könnten, ob es bei grenzüberschreitenden Sachverhalten sinnvoll sei, wenn ein deutscher Betriebsrat oder eine deutsche Gewerkschaft vor einem französischen Gericht klage und wie hoch der Schadensersatzanspruch des zu Unrecht gekündigten Arbeitnehmers sei.

Sie erläuterten, im Fall des erwähnten Kollektivverfahrens gegen das Unternehmen Carrefour sei diesem eine Geldbuße auferlegt worden. Zugleich sei jedem Arbeitnehmer im Urteil ein Schadensersatz zugesprochen und dem Unternehmen aufgegeben worden, bei der Berechnung des Mindestlohns die Pausen außer Acht zu lassen. Im Fall des Kaufhauses Samartine sei nur der Sozialplan annulliert worden. In einem solchen Fall müssten Arbeitnehmer auch noch einzeln vor dem Conseil de Prud'hommes (Arbeitsgericht für Individualstreitigkeiten) klagen. In vielen Fällen erfüllten Arbeitgeber aber die Ansprüche ohne weiteren Individualprozess. Im Fall Samartine hätten jedoch alle Arbeitnehmer einzeln klagen müssen. Im Prinzip sei der kollektive Aspekt von den individualrechtlichen Folgen zu trennen. Die Zustimmung der Arbeitnehmer zu einer Klage der Gewerkschaften sei nicht erforderlich. Der Conseil de Prud'hommes sei paritätisch mit Laienrichtern besetzt. Wenn sie sich nicht einigten, trete ein Berufsrichter in das Richterkollegium ein. Ansonsten seien für Arbeitsrechtsstreitigkeiten die allgemeinen Zivilgerichte mit ihren meistens nicht im Arbeitsrecht spezialisierten Berufsrichtern zuständig.

Wenn ein deutsches Unternehmen eine Betriebsstätte in Frankreich unterhalte, sei es in jedem Fall vorstellbar, dass ein deutscher Betriebsrat oder eine deutsche Gewerkschaft vor einem französischen Gericht klage. Schwieriger sei es, wenn in Frankreich nur die unternehmerische

Entscheidungsgewalt angesiedelt sei. Dann stelle sich zumindest das Problem der Vollstreckung eines französischen Urteils.

Im Prinzip gebe es keine Möglichkeit, von höherrangigem staatlichen Arbeitsrecht oder allgemeingültigen Tarifverträgen auf nationaler Ebene oder Branchenebene auf einer niedrigeren Ebene zum Nachteil des Arbeitnehmers abzuweichen. Dies folge aus dem *ordre public social* mit seinem Günstigkeitsprinzip. Der Schadensersatz bei einer ungerechtfertigten Kündigung werde bei einem Arbeitsverhältnis von einer Dauer bis zu zwei Jahren frei festgesetzt. Danach seien mindestens sechs Bruttolöhne in Ansatz zu bringen, jedoch könnten die Richter auch darüber hinausgehen, indem sie z.B. die familiären Verhältnisse berücksichtigten. Bei den gerade zu Ende gegangenen Verhandlungen über einen nationalen Tarifvertrag zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen habe die Arbeitgeberseite eine genaue Festlegung des zu zahlenden Schadensersatzes je nach Dauer der Betriebszugehörigkeit gefordert, sei damit aber nicht erfolgreich gewesen.

Herr Cremers wurde gefragt, ob es in Belgien – anders als nach § 19 Abs. 2 AEntG – keine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Bereithaltung von Unterlagen gebe und ob auch in anderen Mitgliedstaaten die Generalunternehmerhaftung vorgesehen sei.

Er antwortete, in den meisten Mitgliedstaaten müssten die Unterlagen nicht am Ort sein. Sie müssten lediglich beigebracht werden. Bei Erstkontrollen sei es dann häufig so, dass gesagt werde, die Unterlagen würden vorgelegt und dann sei niemand mehr auffindbar. Es gebe acht oder neun Mitgliedstaaten, die eine gewisse Form der Solidarhaftung geregelt hätten. Die Generalunternehmerhaftung sei eines der wenigen Instrumente, die wirklich funktionierten.

Diskussion

Der Schwerpunkt der Diskussion lag darauf, ob der Rechtsschutz entsandter Arbeitnehmer in Deutschland durch eine Verbandsklage verbessert und durch welche sonstigen Maßnahmen eine bessere Durchsetzung des Rechts erreicht werden kann.

Herr Prof. Däubler machte darauf aufmerksam, dass die Verbandsklage nach § 15 Unterlassungsklagegesetz für arbeitnehmerähnliche Personen nicht ausgeschlossen sei. Dies könne ein interessanter Ansatz sein. Bedenkenswert sei auch, ob etwa bei der Unterschreitung des Mindestlohnes z.B. im Baugewerbe eine Verbandsklage nach dem UWG in Frage komme. Herr Prof. Wolf erklärte hierzu, dies seien interessante Ansätze. Das UWG finde inzwischen auch auf die Abwicklung bestehender Vertragsbeziehungen Anwendung. Es sei offen für neue Wege, nur müssten diese beschränkt werden. Die Verbandsklage sei ein Ersatz für mangelnde Staatsaufsicht. Bei allen Verbänden bestehe das Problem begrenzter Mittel. Deshalb scheuten sie im Allgemeinen größere Risiken und seien eher zu Klagen bereit, wenn die Erfolgsaussichten gut seien.

Eine Teilnehmerin merkte an, dass die Realität in den Arbeitsgerichtsverfahren die gesellschaftliche Realität nicht zureichend widerspiegele. Es gebe nach ihrem Eindruck bei den Klagen vor den Arbeitsgerichten eine Überrepräsentation des öffentlichen Dienstes. Aus dem Bereich der Privatwirtschaft fände ein Großteil der Arbeitnehmer den Weg überhaupt nicht zu den Gerichten oder nur in die 1. Instanz. Deshalb sei die Einführung der Verbandsklage nicht nur für entsandte Arbeitnehmer wichtig. Ein Teilnehmer ergänzte, häufiger als Klagen entsandter Arbeitnehmer seien wohl Klagen der Urlaubskasse des Baugewerbes.

Zu den Vorschlägen von Frau Nielebock wurde vor allem diskutiert, ob eine Übertragung der Regelung in § 17 Abs. 2 AGG auf das Arbeitnehmerentsendegesetz überhaupt den Wünschen der Gewerkschaften entspreche und davon Gebrauch gemacht würde. Frau Nielebock und auch Frau Prof. Schiek betonten, man dürfe aus der geringen Nutzung des § 17 Abs. 2 AGG nicht darauf schließen, dass das Instrument in der Arbeitnehmerentsendung ebenfalls nicht oder kaum genutzt werde. Frau Nielebock fügte hinzu, sie kenne keine Vorbehalte der Gewerkschaften dagegen. Allerdings müsse auch das einzelne Gewerkschaftsmitglied aktiv werden. Ein Klagerecht der

Gewerkschaften dürfe nicht dazu führen, dass diese dann für alle rechtlichen Probleme verantwortlich gemacht würden. Deshalb sei eine Beschränkung auf kollektive Sachverhalte sinnvoll.

Eine Teilnehmerin aus Österreich informierte darüber, dass sich in Österreich jeder Arbeitnehmer und jede Arbeitnehmerin von einem Mitglied des Betriebsrats oder der Arbeiterkammer vor den Gerichten vertreten lassen könnte. Die Beauftragung der Arbeiterkammern geschehe sehr häufig. Außerdem gebe es noch die besondere Feststellungsklage der Betriebsräte, soweit drei oder mehr Arbeitnehmer betroffen seien. Alle Fristen seien dann gehemmt. Wenn es sich um eine ungeklärte Rechtsfrage handle, könnten Gewerkschaften und Arbeiterkammern auch direkt vor dem Obersten Gericht klagen. Anscheinend seien die Klagemöglichkeiten der Gewerkschaften in Deutschland wesentlich geringer.

Einigkeit bestand darin, dass die entsandten Arbeitnehmer in ihren Sprachen informiert werden müssen, dass es aber noch wichtiger sei, direkt auf sie zuzugehen. Frau Prof. Schiek erklärte, wegen der potentiellen Kriminalisierung von Scheinselbständigen erreiche man in diesem Bereich mit Regulierung und Juridifizierung nicht viel. Wichtig sei insbesondere die Generalunternehmerhaftung. Ein Teilnehmer schlug vor, zu überlegen, ob Generalunternehmer nicht dazu verpflichtet werden sollten, einen bestimmten Betrag zu hinterlegen. Frau Dr. Böning berichtete hierzu, das "Motel One" am Berliner Hauptbahnhof hätte unbezahlte Billigkräfte aus Osteuropa eingesetzt. Etwa 100 Maurer hätten keine Vergütung erhalten. Als drei von ihnen die Beratungsstelle aufgesucht hätten, hätten sie ihre Mietunterkunft verlassen müssen. Der Generalunternehmer habe erklärt, er kenne den Mittelsmann nicht. Die Ansprüche hätten nicht durchgesetzt werden können, obwohl eine Nichtregierungsorganisation Geld für einen Anwalt gespendet habe.

Herr Prof. Pisarczyk verwies darauf, dass es in Polen eine wachsende Zahl von Scheinselbständigen gebe, die sehr schlechte Arbeitsbedingungen hätten. Ihre Verträge würden "Müllverträge" genannt. In Polen sei das Problem wahrscheinlich noch größer als in Deutschland. Ein Teilnehmer aus den Niederlanden erklärte, in den Niederlanden seien im Baubereich etwa 100.000 entsandte Beschäftigte tätig. Vor 10 Jahren habe der Anteil der (angeblich) Selbständigen bei 20 % gelegen. Inzwischen sei er auf 80 bis 90 % angewachsen. Es müsse hier in der Rechtsprechung eine Vermutungswirkung zugunsten der Arbeitnehmereigenschaft angewendet werden. Herr Cremers ergänzte, nach der Entsenderichtlinie werde es den Mitgliedstaaten überlassen, zu definieren, ob eine entsandte Person Arbeitnehmer oder selbständig sei. Leider kenne er kein Land, das diese Bestimmung umgesetzt habe.

In der Diskussion zu den Problemen im Bereich der häuslichen Pflege wies Herr Prof. Kohte auf ein Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg hin, in dem entschieden worden sei, dass Pflegevermittlungsagenturen sozialversicherungspflichtige Arbeitgeber seien. Frau Nielebock schlug vor, dass bei der Beschäftigung von Scheinselbständigen bei einer späteren Feststellung der Sozialversicherungspflicht der Arbeitgeber auch verpflichtet werden müsse, die Arbeitnehmerbeiträge zu tragen. Dieser müsse empfindlich getroffen werden. Es müsse eine Art Strafschadensersatz in derartigen Fällen geben. Herr Prof. Kohte stimmte dem zu und erklärte, es müsse auch das Insolvenzgeld entsprechend aufgestockt werden.

Zum Vortrag von Frau Prof. Houwerzijl erklärte Herr Prof. Kohte, die Durchsetzungsrichtlinie müsse auch eine bestimmte Mindestanzahl von Kontrollen vorsehen. In anderen europäischen Richtlinien, z.B. in der Produkthaftungsrichtlinie, gebe es entsprechende Vorschriften. Daraus müsse man lernen. Hierzu verwies Frau Prof. Houwerzijl darauf, dass der Entsenderichtlinie das Konzept der Mindestharmonisierung zugrunde liege. Herr Cremers bemerkte, man müsse dafür streiten, dass Sozialstandards in alle Bereiche der EU eingebracht würden. Heutzutage sei es noch so, dass bei sozialen Fragen gesagt werde, man solle sich an Kommissar Andor wenden. Wenn es um das Soziale gehe, spielten bei der EU-Kommission immer Überlegungen aus anderen Bereichen eine Rolle. Es sei aber nicht so, dass in den anderen Bereichen das Soziale berücksichtigt werde. Frau Prof. Schiek ergänzte, nach dem Lissabon-Vertrag sei das Soziale Voraussetzung für die Errichtung

des Binnenmarktes. Dies müsse umgesetzt werden. Frau Prof. Houwerzijl stimmte dem zu. Leider beruhe der Vorschlag zur Durchsetzungsrichtlinie auf dem altmodischen Konzept der Dienstleistungsfreiheit.

Tanja Keller, Achim Klueß, Meinhard Zumfelde, Ingrid Heinlein

Zur Person: Referentinnen und Referenten

Prof. Dr. Antonio Baylos Grau, Mitverfasser des Vortrags von Prof Trillo, geb. 1953 in Madrid, 1981 promoviert an der Universität Complutense von Madrid, Professor für Arbeits- und Sozialrecht an der UCLM seit Februar 1991, zurzeit an der Fakultät für Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaften von Ciudad Real. Direktor des Europäischen und Lateinamerikanischen Zentrums für den Sozialen Dialog (CELDs), Autor und Mitautor zahlreicher Monografien und sonstiger Veröffentlichungen. Direktor der Zeitschrift „Revista de Derecho Social“, Mitglied des Beirats weiterer europäischer und lateinamerikanischer Zeitschriften. Zurzeit Arbeit an einer Untersuchung zum Thema „Der Einfluss der ökonomischen Krise auf die Regulierung der Arbeit: Regulierungsmodelle und -richtlinien“ (2011-2013).

Dr. Marta Böning, geb. 1981 in Poznan (Polen). 2000-2005 Studium der Rechtswissenschaft an der Adam-Mickiewicz-Universität in Poznan. 2005-2006 Magisteraufbaustudium der Rechtswissenschaft an der Georg-August-Universität in Göttingen. 2007-2010 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Arbeitsrecht der Universität in Göttingen. 2007- 2010 Doktorandin des Europäischen Graduiertenkollegs der DFG „Systemtransformation und Wirtschaftsintegration im zusammenwachsenden Europa“. 2010 Promotion über die europäische Arbeitsrechts-harmonisierung an der Universität Mainz, 2010-2011 Aufbau und Betreuung des bundesweit ersten Beratungsbüros für entsandte Beschäftigte in Berlin. Seit 2013 wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Oldenburg, zuständig für das DFG- Forschungsprojekt „Rechtliche Rahmenbedingungen des grenzüberschreitenden Personaleinsatzes von Polen nach Deutschland am Beispiel der Pflegebranche“.

Jan Cremers is a former MEP. As European trade union leader (1988-2000) he was involved in the drafting of key parts of the EU labour legislation. He is working at the Amsterdam Institute for Advance Labour Studies (AIAS) at the University of Amsterdam and mainly dealing with projects related to European industrial relations, the free movement of workers, workers participation and European company law. His latest book „In search of cheap labour in Europe“ was published in 2011 by i-books.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen. Buch- und Zeitschriftenveröffentlichungen insbesondere zum Arbeitsrecht. Zahlreiche Gastprofessuren, u.a. 1987 und 1990 in Paris X (Nanterre), 1995 Antwerpen, 1996 Bordeaux, 2005 - 2007 Tongji-Universität Shanghai. 2006 und 2007 Trento, seit 2010 China - EU School of Law in Beijing. Mitglied im Aufsichtsrat und Kreditausschuss der Bremer Landesbank, Beratungstätigkeit zum Arbeitsrecht in Kirgistan (1994/1995), Slowenien (1998-2002), Vietnam (2002-2011), China (seit 2004) und der Mongolei (seit 2011). Gastvorträge und Beratungseinsätze in Lateinamerika.

Yves Garcin. Formé à l'École Nationale de la Magistrature et adhérent au Syndicat de la Magistrature. Yves Garcin a eu, à partir de 1974. une carrière de juge du siège. principalement comme juge de premier degré, et aussi comme juge d'appel avec une prédilection pour les litiges de droit du travail, de nature individuelle comme juge départiteur dans des conseils de prud'hommes, et surtout collective (contentieux des élections professionnelles, des droits des représentants du personnel et des moyens de l'action syndicale. notamment dans le cadre de mouvements de grève). Dans ses dernières années à la Cour d'Appel de Paris il a aussi connu du droit du travail pénal. sanctionnant le non-respect des conditions d'embauche et d'exécution du contrat de travail, les accidents du travail, les comportements de harcèlement et encore la méconnaissance des droits syndicaux.

Übersetzung: Ausgebildet an der Richterschule Frankreichs und Mitglied der Richter-gewerkschaft „Syndicat de la Magistrature“ hat Yves Garcin 1974 seine Karriere als Richter begonnen. Zunächst prinzipiell als Richter 1. Instanz, dann aber auch als Richter in der Berufungsinstanz hat er sich mit Vorliebe arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gewidmet, und zwar im Rahmen von Arbeitsrechtsprozessen individueller Natur als entscheidender Richter am Conseil de

Prud'hommes, aber besonders auch bei kollektiven Rechtskonflikten (betreffend Wahlen zu Arbeitnehmervertretungen, in Bezug auf Rechte von gewählten Arbeitnehmervertretungen und von Gewerkschaften, insbesondere im Rahmen von Streikaktionen). In den letzten Jahren hat er sich am Cour d'Appel von Paris auch mit Arbeitsstrafrecht befasst, welches Sanktionen vorsieht bei der Missachtung von Vorschriften zur Einstellung von Arbeitnehmern, bei der Durchführung des Arbeitsvertrages, zur Vermeidung von Arbeitsunfällen, bei Mobbing und Nichtbeachtung von Gewerkschaftsrechten.

Prof. Dr. Mijke Houwerzijl is professor of Labour Law at Tilburg University. She also holds a chair in Comparative and European Labour Law at the University of Groningen. She studied law at the University of Amsterdam and worked for four years as a legal practitioner, specialising in employment law, civil litigation and social security law. In 2005 she completed her doctorate on the background, content and implementation of the Posting of Workers Directive at Tilburg University. She is a member of the editorial board of two Dutch academic journals in labour law (TRA and online journal ARBAC) and chairs the Dutch department of the International society for Labour and Social Security Law (ISLSSL). She has written widely on Dutch and EU labour law, employment law and social policy, with an emphasis on issues concerning workers mobility, labour migration and enforcement of labour law. She was recently involved as a lead researcher and coordinator in three major commissioned research projects of the European Commission on the legal aspects of posting of workers. Other (applied) research includes contribution to the FORMULA-project of the University of Oslo, a report on the application of the Dutch collective agreement for the transport by road sector to different modalities of transnational employment and a study for the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Dublin) on „Liability in subcontracting processes in the European construction sector“.

Prof. Dr. Wolfhard Kohte has been appointed professor of law at the Heinrich-Heine-University Düsseldorf in 1991. Since 1992, he is professor for private law, German and European Labour Law, Company and Social Security Law at the Martin-Luther-University Halle-Wittenberg. He published various articles, commentaries and books concerning German and European health and safety law, consumer insolvency and the law on codetermination and industrial constitution. He is one of the directors of the multi-disciplinary institute “Medicine-Ethics-Law” of Martin-Luther-University. For over ten years now, he is participating in the Collaborative Research Centre 580 of the University of Halle and the Friedrich-Schiller-University in Jena which examines social developments after the change of regimes in Eastern Germany and other post-socialist societies.

Helga Nielebock, nach dem 2. juristischen Staatsexamen Tätigkeit als DGB-Rechtssekretärin und anschließend juristische Sachbearbeiterin in der Rechtsabteilung des Hauptvorstandes der Gewerkschaft Holz und Kunststoff. Jetzige Tätigkeiten und Funktionen: Abteilungsleiterin der Abteilung Recht beim DGB-Bundesvorstand, VB 01 Michael Sommer, ehrenamtliche Referentin in der gewerkschaftlichen Bildungsarbeit, ehrenamtliche Richterin am Bundesarbeitsgericht, Mitglied des Großen Senats. Zahlreiche Veröffentlichungen in juristischen Fachzeitschriften und Buchbeiträge.

Prof. Dr. Lukasz Pisarczyk, born 1974, 2001 Doctor degree at the Warsaw University (thesis entitled „Transfer of Undertaking“), 2009 Habilitation degree at the Warsaw University (thesis entitled „Risk of the Employer“). 2011 Professor position at the Warsaw University, Faculty of Law and Administration, Labour Law and Social Security Department. He is General Secretary of the Polish Section of the International Society for Labour and Social Security Law. Publications in Polish, German and English, for example „Probleme der Umsetzung des europäischen Arbeitsrechts in Polen“ (Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2/2009), „Neuerungen im polnischen Arbeitsrecht“ (Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2/2010). „Fixed-term Employment Contracts in Poland - in Search of Equilibrium between Flexibility and Protection“ (Labour Regulation in the 21st Century. Cambridge Scholar Publishing 2012).

Prof. Dr. Dagmar Schiek, University of Leeds, is Chair for European Law & Policy)“ holds an ad personam Jean Monnet Chair and is the Director of the Centre of European Law and Legal Studies. She has been a visiting professor and guest lecturer at various universities, including London School of Economics and Maastricht University. Her research interests lie in the field of European

Economic and Social constitutionalism, new forms of governance in the EU involving civil society und European and international equality law. Her recent book publications include „European Non-Discrimination Law and Intersectionality“ (2011), „European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon“ (2011) and „Economic and Social Integration: The Challenge for EU Constitutional Law“ (2012). She is a member of IUS COMMUNE research school (founded by the University of Utrecht, Leiden, Amsterdam, Maastricht and Rotterdam), of the editorial board of the Maastricht Journal for Comparative and European Law and of „Kritische Justiz“ (Critical Legal Studies, Germany).

Übersetzung: Prof. Dr. Dagmar Schiek, Universität Leeds, hat einen Lehrstuhl für Europäisches Recht und Politik, Jean Monnet ad personam Chair, und ist Direktorin des Zentrums für Europäisches Recht. Sie war Gastprofessorin an verschiedenen Universitäten, u.a. an der London School of Economics und der Universität Maastricht. Ihre gegenwärtigen Forschungsschwerpunkte sind EU Wirtschafts- und Sozialintegration aus konstitutioneller Perspektive, Governance und Zivilgesellschaft in der EU und internationales und EU Anti-Diskriminierungsrecht. Zu ihren jüngsten Buchveröffentlichungen gehören „European Non-Discrimination Law and Intersectionality“ (2011), „European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon“ (2011) und „Economic and Social Integration: The Challenge for EU Constitutional Law“ (2012). Sie ist Mitglied des IUS COMMUNE Forschungsinstituts (gegründet von den Universitäten Utrecht, Leiden, Amsterdam, Maastricht und Rotterdam), des Herausgebergremiums des Maastricht Journal for Comparative and European Law und der Zeitschrift „Kritische Justiz“.

Catherine Taillandier. Issue de l'Ecole Nationale de la Magistrature et membre du Syndicat de la Magistrature. Catherine Taillandier a choisi de se consacrer, en premier lieu à la justice de proximité en étant affectée dans un tribunal d'instance où elle a pu découvrir le droit du travail. Après un passage au Conseil de Prud'hommes qui connaît des litiges individuels du travail, elle s'est consacrée principalement aux contentieux collectifs, jugeant des litiges relatifs aux droits des syndicats, des comités d'entreprise et à la défense collective des salariés (droit de grève), tant en première instance qu'en appel. Elle a clôturé sa carrière comme présidente d'une chambre de la Cour d'Appel de Paris et a contribué dans ce cadre, à l'élaboration de la jurisprudence sociale française.

Übersetzung: Ausgebildet an der Richterschule Frankreichs und Mitglied der Richterergewerkschaft „Syndicat de la Magistrature“ hat sich Catherine Taillandier zunächst der Rechtsprechung in erster Instanz gewidmet. Als Richterin eines Amtsgerichts entdeckte sie das Arbeitsrecht Nach einer vorübergehenden Tätigkeit am Conseil de Prud'hommes. der sich mit Individualstreitigkeiten im Arbeitsrecht befasst, widmete sie sich vornehmlich, sowohl in erster wie in zweiter Instanz, Kollektivstreitigkeiten im Arbeitsrecht. d.h. Fragen, die Gewerkschaftsrechte, Rechte der Arbeitnehmervertretungen und die Verteidigung von Arbeitnehmerrechten (Streikrecht) betreffen. Sie hat ihre Karriere als Präsidentin einer Sozialkammer der Cour d Appel von Paris abgeschlossen und auf diese Weise zur Weiterentwicklung des französischen Arbeitsrechts beigetragen.

Francisco Trillo Párraga, born 1976. Doctor of Jurisprudence („Forward Workers Statute: a working time view“), Associate professor of Labour Law at the Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, since December 2010 Teacher of Labour and Social Security Law at the Universidad de Castilla-La Mancha.

Some research projects: Participation on Integrated project Spain-Italy on Working time modernization within gender equality politics. Participation on „Employment guarantees in collective bargaining in Spain“. Last publications: „Social and Juridical Constructions of Working time“ (2010), „Economics Migrations in Spanish Legal System“ (Revista Derecho Social - Latinoamérica. 2011), „The impact of anti-crisis measures and the social and employment situation in Spain“ (European Economic and Social Committee. 2011). „Economical dismissal in the public sector“ (Revista de Derecho Social. 2012),

Prof. Dr. Christian Wolf, geb. 1958 in München, nach dem Abschluss des zweiten juristischen Staatsexamens in München zunächst Rechtsanwalt in einer international-wirtschaftsrechtlichen Anwaltskanzlei in München, von 1989 bis 1992 im höheren bayerischen Justizdienst tätig, überwiegend als Richter in einer Zivilkammer am Landgericht München 1. 1991 Promotion („Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit“), 1998 Habilitation („Gerichtspflichtigkeit durch Vermögen“), Seit 2000 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches

und Internationales Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Hannover.
2001-2006 Richter am Oberlandesgericht Celle im 2. Hauptamt. Seit 2004 wissenschaftliches
Gastmitglied der Arbeitsgruppe der Bundesrechtsanwaltskammer zum Europäischen
Vertragsrecht/gemeinsamer Referenzrahmen, seit 2005 Geschäftsführender Direktor des Instituts
für Prozess- und Anwaltsrecht und seit 2006 zivilrechtlicher Herausgeber der Juristischen
Arbeitsblätter (JA).



**Ministerium für Arbeit
Integration und Soziales
des Landes Nordrhein-Westfalen**



**Ministerin für Bundesangelegenheiten,
Europa und Medien
des Landes Nordrhein-Westfalen**



Tagung Soziale Dimension Europas

Europäische arbeitsrechtliche Entwicklungen
Arbeitnehmerentsendung und Arbeitnehmerüberlassung

25.01. / 26.01.2013

Konferenzzentrum des Ministeriums für Arbeit, Integration und Soziales NRW
Fürstenwall 25, 40219 Düsseldorf

Tagungsprogramm

Freitag, 25.1.2013

13:00 Uhr Registrierung der Teilnehmenden, Imbiss

14:00 Uhr **Begrüßung und kurze Einführung**
Ingrid Heinlein, Neue Richtervereinigung

14:10 Uhr **„Faire Mobilität ohne Sozialdumping“**
Guntram Schneider
Minister für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen

14:25 Uhr **„Die Europäische Union als sozialer Rechtsraum“**
Dr. Angelica Schwall-Düren
Ministerin für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien
des Landes Nordrhein-Westfalen

Arbeitsrechtliche Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene

Moderation: Martin Wenning-Morgenthaler, Neue Richtervereinigung

14:40 Uhr **„A constitution of social governance: Die Kluft zwischen der
Wirtschaftsverfassung der EU und ihren sozialen Werten überbrücken“**
Prof. Dr. Dagmar Schiek, Universität Leeds

Diskussion

„Die EU und die Arbeitsrechtsreformen in Spanien“
Prof. Dr. Antonio Baylos Grau/Prof. Dr. Francisco Trillo, Universität Ciudad Real

**„Flexibilisierung des polnischen Arbeitsrechts in Zeiten
der europäischen Krise“**
Prof. Dr. Lukas Pisarczyk, Universität Warschau

Diskussion

16:30 Uhr Kaffeepause

17:00 Uhr **„Soziale Mindeststandards im Primärrecht der EU“**
Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

Diskussion

18:00 Uhr Ende des ersten Veranstaltungstages

19:00 Uhr Abendessen in einem Düsseldorfer Traditionslokal

9:15 - 9:25 Uhr Ankunft der Teilnehmenden

**Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung und
Arbeitnehmerüberlassung**

Moderation: Martin Wenning-Morgenthaler, Neue Richtervereinigung

I. Gerichtlicher Rechtsschutz

9:30 Uhr **“ Warum entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen den Weg zu den
Gerichten nicht finden”**

Dr. Marta Böning, Universität Oldenburg

(zuvor Beratungsbüro für entsandte Beschäftigte in Berlin)

„Kollektiver Rechtsschutz im Arbeitsrecht Frankreichs“

Vors. Richterin a.D. Catherine Taillander und Vors. Richter a.D. Yves Garcin, Paris

**„Gewinnabschöpfungs- und Unterlassungsklage
als Vorbild für einen neuen kollektiven Rechtsschutz im Arbeitsrecht“**

Prof. Dr. Christian Wolf, Universität Hannover

**“Effektiver Rechtsschutz für grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer
durch Beteiligung von Gewerkschaften an Gerichtsverfahren ? - Art. 11 des
Vorschlags der EU-Kommission zur Durchsetzung der Arbeitnehmer-
Entsenderichtlinie”**

Ass. jur. Helga Nielebock, Leiterin der Abteilung Recht beim DGB Bundesvorstand

Diskussion

11:30 Uhr Kaffeepause

II. Umgehung von Mindestlöhnen und des equal-pay-Prinzips

12:00 Uhr **“Strategien zur Umgehung von Mindestlöhnen und des equal-pay-Prinzips bei
der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung”**

Jan Cremers, Universität Amsterdam

„Besondere Probleme im Bereich der häuslichen Pflege“

Dr. Marta Böning

**“ Scheinwerkverträge und Scheinselbständigkeit zur Umgehung von
Arbeitsschutz, Mindestlöhnen und equal-pay-Prinzip – Rechtliche Regelungen
und ihre Durchsetzung in der Praxis in Deutschland”**

Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Universität Halle/Saale

Diskussion

13:10 Uhr **Vortrag “Wirksame Bekämpfung von Strategien zur Umgehung nationaler
Mindestlöhne durch den Vorschlag der EU- Kommission für eine Richtlinie zur
besseren Durchsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie ?”**

Prof. Dr. Mijke Houwerzijl, Universität Groningen und Law School Tilburg

Diskussion

14.00 Uhr Mittagessen

15.00 Uhr

Zusammentreffen der in MEDEL organisier-



Ministerin für Bundesangelegenheiten,
Europa und Medien
des Landes Nordrhein-Westfalen
Stadttor 1
40190 Düsseldorf
www.europa.nrw.de

Ministerium für Arbeit, Integration
und Soziales
des Landes Nordrhein-Westfalen
Fürstenwall 25
40219 Düsseldorf
www.mais.nrw.de

