



Vom Sozialen Dialog zum europäischen Kollektivvertrag?

von Prof. Dr. *Volker Rieble* und Dr. *Sebastian Kolbe*, München*

I. Kommissionsinitiative für einen optionalen Tarifrechtsrahmen

1. „Sozialpolitische Agenda“ der EU-Kommission

Im Rahmen der „Sozialpolitischen Agenda“ der Kommission der Europäischen Union (EU)¹ „engagiert sich [diese] in vollem Umfang für die Modernisierung und Entwicklung des europäischen Sozialmodells sowie für die Förderung des sozialen Zusammenhalts als Bestandteil der Lissabonner Strategie wie auch der Strategie für nachhaltige Entwicklung“. Die Kommission will mehr Vertrauen schaffen, der Europa-Skepsis der Völker der Mitgliedsstaaten begegnen und strebt deshalb eine „Verbesserung der kollektiven Fähigkeit, zu handeln und allen neue Chancen zu bieten“² an. Als lediglich vierten Schritt im Rahmen ihrer Strategie nennt die Kommission die „stärkere Anbindung der Europäischen Beschäftigungsstrategie (EBS) an die Entwicklung des Rechtsrahmens und der Vereinbarungen der Sozialpartner; diese könnte für eine größere Anpassungsfähigkeit der Arbeitskräfte sorgen und Maßnahmen zur Förderung des lebenslangen Lernens und zur Modernisierung der Arbeitsorganisation unterstützen“³. Sodann bekennt sich die Kommission zu zwei Schwerpunkten. Nach der Vollbeschäftigung (!) folgt die „Neue Dynamik der Arbeitsbeziehungen“. Dort soll unter der Rubrik „Auf dem Weg zu einem europäischen Arbeitsmarkt“ zu einem „optionalen europäischen Rahmen für transnationale Kollektivverhandlungen“ gefunden werden:

„Die Bereitstellung eines optionalen Rahmens für transnationale Kollektivverhandlungen auf Unternehmens- oder auf Branchenebene könnte den Unternehmen und Branchen bei der Bewältigung von Problemen in den Bereichen Arbeitsorganisation, Beschäftigung, Arbeitsbedingungen oder Fortbildung helfen. Dieser wird den Sozialpartnern eine Grundlage für den Ausbau ihrer Handlungsfähigkeit auf transnationaler Ebene bieten. Damit wird ihnen ein innovatives Instrument an die Hand gegeben, das ihnen die Anpassung an gewandelte Umstände und die Konzeption kostenwirksamer transnationaler Lösungen ermöglicht. Dieser Ansatz ist in der Priorität „Partnerschaft für den Wandel“ der Lissabonner Strategie fest verankert. Die Kommission plant die Annahme eines Vorschlags, der darauf abzielt, den

* Professor Dr. Volker Rieble ist Universitätsprofessor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht sowie Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU). Dr. Sebastian Kolbe ist Wissenschaftlicher Assistent am ZAAR.

¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Mitteilung Sozialpolitische Agenda, KOM(2005) 33 endgültig, 9.2. 2005 (http://ec.europa.eu/employment_social/social_policy_agenda/spa_de.pdf).

² Kommission der Europäischen Gemeinschaft (Fn. 1) unter 1.1., S. 3.

³ Kommission der Europäischen Gemeinschaft (Fn. 1) unter 2.1., S. 7.

Sozialpartnern ein Instrument an die Hand zu geben, das es ihnen ermöglicht, grenzübergreifend Kollektivverhandlungen zu führen und die dabei erzielten Ergebnisse zu formalisieren. Es ist wichtig, dass ein solches Instrument existiert, wenngleich es den Sozialpartnern überlassen bleiben wird, ob sie es nutzen wollen.“⁴

Die Bundesregierung „begrüßt“ in ihrer Stellungnahme dieses Vorhaben und meint mit der Kommission, „dass die *Partnerschaft* staatlicher Stellen, der Sozialpartner und der Zivilgesellschaft den Schlüssel zum Erfolg der politischen Maßnahmen auf europäischer Ebene bildet“. Sie betont aber auch, dass „Akteure der Beschäftigungs- und Sozialpolitik im Rahmen der EU primär die einzelnen *Mitgliedstaaten* sind, in deren Zuständigkeit diese Politikbereiche im Wesentlichen fallen“. Zudem äußert sie „erhebliche Bedenken [...] im Hinblick auf die angekündigte Bereitstellung eines Rahmens für transnationale Kollektivverhandlungen auf Unternehmens- oder Branchenebene, auch wenn er nur optional ausgestaltet werden soll. Angesichts der erheblichen Unterschiede in den Mitgliedstaaten sowohl im Tarif- als auch im Arbeitskampfrecht, ist das Verhältnis eines solchen Instruments zum Recht der Mitgliedstaaten nicht im Rahmen eines ‚optionalen Instruments‘ zu klären. Hier bedarf es zunächst einer vertieften juristischen Diskussion.“⁵

2. Studie zu transnationalen Kollektivverhandlungen

Im Auftrag der Kommission hat eine Wissenschaftler-Gruppe unter der Leitung von Professor *Edoardo Ales* – Universität Cassino, Italien⁶ – eine Studie über „transnational collective bargaining: past, present and future“ (Transnationale Kollektivverhandlungen: Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft) in englischer Sprache erstellt⁷. Die Studie befürwortet rechtsverbindliche transnationale Kollektivverträge auf Unternehmens- oder sektoraler Ebene. Den Weg dazu soll ein Rechtsakt der Gemeinschaft ebnen – autonome Entwicklungen hin zu einem transnationalen System von Kollektivverhandlungen auf freiwilliger Basis seien nicht ersichtlich; sie werden letztlich als unrealistisch eingestuft⁸.

Die Studie besteht aus zwei Teilen. Der erste begutachtet und bewertet existierende transnationale Regulierungsinstrumente in Europa. Der zweite Teil begründet die Notwendigkeit des geforderten optionalen Rechtsrahmens und skizziert dessen wesentliche Bestandteile. Ausgangspunkt des ersten Teils ist die Feststellung, die EU-Kommission habe bereits 1996 die Bedeutung eines europäischen Sozialen Dialogs auch auf sektoraler Ebene ausdrücklich betont und sei seitdem darum bemüht, den

⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaft (Fn. 1) unter 2.1., S. 9.

⁵ <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/stellungnahme-der-bundesregierung-zur-mitteilung-der-kommission-sozialpolitische-agenda.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁶ Weitere Mitglieder: *Samuel Engblom*, Schwedischer Nationaler Arbeitsmarktrat; *Teun Jaspers*, Universität Utrecht; *Sylvaine Laulom*, Universität Saint-Etienne; *Silvana Sciarra*, Universität Florenz; *André Sobczak*, Audencia Nantes School of Management; *Fernando Valdés dal-Ré*, Universität Madrid. Unterstützt wurde die Gruppe von *Ulrich Zachert*, Universität Hamburg – als „externem Experten“. Der Abschlussbericht wird verantwortet von *Ales, Engblom, Jaspers, Laulom, Sciarra, Sobczak, Valdés dal-Ré*.

⁷ http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf.

⁸ *Ales*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR) 2007, 150, 153: „[...] ist eine gesetzgeberische Entscheidung der auf Gemeinschaftsebene angesiedelten Organe die einzig denkbare Lösung.“

Implementierungsprozess voranzutreiben. Die Studie unterzieht sowohl den historischen Hintergrund transnationaler Verhandlungen als auch die transnationalen Abkommen der Gegenwart einer ausführlichen Auswertung. Im Mittelpunkt stehen der Soziale Dialog auf sektoraler Ebene und dessen steigende Bedeutung. Detailliert beschrieben wird insbesondere die Arbeit der von der EU-Kommission ins Leben gerufenen Ausschüsse, der sogenannten Sectoral Social Dialogue Committees (SSD Committees). Deren bisheriges Wirken, welches sich in 225 gemeinsam erarbeiteten Dokumenten widerspiegelt, unterstreichen die Autoren als „erfolgreich“⁹, ohne ihre Bewertungskriterien offen zu legen. Die *Ales*-Kommission hält diesen Sozialpartnerdialog auf sektoraler Ebene für repräsentativ. Auch die Verhandlungslösungen für den Europäischen Betriebsrat¹⁰ und nun auch für die Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE)¹¹ seien bereits transnational wirksame Verträge, beschränkt auf Unternehmen und Konzerne.

Als potenzielle Verhandlungsakteure in einem europäischen Kollektivvertragssystem sieht die *Ales*-Gruppe europäische Gewerkschaften und Arbeitgeberorganisationen auf sektoraler oder multi-sektoraler Ebene an. Diese sollen nicht selbst verhandeln, sondern ein gemeinsames Verhandlungsgremium nach dem Vorbild der europäischen Mitbestimmung auf betrieblicher und Unternehmensebene bilden. Die Verhandlungen sollen gemeinschaftsrechtlich geregelt werden: Aktuell stünden sich Verhandlungspartner auf verschiedenen Ebenen gegenüber, deren ungeklärtes Verhältnis zueinander den Boden für Missverständnisse und Konflikte bereite¹². Vor allem aber fehle ein rechtlicher Rahmen für transnationale Kollektivverträge („lack of a specific and comprehensive legal framework“), der das Verhandlungsverfahren, die Verhandlungspartner und insbesondere die Bindungswirkung der erzielten Ergebnisse festlegt.

Diesen Missständen könne mit einer *Richtlinie* über einen „optionalen rechtlichen Rahmen“ für transnationale Kollektivvereinbarungen auf Gemeinschaftsebene abgeholfen werden. Rechtsgrundlage soll *Art. 94 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)* (Richtlinie zur Angleichung von Rechtsvorschriften für den Gemeinsamen Markt) sein.

II. Ausgangssituation

Wer diesen Vorschlag bewerten möchte, muss die Ausgangssituation für transnationale Kollektivverträge in Europa näher betrachten. Das Kollektivvertragsrecht ist bislang Angelegenheit nur der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten. Das aktuelle europäische Recht kennt hingegen nur die Sozialpartnervereinbarungen nach Art. 139 EGV (dazu unter 3). Soweit mit dem Europäischen Betriebsrat (EBR) und dem SE-Betriebsrat transnationale Mitbestimmungsorgane errichtet sind, fehlt diesen die

⁹ *Ales et alii* (Fn. 7), S. 15.

¹⁰ Art. 4 ff. der Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.9. 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (Amtsblatt EG 1994 L 254/64).

¹¹ Art. 3 ff. der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10. 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (Amtsblatt EG 2001 L 294/22).

¹² *Ales et alii* (Fn. 7), S. 35.

Befugnis zum Abschluss normativ wirkender Kollektivverträge nach dem Muster der deutschen Betriebsvereinbarung¹³.

1. Arbeitsbedingungen als Wettbewerbsfaktor

a) Standortwettbewerb in Europa

Forderungen nach einem europäischen Kollektivvertragsrecht, wie sie bereits in den Sechzigerjahren des vorigen Jahrhunderts laut wurden¹⁴ und bis heute aktuell geblieben sind¹⁵, müssen vor dem Hintergrund sozialer Folgewirkungen der Europäisierung der Märkte und der damit verbundenen Intensivierung des Wettbewerbs gesehen werden: Auf dem europäischen Binnenmarkt stehen Unternehmen aus den verschiedenen Mitgliedstaaten in direkter Konkurrenz. Arbeitnehmer wählen frei, in welchem Mitgliedstaat sie ihre Arbeitskraft anbieten (Freizügigkeit, Art. 39 EGV). Arbeitgeber entscheiden, in welchem Land sie ihre Waren produzieren und absetzen oder Dienstleistungen erbringen (Niederlassungsfreiheit, Art. 43 EGV; Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 ff. EGV und Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 EGV) – und damit auch, in welchem Mitgliedstaat sie Arbeit nachfragen. Vor allem aber gehen Arbeitskosten – also Lohnkosten, die Kosten der Sozialversicherungssysteme und die Kosten des Arbeitsrechtsschutzes – kalkulatorisch in die Kosten der Güter- und Dienstleistungen ein. Der Gütermarkt Wettbewerb schlägt auf die Arbeitskosten durch – das ist der klassische Standortwettbewerb. Die Wettbewerbsfreiheit des Europäischen Marktes prägt den Arbeitsmarkt also gleich doppelt. Das europäische Recht hatte von Anfang an die gütermarktbezogene Wettbewerbsdimension der Arbeitsbedingungen im Blick: Vor allem die Lohngleichheit von Mann und Frau nach Art. 141 Abs. 1 EGV war primär wettbewerbspolitisch inspiriert: Die Nivellierung des Schutzniveaus sollte den Wettbewerb über die Schutzkosten beschränken¹⁶. Die frühe europäische Sozialpolitik konzentrierte sich dagegen auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit¹⁷ – und damit auf die Wettbewerbsfreiheit.

b) Wettbewerbswirkung transnationaler Tarifverträge

Diese Diskrepanz könnten transnationale Tarifverträge auf europäischer Ebene ausgleichen, indem sie gleichförmige Arbeitsbedingungen im Gemeinschaftsgebiet schaffen und so den Lohnkostenwettbewerb minimieren. In diese Richtung denken die Autoren der *Ales*-Studie, wenn sie als vermeintlich bestechendes Argument für den „optionalen Rechtsrahmen“ dessen Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Ländern der Europäischen Gemeinschaft (EG) anführen: Der „richtige, gute“ Wettbewerb soll nur über die Qualität der Produkte stattfinden, nicht aber über die

¹³ Mit Blick auf den EBR *Horcher*, Internationale betriebliche Vereinbarungen, 2004, S. 263; *Joost*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 3, 2. Aufl. 2000, § 366 Rn. 114. Anders *Schiek*, Recht der Arbeit (RdA) 2001, 218, 233 f.; *Däubler*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl. 2008, § 18 EBRG Rn. 14; kritisch hierzu wiederum *Weiss*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2003, 177, 180.

¹⁴ Etwa *Sadtler*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1969, 962, 962 ff.

¹⁵ Vgl. *Kocher*, Arbeit und Recht (AuR) 2008, 13, 13.

¹⁶ *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 291.

¹⁷ *Steinmeyer*, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, § 11 Rn. 2.

Arbeitsbedingungen in unterschiedlichen Staaten – weshalb die Standardisierung von Arbeitsbedingungen auf Gemeinschaftsebene ermöglicht werden müsse¹⁸. Verkannt wird dabei, dass auch der transnationale Standortwettbewerb ein marktkonformes Element und daher keinesfalls a priori abzulehnen ist¹⁹. Zudem darf der Vergleich der Standorte nicht nur isoliert aus dem Blickwinkel der Arbeitsbedingungen, insbesondere der Lohnkosten, gesehen werden – auch die Infrastruktur und das Qualifikations- und Leistungsniveau der hiesigen Arbeitnehmer sind in Betracht zu ziehen²⁰. Könnten Arbeitsbedingungen heute schon mit bindender Wirkung in allen Mitgliedstaaten festgelegt werden, steht eine stetige Angleichung „nach oben“ zu erwarten – zum Nachteil der Länder mit niedrigen Arbeitsbedingungen, denen so gezielt der einzige Wettbewerbsvorteil niedriger Arbeitsentgelte und längerer Arbeitszeiten entzogen würde.

Zudem: Solange die Tarifgeltung freiwillig ist, lässt sich der Wettbewerb auf diese Weise nicht beschränken²¹ – und jedenfalls auf Arbeitgeberseite ist eben dies in den EG-Staaten die Regel²². Überlastende Tarifverträge sind ein Wettbewerbsnachteil und lösen einen Anreiz zur Tariffucht aus. Insofern also ist der transnational geltende – eben „europäische“ – Tarifvertrag von vornherein nur beschränkt geeignet, den Standortwettbewerb auch nur innerhalb der EU zu mildern. Möglich wäre dies nur durch staatliche Tariferstreckung auf Außenseiter²³.

2. Nationalstaatlichkeit der Tarifrechtssysteme

Gleichwohl ist es ein – im Kern – berechtigtes Anliegen, der Tarifautonomie²⁴ auch grenzüberschreitend einen Rechtsrahmen zur Verfügung zu stellen, der die Regelung von Arbeitsbedingungen über die schon heute mögliche grenzüberschreitende Tarifkoordination und den Abschluss paralleler Kollektivverträge²⁵ hinaus auf der Basis genuin „europäischer“ Kollektivvereinbarungen²⁶ ermöglicht. Eine entsprechende Regelung im Gemeinschaftsrecht scheiterte bislang an den gravierenden Unter-

¹⁸ Vgl. die Argumentation bei *Ales et alii* (Fn. 7), S. 34.

¹⁹ Vgl. zum Standortwettbewerb auf europäischer Ebene *Rieble* (Fn. 16), Rn. 290 ff.

²⁰ Auch hierzu *Rieble* (Fn. 16), Rn. 282 ff.

²¹ Deswegen sieht der Bundesgerichtshof (BGH) auch den Tarifbruch per se nicht als unlauteren Wettbewerb an; BGH 3.12.1992 – I ZR 276/90, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 120, 320 = NJW 1993, 1010 = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1993, 458.

²² Tarifverträge gelten in den romanischen Ländern grundsätzlich für alle Arbeitnehmer, „erga omnes-Wirkung“. Dagegen kennt nur das österreichische Recht eine uneingeschränkte Zwangstarifizierung auf Arbeitgeberseite, weil die Arbeitgeber dort Pflichtmitglied in den tarifschließenden Kammern (alternativ in der tarifschließenden frei gebildeten Berufsvereinigung) sind. Dazu *Rebhahn*, Das Recht der Arbeit (DRdA) 2001, 103, 107.

²³ Zur Frage, ob die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) Wettbewerb unterbinden sollen, *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 5 Rn. 8 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

²⁴ Zur Tarifautonomie als europäischem Grundrecht *Birk*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1997, 453, 455: ungeschriebenes supranationales Recht; *Däubler*, Festschrift Hanau, 1999, S. 489, 495; anders *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2008, § 10 Rn. 8: ehe nicht Art. 28 der Grundrechte-Charta in Kraft trete, fehle es an einer gemeinschaftsrechtlichen Garantie.

²⁵ Hierzu noch V 2 b.

²⁶ Zur Terminologie der europäischen Kollektivvereinbarungen *Schiek*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 682.

schieden zwischen den einzelstaatlichen Tarifvertragssystemen, die einen gemeinsamen Nenner als Grundlage der Harmonisierung nicht erkennen lassen²⁷:

- So reicht die Bindungswirkung der getroffenen Vereinbarungen von der Gesetzeskraft in Frankreich über die normative Wirkung der Tarifverträge in Deutschland bis zum „gentlemen’s agreement“ in Großbritannien, ihr Anwendungsbe- reich orientiert sich grundsätzlich an der Mitgliedschaft im vertragschließenden Verband, erstreckt sich aber – etwa in Spanien oder Griechenland – unter gewis- sen Voraussetzungen schon kraft Gesetzes auch auf Außenseiter-Arbeitgeber. Ist die Tariferstreckung auf nicht organisierte Arbeitgeber im europäischen Vergleich die Ausnahme, so ist die (teils abgeschwächte) Außenseiterwirkung auf Arbeit- nehmerseite der Regelfall – das deutsche Erfordernis der doppelten Tarifbindung nach § 3 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) wirkt in Europa exotisch.
- Auch ist es keineswegs europaweit common sense, dass an die Fähigkeit, Partei eines Kollektivvertrags (insbesondere auf Arbeitnehmerseite) zu sein, besondere Anforderungen zu stellen wären. Soweit das einzelstaatliche Recht derartige Hür- den kennt, sind sie teils noch strenger als das Mächtigkeitserfordernis des deut- schen Tarifrechts.
- Die eigenständige Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen – in Deutschland gesetzlich geregelt in § 2 Abs. 3 TVG – findet sich im europäischen Ausland häu- figer²⁸. Andere Rechte erklären einen „repräsentativen“ Verband für zuständig, besonders weit reichende Tarifverträge abzuschließen.
- Deutsche Verbände bestimmen ihre Tarifzuständigkeit selbst – in der Satzung²⁹. Demgegenüber ist die Zuständigkeit der hoheitlich verfassten Kammern in Öster- reich oder bestimmter Verbände in Griechenland³⁰ gesetzlich vorgegeben.
- Das Arbeitskämpfrecht der EU-Länder kennt überwiegend das im Arbeitskampf suspendierte Arbeitsverhältnis. Österreich, England und Irland aber begreifen auch die Teilnahme am rechtmäßigen Streik als Vertragsbruch. In Deutschland und einigen anderen Staaten ist der nicht-gewerkschaftlich organisierte Arbeits- kampf rechtswidrig, die romanischen Staaten kennen ein individuelles Streikrecht. Zur Friedenspflicht divergieren die Rechtsordnungen nicht minder: Einige Ar- beitsrechtsordnungen kennen strikte Kampfverbote, andere stellen diese Frage zur Disposition der Sozialpartner und wieder andere wollen sogar der explizit verein- barten Friedenspflicht die Anerkennung versagen.

Schon diese Ausschnitte zeigen: Ein europäisches Tarifrecht könnte kaum an ge- meinsame Rechtstraditionen in den Mitgliedsstaaten anknüpfen und müsste daher bestehende Systeme von Grund auf neu ordnen³¹. Zudem sind auch die Akteure des Tarif- und Arbeitskämpfrechts, vor allem Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände,

²⁷ Ausführliche rechtsvergleichende Analyse mit zahlreichen Nachweisen bei *Rebhahn*, NZA 2001, 763, 764 ff.

²⁸ Näheres in den ausführlichen Länderberichten bei *Deinert*, Der europäische Kollektivvertrag, 1999, S. 293 ff.; weiter *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, 1997, S. 526 f.

²⁹ *Löwisch/Rieble* (Fn. 23), § 2 Rn. 79 ff.

³⁰ *Kerameos/Kerameus*, in: Henssler/Braun (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 2003, Griechenland Rn. 176.

³¹ Optimistischer *Deinert* (Fn. 28), S. 426 ff., dessen Folgerungen aber bereits erkennen lassen, dass der gemeinsame Minimalstandard der europäischen Einzelrechte eben keine lückenlose Grund- lage eines europäischen Kollektivvertragsrechts bilden kann.

in den einzelnen Staaten unterschiedlich strukturiert³² – ihr Organisationsgrad, ihre Durchsetzungskraft und letztlich auch ihr Selbstverständnis divergieren erheblich.

3. Sozialer Dialog im Sinne von Art. 138 f. EGV – kein Vorbild

a) Entwicklung

Das europäische Recht ist daher einen anderen Weg gegangen, um eine gemeinsame Sozialpolitik auch unter Einbindung der Sozialpartner aufzubauen – den Weg des „Sozialen Dialogs“: Schon seit 1952 hatten sich – auf Initiative der Kommission – Dachorganisationen der Sozialpartner zunächst sektoral, bald auch branchenübergreifend, zu Gesprächen auf europäischer Ebene zusammengefunden. Diese „comités paritaires“, die noch ohne einen formellen Rechtsrahmen funktionierten³³, sollten die sozialpolitische Arbeit der EG beratend begleiten³⁴. Mit der Einheitlichen Europäischen Akte hat der branchenübergreifende Soziale Dialog Eingang in das Europäische Primärrecht gefunden. Diese Strukturen wurden im Sozialprotokoll zum Vertrag von Maastricht verfestigt und im Vertrag von Amsterdam in die heute geläufige Form der Art. 138 f. EGV gegossen: Hier treffen branchenübergreifend Dachverbände der europäischen Sozialpartner – auf Arbeitgeberseite für die Privatwirtschaft BUSINESS EUROPE (ehemals Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe [UNICE]) und für die öffentlichen Arbeitgeber das European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General economic Interest [CEEP] sowie auf Gewerkschaftsseite der Europäische Gewerkschaftsbund (EGB) – aufeinander und können gegebenenfalls Vereinbarungen schließen, Art. 139 Abs. 1 EGV.

b) Wirkung der Sozialpartnervereinbarungen nach Art. 139 Abs. 1 EGV

Obzwar der Wert des Sozialen Dialogs und die Bedeutung der Vereinbarungen auf europäischer Ebene nicht zu unterschätzen ist, darf Art. 139 Abs. 1 EGV nicht dahingehend missverstanden werden, dass er den europäischen Tarifvertrag bereits de lege lata ermöglichte:

Immerhin lassen sich die Vereinbarungen der europäischen Sozialpartner als Schuldverträge – genauer: als schuldrechtliche Regelungsverträge – europäischen Rechts begreifen³⁵, die die Vertragsparteien selbst binden. Dabei müssen sich die Dachverbände nicht darauf beschränken, ihre Rechtsverhältnisse untereinander zu regeln, sondern können sich über Arbeitsbedingungen verständigen. Ihre Einigung wirkt dann zwar nicht normativ in den einzelnen Mitgliedstaaten und im individuellen Arbeitsverhältnis, sie können sich aber verpflichten, ihren Mitgliedern die Übernahme der Regelungen zu empfehlen – oder diese Mitglieder im Rahmen der Verbandsmacht zur Umsetzung anzuhalten³⁶.

Anders als der deutsche Tarifvertrag aber kennt die Kollektivvereinbarung im Sinne des Art. 139 EGV keine normativ wirkenden Regelungen, bindet die normunter-

³² Hierzu *Weiss*, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 957.

³³ Dazu *Weiss*, Festschrift Kissel, 1994, S. 1253, 1258 ff.

³⁴ Näher *Ales*, ZESAR 2007, 150, 150 ff.

³⁵ *Schiek*, in: Däubler (Fn. 26), Einleitung Rn. 756 f. mit weiteren Nachweisen.

³⁶ Vgl. für schuldrechtliche, tarifnormersetzende Tarifbestimmungen im deutschen Recht *Löwisch/Rieble*, in: MünchArbR (Fn. 13), § 278 Rn. 1 ff.

worfenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht von sich aus, sondern erst nach einer Transformation. Hierzu stellt Art. 139 Abs. 2 EGV zwei grundverschiedene Optionen zur Verfügung: Eine „europäische“ Lösung über das Gemeinschaftsrecht und einen nationalrechtlich ausgestalteten Weg.

c) Transformation

aa) Europäische Lösung nach Art. 139 Abs. 2 Variante 2 EGV

Der erste, praktisch bislang weit bedeutsamere Weg knüpft an die Konsultationspflichten der Europäischen Kommission gegenüber den Sozialpartnern an. Art. 138 Abs. 2 und Abs. 3 EGV schreiben der Kommission eine doppelte Anhörung der Sozialpartner auf europäischer Ebene vor: Will die Kommission dem Rat einen Vorschlag für eine auf Art. 137 Abs. 2 EGV gestützte sozialpolitische Richtlinie³⁷ unterbreiten, so hat sie zunächst die europäischen Sozialpartner zu der Frage der Zweckmäßigkeit einer solchen Maßnahme anzuhören. Ist die Kommission sodann grundsätzlich überzeugt, dass eine Gemeinschaftsaktion geboten ist, sind die Sozialpartner erneut anzuhören – diesmal zur inhaltlichen Ausgestaltung des Vorschlags. Auf dieser zweiten Stufe³⁸ der Konsultationen können die Sozialpartner der Kommission das Rechtsetzungsverfahren nach Art. 138 Abs. 4 EGV entziehen und dem Rat selbst eine Vereinbarung im Sinne des Art. 139 EGV vorlegen. Weil nur eine solche Vereinbarung verhindern kann, dass die Kommission dem Rat einen eigenen Vorschlag unterbreitet, wirkt insoweit ein gewisser Einigungsdruck auf die Sozialpartner³⁹.

Der Rat muss sodann darüber entscheiden, ob er die Vereinbarung – notwendig unverändert⁴⁰ – als Richtlinie erlässt, wie das für die Richtlinien zum Elternurlaub⁴¹, zur Teilzeitbeschäftigung⁴² und zu befristeten Arbeitsverträgen⁴³ geschehen ist.

Mit einem europäischen Tarifvertrag hat das wenig zu tun: Greift der Rat einen Vorschlag der Sozialpartner als Richtlinie auf, geht es in der Sache um ein hoheitliches Rechtsetzungsverfahren unter bloßer Mitwirkung der Sozialpartner⁴⁴. Das bedeutet, dass die kollektivvertraglich festgelegten Arbeitsbedingungen – ähnlich wie bei der deutschen Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne des § 5 TVG – erst durch den hoheitlichen Rechtssetzungsakt Geltungskraft erlangen. Der wesentliche Unterschied gegenüber der Allgemeinverbindlicherklärung liegt aber darin, dass der Rat nicht

³⁷ Dazu, dass der „Beschluss“ des Rates im Sinne des Art. 139 Abs. 2 Alternative 2 EGV nur eine Richtlinie nach Art. 249 Abs. 3 EGV sein kann, *Deinert*, RdA 2004, 211, 225 und *Thüsing*, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 129 mit weiteren Nachweisen.

³⁸ Ob den europäischen Sozialpartnern auch ein eigenes Initiativrecht zukommt, ist in der Literatur umstritten: Für ein solches Initiativrecht *Schiek*, in: Däubler (Fn. 26), Einleitung Rn. 753 mit weiteren Nachweisen; dagegen *Weiss*, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 960: ausschließliches Initiativrecht der Kommission.

³⁹ *Schiek*, in: Däubler (Fn. 26), Einleitung Rn. 728.

⁴⁰ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 139 Rn. 27 mit umfangreichen Nachweisen. Anders *Heinze*, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 1997, 505, 519 f.

⁴¹ Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3.6. 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub (Amtsblatt EG L 145/4).

⁴² Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15.12. 1997 zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (Amtsblatt EG L 14/9).

⁴³ Richtlinie 99/70/EG des Rates vom 28.6. 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (Amtsblatt EG L 175/43).

⁴⁴ *Löwisch/Rieble* (Fn. 23), Grundlagen Rn. 107.

etwa den Anwendungsbereich kollektiv-privatautonomes Rechts auf Außenseiter erstreckt⁴⁵. Gerade weil ein europäisches Kollektivvertragsrecht fehlt, kann die Vereinbarung der Dachverbände – aus sich heraus und ohne Transformationsakt – keinerlei normative Geltung beanspruchen.

bb) Nationalstaatliche Lösung nach Art. 139 Abs. 2 Variante 1 EGV

Auch der zweite Ansatz ist ein mittelbarer: Die Dachverbände auf europäischer Ebene können ihren nationalen Mitgliedern eine Vereinbarung vorgeben, deren Umsetzung dann den jeweiligen nationalen Sozialpartnern obliegt. Beispiele für derartige Abreden sind die 2002 abgeschlossene Vereinbarung über Telearbeit⁴⁶, die Vereinbarung zu arbeitsbedingtem Stress aus dem Jahr 2004⁴⁷ und das jüngst ausgehandelte Rahmenabkommen über Belästigung und Gewalt am Arbeitsplatz vom 26.4. 2007⁴⁸.

In Art. 139 Abs. 2 Variante 1 EGV heißt es dazu, die „Durchführung der auf Gemeinschaftsebene geschlossenen Vereinbarungen“ erfolge „nach den jeweiligen Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten“. Das darf freilich nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Vereinbarung der Dachverbände deren Mitglieder in der Sache binden könnte und nur der Vollzug noch zu klären wäre. Vielmehr handelt es sich bei dem Abkommen der Dachverbände um einen bloßen Vorschlag, dessen Transformation in national geltende Kollektivvereinbarungen – nach dem Modell eines mehrstufigen Kollektivvertrags – im freien Ermessen der Mitgliedsverbände steht⁴⁹. Folgerichtig verstand sich noch das Rahmenabkommen zur Telearbeit explizit als „freiwillige Vereinbarung“⁵⁰.

Es verwundert daher nicht, dass die Umsetzung des Abkommens in den Mitgliedstaaten divergiert: Wurde es in einigen Unionsländern durch bindende Kollektivverträge implementiert, findet sich anderenorts eine Umsetzung durch nationales Gesetz auf Anregung der hiesigen Sozialpartner oder sogar durch dreiseitige Rechtsakte. Eine Transformation in bindendes Recht ist aber keineswegs in allen Staaten erfolgt: Vielfach wurde die Vereinbarung nur in Form unverbindlicher Leitlinien umgesetzt – in der Mehrzahl der Mitgliedsländer dürfte sie rechtlich nicht verbindlich sein⁵¹. Dass die europäischen Sozialpartner neuerdings den Terminus der „autonomen Vereinbarung“ verwenden⁵², kann diese Divergenzen nicht beseitigen.

Vor diesem Hintergrund ist es systemwidrig, den Vereinbarungen Geltung nach den jeweiligen Regelungen über Tarifverträge zuzusprechen⁵³, sofern nicht die nationalen Sozialpartner ihren Dachverbänden ein entsprechendes Mandat ausdrücklich

⁴⁵ Anders *Deinert*, RdA 2004, 211, 220: funktionell vergleichbar einer Allgemeinverbindlicherklärung.

⁴⁶ Deutscher Text bei *Prinz*, NZA 2002, 1268, 1268 ff.

⁴⁷ Im englischen Volltext auf http://ec.europa.eu/employment_social/news/2004/oct/stress_agreement_en.pdf.

⁴⁸ Englischer Volltext auf http://ec.europa.eu/employment_social/social_dialogue/docs/harassment_agreement_en.pdf.

⁴⁹ *Weiss*, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 964; *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 37), § 1 Rn. 128 mit weiteren Nachweisen. Anders *Hanau*, in: Hanau/Steinmeyer/Wank (Fn. 17), § 19 Rn. 17, der von einer schuldrechtlichen Verpflichtung der nationalen Verbände ausgeht, die Vereinbarungen innerstaatlich umzusetzen.

⁵⁰ Vgl. *Prinz*, NZA 2002, 1268, 1268.

⁵¹ Näher *Röpke*, DRdA 2008, 92, 92 f.

⁵² Auch hierzu *Röpke*, DRdA 2008, 92, 92 f.

⁵³ *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 37), § 1 Rn. 128; anders *Deinert* (Fn. 28), S. 440 ff.

übertragen hatten⁵⁴. Eine „originäre“ Tariffähigkeit der europäischen „Spitzenorganisationen“ im Sinne von § 2 Abs. 3 TVG⁵⁵ kommt nicht in Betracht – auch hier fehlt eine entsprechende Regelung im Gemeinschaftsrecht. Nach dem TVG können transnationale Spitzenorganisationen allenfalls dann tariffähig sein, wenn sie in ihrer Satzung den Willen bekunden, Tarifverträge nach deutschem Recht abschließen zu wollen⁵⁶. Anderenfalls bleibt nur die schuldrechtliche Verpflichtung möglich, mittels Verbandsgewalt für eine nationale Tarifierung zu sorgen, was aber an den nationalrechtlichen Grenzen der Regelungsmacht der einzelstaatlichen Sozialpartner scheitern kann⁵⁷.

Das könnte ein konstruktiver Ausweg für den transnationalen Kollektivvertrag auf europäischer Ebene sein: Entsprechende Vollmachten vorausgesetzt, könnten die europäischen Sozialpartner schon *de lege lata* eine Vereinbarung treffen, die sodann als (parallele) nationale Kollektivverträge der vertretenen Mitglieder wirken würde. Der Ausweg ist derzeit freilich ein Holzweg; die nationalen Sozialpartner sind nicht bereit, ihren europäischen Dachverbänden derart weit reichende Befugnisse zu verleihen. Gerade die Arbeitgeberseite sieht europäische Kollektivverträge skeptisch⁵⁸, was auch dem Bestreben geschuldet sein mag, den Standortwettbewerb zwischen den EG-Mitgliedstaaten weiterhin auszunutzen.

d) Strukturelle Defizite des europäischen Kollektivvertragssystems

Schon dieser Überblick zeigt ein wesentliches Defizit des Sozialen Dialogs – es liegt in der bestenfalls mittelbaren Wirkung seiner Ergebnisse, deren Geltung in den Mitgliedstaaten (und letztlich im Individualarbeitsverhältnis) gerade nicht von der Entscheidung der Verhandlungspartner auf Gemeinschaftsebene abhängt.

Dabei geben beide Transformationswege, die Art. 139 Abs. 2 EGV vorsieht, Anlass zu Kritik: Die „Europäischen Lösung“ taugt nicht als Modell eines transnationalen Kollektivvertrags – es fehlt an der Staatsfreiheit der Sozialpartnervereinbarung. An die Stelle des europäischen Tarifvertrags tritt in Art. 139 Abs. 2 Variante 2 EGV ein ordnungspolitisch bedenklicher Zwitter mit Merkmalen kollektivprivatautonomer und hoheitlicher Rechtsetzung. Die Verquickung dieser beiden Ebenen ist für alle Beteiligten gefährlich: Weder die – bislang⁵⁹ nicht einmal rechtlich gebotene – Anhörung des Europäischen Parlaments durch die Kommission noch die

⁵⁴ Hanau, in: Hanau/Steinmeyer/Wank (Fn. 17), § 19 Rn. 17.

⁵⁵ Genau besehen geht es im Falle des § 2 Abs. 3 TVG um eine Delegation: Auch wenn man davon ausgeht, dass der Spitzenverband „selbst“ und unabhängig von der Mitgliederstruktur tariffähig sein kann, wird doch zumindest die mitgliedschaftlich legitimierte Regelungsbefugnis der Verbände an den Verbändeverband weitergereicht; dazu Rieble, *Der Betrieb* (DB) 2001, 2194, 2195; zustimmend Oetker, in: Wiedemann (Fn. 37), § 2 Rn. 437; anders Ricken, *Autonomie und tarifliche Rechtssetzung*, 2006, S. 303 ff, der von einer eigenständigen Tarifzuständigkeit der Spitzenverbände ausgeht.

⁵⁶ Oetker, in: Wiedemann (Fn. 37), § 2 Rn. 427; enger noch Birk, in: *MünchArbR*, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, § 21 Rn. 34, der die Tariffähigkeit nach § 2 Abs. 3 TVG auf deutsche Spitzenorganisationen beschränken will.

⁵⁷ Vgl. Löwisch/Rieble, in: *MünchArbR* (Fn. 13), § 278 Rn. 6 ff. zu den Grenzen schuldrechtlicher Vereinbarungsmacht im deutschen Recht.

⁵⁸ Etwa die Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) vom 6.11. 2006, abzurufen unter <http://www.bda-online.de>. Dazu auch Deinert (Fn. 28), S. 120 ff.

⁵⁹ Vgl. aber Art. 155 Abs. 2 Unterabsatz 1 Satz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Amtsblatt EU 2008 C 115/47).

Einbindung der europäischen Sozialpartner können überdecken, dass das Verfahren des Art. 139 Abs. 2 Variante 2 EGV hinter den Anforderungen an demokratisch legitimierte Gesetzgebungsakte zurückbleibt⁶⁰. Damit erhalten die Sozialpartner – vergleichbar dem (vorläufigen) Reichswirtschaftsrat der Weimarer Republik⁶¹ – einen nicht legitimierten Einfluß auf Rechtsetzung mit Wirkung auch gegen Nichtorganisierte. Die europäische Sozialpolitik wird außerhalb demokratischer Verfahren (vor-) geprägt. Andererseits droht die Kooperation mit dem auf das Gemeinwohl verpflichteten Staat das Wirken der Verbände, die die kollektiven Eigeninteressen ihrer Mitglieder zu vertreten haben, zu beeinflussen – wie dies schon mit Blick auf konzertierte Aktion⁶² und zentrales Bündnis für Arbeit⁶³ befürchtet wurde. Insbesondere die Option des Rates, die Umsetzung der Vereinbarung abzulehnen, erzeugt Änderungsdruck und läuft damit auf eine hoheitliche Inhaltskontrolle hinaus – das rückt in die Nähe der mit Recht verpönten Tarifizensur.

Mit Blick auf die „Nationalstaatliche Lösung“ mangelt es auf Gemeinschaftsebene an hinreichend legitimierten Kollektivvertragsparteien und überdies an einem europarechtlichen Rahmen, der die Umsetzung der transnationalen Kollektivverträge steuert – sei es in schuldrechtliche Abreden oder normative Tarifverträge.

III. EU-Kompetenz für ein Kollektivvertragssystem

Ales und seine Kollegen wollen einen solchen Rechtsrahmen schaffen und dabei die *Legitimation der kollektivvertraglichen Normsetzung* „von oben“ erreichen. Mit der vorgeschlagenen Richtlinie könnten die Sozialpartner ihre Rechtsetzungsbefugnis auf Europäisches Gemeinschaftsrecht, das die Mitgliedsstaaten wiederum in nationales Recht umzusetzen hätten, zurückführen. Dieser Plan wirft zweifach Fragen auf: Einmal mit Blick auf die Berechtigung der EG, eine entsprechende Regelung zu treffen und einmal mit Blick auf die Legitimation der Kollektivvertragsparteien gegenüber den Normunterworfenen.

1. Beschränkte Kompetenz nach Art. 137 EGV?

Höchst fraglich ist dabei schon, ob die EG selbst die Berechtigung innehat, ein europäisches Tarifvertragsrecht zu schaffen: Die *Ales*-Studie favorisiert Art. 94 EGV als Kompetenzgrundlage. Dass es aber bei der Neuerrichtung eines europäischen Tarifvertragssystems noch um die Angleichung von Rechtsvorschriften gehen soll, lässt sich schwerlich behaupten⁶⁴.

Zudem ist es schon im Ansatz verfehlt, nur auf die Marktwirkungen der kollektiven Festsetzung von Arbeitsbedingungen abzuheben und dabei die Sonderstellung der sozialpolitischen Seite des Gemeinsamen Marktes auszublenden, obzwar die Art. 136 ff. EGV speziell diesen Aspekt aufgreifen. Sachlich ist die Materie Tarifvertragsrecht richtigerweise der Kompetenznorm des Art. 137 Abs. 1 lit. f EGV zuzu-

⁶⁰ *Arnold*, NZA 2002, 1261 ff.

⁶¹ Dazu etwa *Thiele*, Deutsche Verwaltungsblätter (DVBl) 1970, 529 ff.

⁶² Hierzu *Biedenkopf*, Betriebsberater (BB) 1968, 1005, 1008 ff.

⁶³ *Rieble*, RdA 1999, 169, 170 ff.

⁶⁴ *Weiss*, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 972.

ordnen⁶⁵. Dass sich Befürworter eines gemeinschaftsrechtlich fundierten Kollektivvertragsrechts dieser Einsicht mitunter verschließen, ist der strengen Schrankenregelung in Art. 137 Abs. 5 EGV geschuldet.

2. Regelungssperre nach Art. 137 Abs. 5 EGV

Nach dieser Vorschrift ist die Zuständigkeit der Gemeinschaft gemäß Art. 137 EGV mit Blick auf Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht sowie Streik- und Aussperrungsrecht unmissverständlich ausgeschlossen. Angesichts dieser klaren Zuständigkeitsperre müsste ein gemeinschaftsrechtliches Tarifvertragsrecht notgedrungen die in Art. 137 Abs. 5 EGV genannten Bereiche aussparen. Dann aber bliebe bestenfalls noch der Rumpf eines europäischen Kollektivvertragsrechts, welches nicht nur den schlechthin zentralen Bereich des Arbeitsentgelts ausklammern müsste, sondern auch noch ohne seine „kleine Schwester“ in Gestalt eines entsprechenden Arbeitskammerrechts auszukommen hätte⁶⁶. Im Übrigen ist auch das Koalitionsrecht mit dem Tarifvertragsrecht auf das Engste verbunden⁶⁷. Einzüräumen ist freilich, dass der EGV Koalitionsrecht und Kollektivverhandlungen in Art. 140 Abs. 1 letzter Spiegelstrich als gesonderte Materien anspricht, was in der Literatur als Grundlage einer insoweit restriktiven Auslegung auch des Art. 137 Abs. 5 EGV gesehen wird⁶⁸.

3. Keine „Restkompetenz“ der EG

Einen derart fragmentarischen Rechtsrahmen für transnationale Kollektivverträge für gemeinschaftsrechtlich regelbar zu halten⁶⁹, lässt sich zwar mit dem Wortlaut des EGV vereinbaren. Dem Sinngehalt des Art. 137 Abs. 5 EGV wird ein solches Verständnis nicht mehr gerecht⁷⁰. Die Vorschrift nennt Schlagworte, keine Kategorien. Ihre Auslegung muss dem dahinter stehenden „pars pro toto“-Gedanken Rechnung tragen: Aufgezählt werden nur Streik und Aussperrung, gemeint aber ist das Arbeitskammerrecht als Gesamtmaterie⁷¹. Ähnlich umfassend ist auch der Begriff des Arbeitsentgelts zu verstehen: Deshalb ist zunächst die weite Entgeltdefinition des Art. 141

⁶⁵ Schmidt, Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2001, S. 15, 17. Zum Verhältnis des Art. 137 EGV zu anderen Kompetenzvorschriften im Einzelnen Boecken, in: Hailbronner/Wilms, Recht der Europäischen Union, Kommentar, Loseblattausgabe, Band III, Stand: August 2007, Art. 137 Rn. 112 ff.

⁶⁶ Es bleibt „kollektives Betteln“; dazu Schweibert, in: Blanpain/Schmidt/Schweibert, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 149.

⁶⁷ Weiss, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 959: „... untrennbar zusammen gehören“.

⁶⁸ Rebhahn, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 137 Rn. 19.

⁶⁹ Etwa Schmidt (Fn. 65), S. 15 und Schweibert, in: Blanpain/Schmidt/Schweibert (Fn. 66), Rn. 146. Im Ergebnis auch Löwisch/Rieble (Fn. 23), Grundlagen Rn. 109.

⁷⁰ Krebber, in: Callies/Ruffert (Fn. 40), Art. 137 Rn. 11; Preis/Gotthardt, in: Oetker/Preis (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), Loseblattwerk, Stand: Mai 2008, Teil B 1100 Rn. 43 und Birk, in: MünchArbR (Fn. 56), § 19 Rn. 435. Ähnlich schon Weiss, Festschrift Kissel, 1994, S. 1253, 1254 und Heinze, ZfA 1992, 331, 351. Anders Deinert (Fn. 28), S. 454 ff und Thüsing, in: Wiedemann (Fn. 37), § 1 Rn. 123.

⁷¹ Thüsing (Fn. 24), 2008, § 10 Rn. 12: „Das Arbeitskammerrecht ist *domaine réservé* der Mitgliedstaaten.“ Auch Jeschke, Der europäische Streik, 2006, S. 35; Krebber, in: Callies/Ruffert (Fn. 40), Art. 137 Rn. 11; Eichenhofer, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 137 Rn. 32 f. und Schlachter, in: Schulze/Zulegg (Hrsg.), Europarecht, 2006, § 39 Rn. 139 begreifen unter Streik- und Aussperrungsrecht verallgemeinernd das Arbeitskammerrecht, freilich ohne dies näher zu problematisieren.

Abs. 2 EGV⁷² zugrunde zu legen⁷³. Eine Einschränkung auf Regelungen, die ihrem wesentlichen Inhalt nach Arbeitsentgelte bestimmen wollen⁷⁴, ist demgegenüber nachdrücklich zurückzuweisen. Es kann hier nicht darum gehen, dem Gemeinschaftsrecht einen möglichst breiten Anwendungsbereich zu erhalten⁷⁵, sondern nur darum, die herausgehobene Stellung der nationalen Sozialpartner, die allein das arbeitsvertragliche Synallagma in kollektivrechtlichen Verträgen regeln dürfen, zu bewahren⁷⁶.

Daneben ist für ein gemeinschaftsrechtlich ausgestaltetes „Kollektivvertragsrecht light“ kein Bedarf zu erkennen. Zwar meint die *Ales*-Gruppe, der europäische Kollektivvertrag könne für Bereiche wie Umstrukturierungen, Arbeitszeit, Gleichbehandlung oder Unterrichtung der Arbeitnehmer fruchtbar gemacht werden. Die Zeitkomponente aber lässt sich isoliert von der Entgeltfrage kaum sachgerecht behandeln; und angesichts der bereits vorhandenen Regelungsdichte im sekundären Gemeinschaftsrecht zu den Themen Gleichbehandlung und Unterrichtung der Arbeitnehmer ist doch allenfalls mit Blick auf die transnationale Zuweisung von Restrukturierungslasten ein ernsthaftes Regelungsbedürfnis zu erkennen – und auch insoweit nur auf Unternehmensebene⁷⁷.

Vor diesem Hintergrund gilt es – nicht nur mit Blick auf die Verknüpfung zwischen Arbeitszeit und Arbeitsentgelt, sondern generell – zu erkennen, dass kollektive Abkommen über Arbeitsbedingungen als Gesamtergebnis am Ende eines komplexen Verhandlungsprozesses stehen, in dem Verhandlungserfolge der einen Seite mit Zugeständnissen an anderer Stelle korrespondieren. Berücksichtigt man dieses Moment der Interdependenz, so wird deutlich, dass einzelne Bereiche kollektiver Verhandlungen nicht separat betrachtet werden dürfen⁷⁸, soll das Primat der nationalen Sozialpartner im Kernbereich nicht doch angetastet werden. Und weil Art. 137 Abs. 5 EGV vor allem darauf zielt, diese Vormachtstellung zu erhalten, hindert die Vorschrift zugleich eine stärkere Vergemeinschaftung der Tarifpolitik und eine Entwicklung des Sozialen Dialogs der Art. 138 f. EGV zu einem gemeinschaftsrechtlichen Kollektivverhandlungs- und Kollektivvertragsrecht⁷⁹.

Freilich: Dehnt man mit der hier vertretenen Ansicht den Bereich der Kompetenzsperre in Art. 137 Abs. 5 EGV so weit aus, schränkt dies zugleich den Anwendungsbereich für Art. 137 Abs. 1 lit. f EGV erheblich ein. Neben Art. 137 Abs. 1

⁷² Ausführlich *Krebber*, in: Callies/Ruffert (Fn. 40), Art. 141 Rn. 23 ff. mit Nachweisen zur EuGH-Rechtsprechung.

⁷³ *Krebber*, in: Callies/Ruffert (Fn. 40), Art. 137 Rn. 10; *Coen*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl. 2006, Art. 137 Rn. 45.

⁷⁴ *Rebhahn*, in: Schwarze (Fn. 68), Art. 137 Rn. 23; ähnlich *Schlachter*, in: Schulze/Zuleeg (Fn. 71), § 39 Rn. 139; *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Loseblattausgabe, Band III, Stand: Oktober 2007, Art. 137 Rn. 91 und *Birk*, in: MünchArbR (Fn. 56), § 18 Rn. 36.

⁷⁵ Eine Erwägung, die den EuGH motiviert haben könnte, den Entgeltbegriff im Rahmen des Art. 141 Abs. 2 EGV weit auszulegen; hierzu *Krebber*, in: Callies/Ruffert (Fn. 40), Art. 137 Rn. 10.

⁷⁶ Ähnlich *Eichenhofer*, in: Streinz (Fn. 71), Art. 137 Rn. 33 und *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 74), Art. 137 Rn. 91.

⁷⁷ Zu Vereinbarungen mit dem EBR noch V 1 c, bb.

⁷⁸ Deshalb kann es in Fällen der Tarifkonkurrenz auch keinen nach Sachgruppen getrennten Güntigkeitsvergleich zwischen unterschiedlichen Tarifverträgen geben; *Löwisch/Rieble* (Fn. 23), § 4 Rn. 140 f.

⁷⁹ *Högl*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 3, 6. Aufl. 2003, Art. 137 Rn. 41.

lit. e EGV bleiben nurmehr die ausdrücklich eingeschlossene Mitbestimmung⁸⁰ und die nicht gewerkschaftlich organisierte Interessenvertretung⁸¹.

4. Keine Umgehung des Art. 137 Abs. 5 EGV über allgemeine Kompetenznormen

Angesichts der Grundentscheidung des Art. 137 Abs. 5 EGV verbietet sich eine Umgehung über die Generalklausel des Art. 308 EGV⁸². Die Ergänzungszuständigkeit soll greifen, soweit der Vertrag Befugnisse nicht vorsieht – nicht aber, wenn er sie ausdrücklich ausschließen will. Generell gilt, dass die Wertung des Art. 137 Abs. 5 EGV zumindest bei der Auslegung allgemeiner Kompetenzvorschriften – zu denen auch Art. 94 EGV rechnet – zu berücksichtigen ist⁸³. Solche Befugnisse sind mit Blick auf die in Art. 137 Abs. 5 EGV aufgezählten Materien zwar nicht a priori gesperrt, sie dürfen aber nicht dazu herangezogen werden, die Grenzen speziellerer Kompetenzvorschriften zu unterlaufen.

IV. Der „optionale gemeinschaftsrechtliche Tarifrahmen“

Die *Ales*-Studie will den Schwächen getrennter Kollektivvertragssysteme begegnen⁸⁴ – müsste freilich den Nachweis liefern, dass ihr Vorschlag nicht neue und eigene Folgeprobleme aufwirft. Kurz: Es fehlt der Nachweis der Verbesserung des Systems.

Gedacht ist an unternehmens- und konzernbezogene Übereinkommen in multinationalen Unternehmen und Konzernen⁸⁵, aber auch an branchenweite und branchenübergreifende Kollektivverträge: Diese neuartigen Vereinbarungen kämen dem europäischen Tarifvertrag zumindest nahe.

Ein gemeinschaftsrechtlicher Rahmen für solche Verträge muss sich zunächst zu der Frage verhalten, wie die im Einzelfall richtigen Verhandlungspartner auf europäischer Ebene bestimmt werden sollen. Anders gewendet gilt es zu klären, wer was für wen regeln darf – und aufgrund welcher Legitimation. Wichtig ist ferner, mittels welcher verfahrensrechtlichen Regeln sichergestellt werden soll, dass die abgeschlossenen Verhandlungen den Interessen der letztlich betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Rechnung tragen: Es geht um die oft bemühte „Richtigkeitsgewähr“ von Kollektivverträgen.

⁸⁰ *Krebber*, in: Callies/Ruffert (Fn. 40), Art. 137 Rn. 19.

⁸¹ Vgl. *Birk*, in: MünchArbR (Fn. 56), § 18 Rn. 48.

⁸² *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 37), § 1 Rn. 123: Generalklausel tritt zurück. Auch *Streinz*, in: *Streinz* (Fn. 71), Art. 308 Rn. 12 hält es für ausgeschlossen, über Art. 308 EGV Kompetenzverbote zu überspielen. Anders *Jeschke* (Fn. 71), S. 208 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁸³ *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 74), Art. 137 Rn. 89 und *Rebhahn*, in: *Schwarze* (Fn. 68), Art. 137 Rn. 22.

⁸⁴ *Ales et alii* (Fn. 7), S. 36 ff.

⁸⁵ Solche Vereinbarungen existieren in der Praxis bereits: Zu den Möglichkeiten transnationaler betrieblicher Übereinkommen *Horcher* (Fn. 13), S. 119 ff. und zu Vereinbarungen mit dem EBR S. 231 ff.; zum transnationalen Firmen- und Konzerntarifvertrag *Bardenhewer*, *Der Firmentarifvertrag in Europa*, 2006, S. 222 ff.; zu Letzterem weiter *Junker*, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, 1992, S. 445 ff.

Entscheidend ist überdies, wie die Kollektivvereinbarungen rechtstechnisch auf das individuelle Arbeitsverhältnis einwirken sollen – normativ oder nur mittelbar.

1. Vertragsparteien

Auf die Frage der richtigen Vertragsparteien antwortet der Vorschlag der *Ales*-Gruppe mit einem ausgesprochen komplizierten und von zahlreichen Querverweisen durchsetzten System, das letztlich zur Einsetzung eines „gemeinsamen Verhandlungsgremiums“ führen soll⁸⁶.

a) „Aktivierungsverfahren“

Das Verfahren soll in zwei Stufen ablaufen: Zunächst muss der „optionale Rechtsrahmen“ „aktiviert“ werden. Die Verhandlungskörper der Sozialpartner sollen also nicht stets von sich aus tätig werden dürfen, sondern es bedarf einer „Initiative“, die das Verhandlungsrecht auslöst.

aa) Initiativrecht

Dazu sieht die Studie verschiedene Initiativrechte vor; berechtigt, das Aktivierungsverfahren einzuleiten, sind zunächst die europäischen Sozialpartner, branchenübergreifend oder auf Branchenebene – und zwar:

- *gemeinsam* aufgrund freiwilliger Übereinkunft oder
- aufgrund einer entsprechenden Anfrage
 1. wenigstens zweier nationaler Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbände, die zwar derselben (oder einer ähnlichen) Branche, aber unterschiedlichen Mitgliedsstaaten entstammen,
 2. eines EBR (oder SE-Betriebsrats) und der Unternehmensleitung eines transnationalen Unternehmens (oder einer Unternehmensgruppe), soweit die späteren Verhandlungsgegenstände dem Bereich angehören, über den diese Arbeitnehmervvertretungen zu unterrichten und konsultieren sind oder
 3. eines EBR, der erreichen möchte, dass ein solcher Gegenstand in die Verhandlungsagenda der europäischen Sozialpartner auf Branchenebene integriert wird.
- *Einseitig* soll nur eine europäische Gewerkschaft das neue Verhandlungsverfahren einleiten dürfen, wenn
 1. ein EBR (oder SE-Betriebsrat) gemeinsam mit der Leitung eines transnationalen Unternehmens (oder einer transnationalen Unternehmensgruppe) darum ersucht hatte, um Verhandlungen über einen Gegenstand, über den die Arbeitnehmervvertretung zu unterrichten und zu konsultieren ist, in Gang zu setzen oder
 2. dieses Ersuchen nur von der Leitung eines transnationalen Unternehmens (oder einer entsprechenden Unternehmensgruppe) kommt.

Zumindest aus deutscher Sicht verblüfft, dass Initiativrechte für transnationale Kollektivverhandlungen damit unter Umständen von der Anfrage eines Organs der Betriebsverfassung abhängen. Freilich wird aus dem Text des Vorschlags nicht ganz

⁸⁶ *Ales et alii* (Fn. 7), S. 38 f.

klar, inwieweit diese Anfrage („[...] initiative *can* be taken: [...] *jointly*, [...] *on request of*“⁸⁷) für die europäischen Sozialpartner verbindlich sein soll – *Weiss* geht davon aus, dass sie „zum Handeln gezwungen werden können“⁸⁸.

bb) Vorverhandlungen

Je nachdem, wer von seinem Initiativrecht Gebrauch gemacht hatte, werden Vorverhandlungen geführt:

- Haben sich die europäischen Sozialpartner *gemeinsam* entschlossen, den optionalen Rechtsrahmen zu aktivieren, führen sie auch diese ersten Verhandlungen. Ziel ist es in diesem ersten Schritt, ein gemeinsames Verhandlungsgremium auf sektoraler Ebene zu bilden. Das Gremium soll sich wiederum aus Vertretern der europäischen Sozialpartner zusammensetzen.
- Hatte hingegen eine europäische Gewerkschaft den Rechtsrahmen *einseitig* aktiviert, verhandelt sie mit der Leitung des jeweiligen transnationalen Unternehmens oder der transnationalen Unternehmensgruppe, wie ein gemeinsames Verhandlungsgremium auf Unternehmensebene gebildet wird. Bestehen soll das Gremium
 1. aus Vertretern der europäischen Gewerkschaft und der Unternehmensleitung sowie gegebenenfalls zusätzlich
 2. aus Vertretern des EBR – freilich nur, wenn auch der EBR um die Aktivierung ersucht hatte und mit nur beratender Funktion.

b) Gemeinsames Verhandlungsgremium

Die Vorverhandlungen sollen mit einem *Basiskollektivvertrag* schließen, der das jeweilige Verhandlungsgremium definiert und sein Verfahren – wenigstens in Grundzügen – regelt. In der Sache verhandelt dann stets das gemeinsame Verhandlungsgremium.

aa) Verhandlungspartner auf Arbeitnehmerseite

Die Anliegen der Arbeitnehmer werden in diesem Gremium von Vertretern einer europäischen Gewerkschaft wahrgenommen. Dazu kommen gegebenenfalls die nicht stimmberechtigten, nur beratend mitwirkenden Vertreter eines EBR.

bb) Verhandlungspartner auf Arbeitgeberseite

Auf Arbeitgeberseite führen Vertreter einer europäischen Arbeitgebervereinigung die Verhandlungen im Verhandlungsgremium auf sektoraler Ebene. Dagegen wird das Verhandlungsgremium auf Unternehmensebene von der Leitung eines transnationalen Unternehmens oder Konzerns beschickt.

cc) Parallele zu EBR- und SE-Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie?

Weckt der Terminus „gemeinsames Verhandlungsgremium“ zunächst Assoziationen zur EBR-Richtlinie⁸⁹ und zur SE-Arbeitnehmerbeteiligungs-Richtlinie⁹⁰, entpuppt sich der Verhandlungskörper der *Ales*-Studie bei genauerem Hinsehen als „Aus-

⁸⁷ *Ales et alii* (Fn. 7), S. 37. Hervorhebung durch uns.

⁸⁸ *Weiss*, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 972.

⁸⁹ Richtlinie 94/45/EG (Fn. 10).

⁹⁰ Richtlinie 2001/86/EG (Fn. 11).

schluss“ der europäischen Sozialpartner: Die beiden Richtlinien zielen darauf ab, Informations-, Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte der nationalen Arbeitnehmervertretungen zu erhalten, wo sie aufgrund transnationaler Strukturierungsmaßnahmen der Unternehmen tatsächlich entwertet werden⁹¹. Demgegenüber geht es bei dem rechtlichen Rahmen für europäische Kollektivverträge nicht um den Erhalt des Status quo, sondern darum, zusätzliche Befugnisse in neuer Qualität zu schaffen. Die gemeinschaftsrechtlich vorgezeichneten Verhandlungsgremien der EBR- und SE-Richtlinie erfüllen nur eine vorbereitende Funktion, Rahmen und Befugnisse der späteren Arbeitnehmervertretungen ergeben sich hier aus dem Verhandlungsergebnis. Das Verhandlungsgremium der *Ales*-Studie hingegen soll bindende Kollektivverträge aushandeln, entscheidet also nicht über den Rahmen, sondern in der Sache.

Diese Unterschiede in der Zielsetzung spiegeln die Besetzungsregelungen wider: Die besonderen Verhandlungsgremien der Richtlinien sind als international ausgewogenes Abbild der betroffenen Belegschaften konzipiert. Das vorgeschlagene Verhandlungsgremium für transnationale Kollektivverhandlungen sollen vor allem die europäischen Sozialpartner beschicken.

c) Zwangsdelegation

Damit haben es die europäischen Dachverbände der Sozialpartner in der Hand, unabhängig vom Willen ihrer Mitglieder den Weg zu Kollektivverhandlungen und letztlich -verträgen auf Gemeinschaftsebene zu eröffnen.

In der Sache ist dies nichts anderes, als eine hoheitlich – wenngleich mittelbar und verklausuliert – angeordnete Zwangsdelegation von Rechtsmacht. Weil sich die nationalen Verbände nicht autonom zu einem entsprechenden Mandat durchringen können, ersetzt die EG diese Entscheidung und nimmt die nationalen Sozialpartner von der weiteren Entwicklung der transnationalen Kollektivverhandlungen aus. Das ist ein schwerer Eingriff in Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie.

aa) Konsequenz: Mangelnde Legitimation der transnationalen Kollektivverträge

An der Einbindung der nationalen Verbände aber hängt die Legitimation der späteren Rechtsetzung im transnationalen Kollektivvertrag gegenüber den Normunterworfenen. Ein Recht, für andere Recht zu setzen, ist im Rechtsstaat von vornherein nur in zwei Fällen denkbar:

- Wenn der Betroffene sich der Fremdbestimmung *autonom* unterworfen hatte (Selbstbestimmungsprinzip), oder
- wenn die *heteronome* normative Anordnung am Ende eines demokratischen Willensbildungsprozesses steht (Demokratieprinzip)⁹².

Tarifautonome Normgebung fußt notwendig auf beiden Prinzipien: Erst der freiwillige Koalitionsbeitritt rechtfertigt die Fremdbestimmung durch Tarifvertrag – die verbandsintern wiederum durch hinreichend demokratische Willensbildung flankiert werden muss. Das gilt auch für die Spitzenverbände: Hier reichen die Mitgliedsver-

⁹¹ Brors, Das System der Arbeitnehmer-Beteiligungs-Richtlinien, 2005, S. 62; zur EBR-Richtlinie Weiss, NZA 2003, 177, 179.

⁹² Schwarze, RdA 2001, 208, 212.

bände das Mandat, welches ihnen wiederum ihre Mitglieder durch Beitritt übertragen haben, mit ihrem Beitritt an den Spitzenverband weiter⁹³.

Daraus folgt zweierlei: Wo Tarifautonomie gilt, darf der Staat keine öffentlich-rechtlichen Zwangscoalitionen mit tarifpolitischem Mandat ausstatten⁹⁴. Deshalb muss auch die staatlich verfasste deutsche Betriebsverfassung zurückstehen, wenn es um tarifpolitische Fragen geht, §§ 77 Abs. 3 Satz 1, 87 Abs. 1 Eingangssatz Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)⁹⁵.

Dem Staat ist es aber auch verwehrt, frei gebildeten Coalitionen tarifpolitische Aufgaben und Rechte „aufzudrängen“. Diese entscheiden vielmehr autonom, ob sie den Abschluss von Tarifverträgen zu den eigenen Aufgaben rechnen (Tarifwilligkeit als Ausdruck der Zweckautonomie). Entschieden wird dies im Rahmen der innerverbandlichen Willensbildung – jeder hoheitliche Eingriff in diesen Prozess zerreißt die ununterbrochene Legitimationskette zwischen den Kollektivverträgen und dem Willen der Mitglieder. Mithin ist der Gesetzgeber darauf beschränkt, die autonom entwickelten Vorgaben der Sozialpartner nachträglich anzuerkennen, wie dies in der Geschichte des Kollektivvertragsrechts stets geschehen ist⁹⁶.

Diesen Anforderungen genügen die Vorschläge der *Ales*-Studie nicht. Insbesondere lässt sich nicht behaupten, das Gemeinschaftsrecht könne eine bestehende Regelungskompetenz der europäischen Dachverbände aufgreifen: Dass die Rechtsetzung der europäischen Sozialpartner gleichsam aus sich selbst heraus legitimiert wäre, weil die Dachverbände kraft ihrer Repräsentativität oder ihrer besonderen Sachnähe auch außerhalb der Grenzen des Verbands und des Verbandsrechts Arbeitsbedingungen festlegen und insofern als „Ersatzgesetzgeber“ fungieren könnten, ist längst als Fehlvorstellung entlarvt⁹⁷.

Ist mithin ein autonomes System unweigerlich auf die vollständige Autonomie seiner Parteien angewiesen, kann der hoheitliche Eingriff weder durch den potenziellen Austritt noch dadurch geheilt werden, dass die Kollektivverträge später staatsfrei ausgehandelt werden. Die heteronomen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts in die Selbstordnung der Sozialpartner werden durch die Chance der Mitglieder, ihren Willen zumindest nachträglich und teilweise geltend zu machen, nicht etwa „geheilt“. Ebenso wenig darf der deutsche Betriebsrat für sich in Anspruch nehmen, er sei durch die Betriebsratswahl privatautonom legitimiert⁹⁸.

⁹³ Nachweise in Fn. 55.

⁹⁴ Deutlich BVerfG 18.12. 1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 38, 281 = Arbeitsrechtliche Praxis (AP) Nr. 23 zu Art. 9 GG mit Anmerkung *Kittner* = RdA 1975, 260 (Arbeitnehmerkammern).

⁹⁵ Hierzu *Rieble*, RdA 1996, 151, 152 f. Weiter zur Betriebsverfassung als „Staatsveranstaltung“ *derselbe* (Fn. 16), Rn. 1411 ff. Inwieweit § 77 Abs. 3 BetrVG durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geboten ist, ist freilich umstritten; hierzu *Worzalla*, in: Hess/Schlochauer/Glock/Worzalla/Nicolai, BetrVG, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl. 2008, § 77 Rn. 98 mit umfangreichen Nachweisen; einschränkend *Richardi*, Betriebsverfassung und Privatautonomie, 1973, S. 16 ff.; *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, 2000, S. 397 ff.

⁹⁶ *Deinert* (Fn. 28), S. 479; *Schiek*, in: Däubler (Fn. 26), Einleitung Rn. 807.

⁹⁷ Ausführlich *Schwarze*, RdA 2001, 208, 211 f.

⁹⁸ Deutlich *Picker*, NZA 2002, 761, 769 mit weiteren Nachweisen; die Gegenmeinung, etwa *Ehmann/Lambrich*, NZA 1996, 346, 351 ff. überstrapaziert die legitimatorische Kraft der Wahl angesichts des zwangskorporativen Charakters der Betriebsverfassung; ähnlich *Friese*, ZfA 2003, 237, 248 f., die aus der Betriebsratswahl eine „eigene Legitimationsbasis“, die nicht auf Privatautonomie fußt, ableiten will.

bb) Zwischenergebnis

Freilich sind diese Einwände sehr deutschrechtlich; in Europa findet sich eine Vielzahl unterschiedlicher Kollektivvertragsrechte, deren Sichtweise des „optionalen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens“ im Sinne der Studie anders ausfallen mag.

Es gilt aber doch zu bedenken, dass sich sekundäres Gemeinschaftsrecht in Deutschland zumindest noch subsidiär an den Vorgaben des Grundgesetzes (GG) messen lassen und damit den Anforderungen der Tarifautonomie genügen muss⁹⁹. Außerdem – und das wiegt schwerer – zielt der vorgeschlagene optionale Rechtsrahmen in der Sache gerade auf autonome Kollektivverträge, die frei von hoheitlichem Einfluss Arbeitsbedingungen regeln sollen – anders gewendet: auf Tarifautonomie.

2. Vertragsverhandlungen**a) Verhandlungsverfahren**

Insofern ist es konsequent, dass der Vorschlag der *Ales*-Gruppe sich jeder Vorgabe zum Verhandlungsverfahren – sowohl in den Vorverhandlungen, als auch im eigentlichen Verhandlungsgremium – enthält. Wie das gemeinsame Verhandlungsgremium arbeitet, insbesondere seine Entscheidungen fällt, soll vielmehr der Basiskollektivvertrag, mit dem die Vorverhandlungen ihren Abschluss finden, festlegen¹⁰⁰.

b) Keine Druckmittel

Die Studie sieht keine auf den Abschluss einer transnationalen Kollektivvereinbarung gerichteten Druckmittel (Arbeitskampf) vor; das spricht dafür, dass der neue Kollektivvertrag grundsätzlich unter Freiwilligkeitsvorbehalt stehen soll¹⁰¹. Ausdrücklich gesagt ist dies freilich nur für das Aktivierungsverfahren: „[...] an *initiative* can be taken [...] *jointly and voluntarily*“¹⁰².

Ohnehin müsste ein qua Richtlinie eingeführtes, gemeinschaftsrechtliches Arbeitskämpfrecht an Art. 137 Abs. 5 EGV scheitern. Dass der transnationale Kollektivvertrag nicht erkämpft werden könnte, ist damit nicht gesagt: Der Vorschlag der *Ales*-Studie setzt sich nicht mit der Möglichkeit auseinander, dass die Mitglieder der europäischen Dachverbände deren Ziele mit nationalen Kampfmaßnahmen befördern könnten. In Deutschland hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in der Unterstützungstreikentscheidung jüngst die Tarifakzessorietät des Arbeitskämpfrechts gelockert¹⁰³ – der nationale Kampf um den europäischen Tarifvertrag scheint vorprogrammiert.

⁹⁹ Auch hierzu *Schwarze*, RdA 2001, 208, 216 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BVerfG (Solange/Maastricht).

¹⁰⁰ Dazu bereits unter 1 b.

¹⁰¹ *Weiss*, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 973.

¹⁰² *Ales et alii* (Fn. 7), S. 37 (Hervorhebung durch uns). Deutlicher *Ales*, ZESAR 2007, 150, 153: „Die Regelung sollte daher [...] auf freiwilliger Basis begründet werden.“

¹⁰³ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (EzA) Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 140 = AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2007, 1055; hierzu die Anmerkung *Junker*, Juristenzeitung (JZ) 2008, 102, 103 f.

3. Regelungsmaterien und Wirkung der Vereinbarungen

a) Regelbare Arbeitsbedingungen

Die *Ales*-Gruppe will den „optionalen Rechtsrahmen“ als Ergänzung der bisherigen nationalen und transnationalen Instrumente kollektiver Verhandlungen verstanden wissen. Einen Anwendungsbereich sieht sie etwa im Bereich der Umstrukturierungen, Arbeitszeit, Gleichbehandlung oder Unterrichtung der Arbeitnehmer.

Indes: Konkrete inhaltliche Grenzen der Regelungsmacht enthält der Vorschlag nicht – die nur ergänzende Funktion wird ausdrücklich angesprochen, schlägt sich aber nicht in Kompetenzbeschränkungen oder vergleichbar „harten“ Regelungen über die „Reichweite der Tarifmacht“ nieder. Art. 137 Abs. 5 EGV – der über den Umweg des Art. 94 EGV unterlaufen werden soll – setzt nicht den Sozialpartnern Schranken, sondern der Gemeinschaft.

Vor diesem Hintergrund steht zu erwarten, dass sich der transnationale Kollektivvertrag nicht bruchlos und ergänzend in das Geflecht nationaler und transnationaler Sozialpartnerverhandlungen heutiger Prägung einfügen wird; Konflikte und Konkurrenzprobleme – deren Struktur und Lösung derzeit nicht abzuschätzen sind – sind unvermeidlich¹⁰⁴. Dies ist nicht etwa ungewollter Nebeneffekt, sondern durchaus beabsichtigt: *Ales* geht davon aus¹⁰⁵, eine transnationale Kollektivvertragsordnung könne „der Ausübung der [gemeint wohl: nationalen] Kollektivvertragsautonomie zu dem Zwecke, Mindeststandards des Gemeinschaftsrechts abzubedingen, entgegenwirken und außerdem verhindern [...], dass dadurch auf der Ebene der einzelnen Mitgliedstaaten [...] Unterschreitungen eines bestimmten Mindeststandards möglich würden.“

Das aber heißt: Der transnationale Tarifvertrag soll „von oben“ den nationalen Tarifverträgen Grenzen setzen dürfen. Im deutschen Recht ist es genau umgekehrt: Der Verbandstarifvertrag geht dem Spitzentarifvertrag als speziellere Regel vor¹⁰⁶ – auch weil er näher am Mitglied und damit besser legitimiert ist. Spitzenverbände haben kein eigenes Recht, die Tarifautonomie ihrer Mitgliedsverbände gegen deren Willen zu koordinieren¹⁰⁷. Eine solche Verkehrung der Legitimationskette begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken – würden die Mitgliedsverbände doch durch den Beitritt zum Europäischen Spitzenverband ihre Tarifmacht verzichtend übertragen.

b) Bindende Wirkung der Vereinbarungen

Die neue Qualität des transnationalen Kollektivvertrags läge im Kern in seiner bindenden Wirkung auch in den Mitgliedsstaaten – andernfalls verbliebe es bei bloßen Vorschlägen an die Mitglieder der europäischen Sozialpartner, die das heutige Recht bereits ermöglicht. Dabei bleibt im Dunkeln, wie diese Bindungswirkung oder Geltungskraft konkret ausgestaltet sein soll.

¹⁰⁴ Stellungnahme der BDA (Fn. 58), S. 9. Ähnlich *Weiss*, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 973.

¹⁰⁵ *Ales*, ZESAR 2007, 150, 153.

¹⁰⁶ BAG 28.6. 2001 – 6 AZR 114/00, EzA § 4 TVG Beschäftigungssicherung Nr. 7 = NZA 2002, 331 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Arbeitszeit unter B II; *Löwisch/Rieble* (Fn. 23), § 4 Rn. 154; anderer Meinung nur *Oetker*, in: Wiedemann (Fn. 37), § 2 Rn. 442.

¹⁰⁷ *Rieble*, Festschrift Otto, 2008, S. 471, 490 ff.

aa) Erga-omnes-Wirkung?

Es kann insoweit jedenfalls nicht um einen zwingenden erga-omnes-Effekt, eine Form der Allgemeinverbindlichkeit über alle Branchen und Tarifvertragsrechte hinweg, gehen – schon weil die europäischen Sozialpartner mangels hinreichender demokratischer Legitimation nicht als Ersatzgesetzgeber für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der EG installiert werden dürfen¹⁰⁸.

bb) Mittelbare Bindungswirkung nach Maßgabe des jeweiligen Tarifvertragsrechts?

Rechtlich möglich ist die zwingende Wirkung nur gegenüber den Mitgliedern der Dachverbände. Das entspräche dem nur schuldrechtlichen europäischen Spitzentarifvertrag, dessen Umsetzung in den Mitgliedstaaten dann den nationalen Verbänden zufiele.

Freilich stünden den nationalen Sozialpartnern dazu nur die Mittel zur Verfügung, die das nationale Recht ihnen gibt. Damit aber würde der Sinn des bindenden europäischen Kollektivvertrags, transnationale Probleme einer einheitlichen Lösung in allen EG-Staaten zuzuführen, im Ansatz verfehlt: Hinge die Wirkung der Vereinbarung doch wieder von der jeweiligen Ausgestaltung des nationalen Tarifvertragsrechts ab, könnte angesichts der völlig unterschiedlichen Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten¹⁰⁹ von einer einheitlichen Geltung von vornherein keine Rede sein. Ein Instrument, welches eigentlich die Wettbewerbsbedingungen auf dem Gemeinsamen Markt angleichen sollte, müsste damit notwendig zu Wettbewerbsverzerrungen führen.

cc) Mittelbare Bindungswirkung durch „Entscheidungen“ auf Unternehmensebene

Die *Ales*-Studie sucht daher einen dritten Weg, der die beschriebenen Schwierigkeiten vermeiden oder doch zumindest minimieren könnte: Den Kollektivvereinbarungen auf europäischer Ebene soll keine unmittelbar eigenständige Bindungswirkung zukommen, sondern sie sollen wiederum nur mittelbar Rechtsverbindlichkeit erlangen.

Die Kollektivverträge auf sektoraler Ebene sollen durch „managerial decisions“, Unternehmensentscheidungen also, aller Unternehmen in der betreffenden Branche umgesetzt werden¹¹⁰, was wiederum supranational überwacht und mittels – kaum näher erläuteter – „enforcement procedures“ durchgesetzt würde. Dabei ist immerhin eine Bindung nur derjenigen Unternehmen intendiert, die einem Verband angehören, der seinerseits durch einen der vertragschließenden Spitzenverbände repräsentiert wird.

Dennoch bleiben wichtige Fragen unbeantwortet: Ein Qualitätssprung hin zu einem europäischen Kollektivvertragsrecht ließe sich nur realisieren, wenn die betreffenden Unternehmen eine entsprechende Erklärung auch abgeben müssten. Welche Folgen eine Weigerung des einzelnen Unternehmens nach sich ziehen sollte, bleibt in der Studie im Vagen¹¹¹. Unklar ist zudem, welches Regelungsinstrument die jeweiligen Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten nutzen könnten – wobei wiederum

¹⁰⁸ Deutlich *Arnold*, NZA 2002, 1261, 1265 ff. und *Schwarze*, RdA 2001, 208, 215 ff.

¹⁰⁹ Hierzu schon unter II 2.

¹¹⁰ *Ales et alii* (Fn. 7), S. 36 ff. Dazu auch *Ales*, ZESAR 2007, 150, 154.

¹¹¹ Kritisch hierzu die BDA (Fn. 58), S. 12.

eine einzelstaatlich differenzierte Geltungsintensität vorprogrammiert scheint. Auch wäre noch zu klären, ob die Unternehmen eine Wirkung der Vereinbarung gegenüber allen ihren Beschäftigten anstreben müssten oder aber nur gegenüber denen, die auch im europäischen Dachverband auf Gewerkschaftsseite repräsentiert sind.

Der Zugriff auf die Umsetzung durch die Unternehmen weist in Richtung erga-omnes-Wirkung für alle Arbeitnehmer. Das spricht *Ales* inzident aus: „Die Inhalte der transnationalen europäischen Kollektivverträge müssen in Unternehmensentscheidungen überführt werden, wenn und soweit die Unternehmen der vertragsschließenden Arbeitgebervereinigung angehören.“¹¹² Damit wird eine mittelbare Tarifgeltung auch gegenüber nicht organisierten Arbeitnehmern erreicht – im Gegensatz zum deutschen Tarifrecht, das mit §§ 4 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1 TVG die beiderseitige Mitgliedschaft und Tariflegitimation fordert. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat bislang jedenfalls diese mitgliedschaftlich-privatautonome Legitimation für ein Verfassungsgebot gehalten; ihr Fehlen kann nur durch einen staatlich legitimierten konkreten Geltungsbefehl nach Art der Allgemeinverbindlicherklärung überwunden werden¹¹³.

V. Tarifsistemkonforme Alternative: Kollektiv-privatautonomes Modell

1. Legitimation von unten statt durch Staatsbefehl

Neben der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Verhandlungen muss sich ein Kollektivvertrag vor allem an seiner Legitimation messen lassen. Soll ein transnationales Gremium zwingendes Recht für den einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer setzen dürfen, dann muss diese Regelungsbefugnis gegenüber den Normunterworfenen gerechtfertigt sein. Es wäre nur folgerichtig, die Legitimationskette zu dem europäischen Tarifvertrag nicht „von oben“ zu schließen, sondern vielmehr „von unten“, über die Mitglieder der Dachverbände.

a) Privatautonome Legitimation

Diese Mitglieder, die gegenüber den in ihnen organisierten Verbänden oder Personen wiederum durch privatautonomen Beitritt zur Rechtsetzung legitimiert sind, könnten also ihren Dachverbänden ein Mandat zum Abschluss bindender Kollektivverträge auf Gemeinschaftsebene zuweisen. Gerade ein Modell, welches material auf die staatsfreie Selbstregulierung durch die Sozialpartner setzt und damit dem Gedanken der Tarifautonomie folgt, muss dem Rückbezug der kollektiven auf die individuelle Regelungsbefugnis – mithin dem Charakter der Tarifautonomie als Bündelung von Privatautonomien¹¹⁴ – Rechnung tragen. Nur das entspräche auch der Genese der nationalen Kollektivvertragsordnungen, die sich im Kern als staatliche Rezeption frei verhandelter Kollektivverträge mit eigenständigem, nicht gesetzlich untermauertem Geltungsanspruch beschreiben lässt. Anders gewendet folgte der gesetzliche Geltungsbefehl – soweit das jeweilige Recht einen solchen kennt – dem bereits vorhan-

¹¹² *Ales*, ZESAR 2007, 150, 154.

¹¹³ BVerfG 14.6. 1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208; BVerfG 15.7. 1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, BVerfGE 55, 7, 21; BVerfG 24.5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 341.

¹¹⁴ Für das deutsche Recht nur *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Verfassung, 2000, S. 44 f. und *Rieble*, ZfA 2000, 5, 23 f.

denem Tarifvertrag nach, nicht umgekehrt der Kollektivvertrag seiner gesetzlichen Regelung¹¹⁵.

b) Autonomes Kollektivvertragsrecht durch die Sozialpartner?

Diese grundlegende Frage nach der Legitimation drittbezogener Rechtsetzung durch die europäischen Sozialpartner spiegelt sich auch in der Überlegung, diese Sozialpartner müssten das Fundament eines europäischen Kollektivvertragsrechts selbst legen – durch eine Rahmenkollektivvereinbarung nach dem Statuskontraktmodell¹¹⁶.

Den Geltungsanspruch, den die Parteien dieser Rahmenvereinbarung für ihre Abkommen einfordern wollen, hätten sie sodann gegenüber ihren Mitgliedern eigenständig durchzusetzen. Eine Verrechtlichung auf Gemeinschaftsebene hätte zu unterbleiben, bis sich das autonom geschaffene Kollektivvertragsrecht in der Praxis behauptet hat. Dahinter steht der überzeugende Gedanke, dass die Zeit für ein europäisches Kollektivvertragssystem nicht reif ist, ehe nicht die davon betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus eigenem Antrieb bereit sind, sich den europäischen Kollektivvereinbarungen zu unterwerfen.

c) Handlungs(un)wille der nationalen Sozialpartner

aa) Perspektiven privatautonom legitimierter europäischer Kollektivverträge

Indes ist derzeit kaum zu erwarten, dass die nationalen Akteure des Tarifvertragsrechts sich in derart weit reichendem Rahmen ihrer Normsetzungsbefugnisse begeben würden. Insbesondere die Arbeitgeber sperren sich gegen die Aufgabe von Rechten zugunsten der europäischen Dachverbände¹¹⁷. Hingegen sind auf Gewerkschaftsseite bereits Ansätze in dieser Richtung zu erkennen: Prominentes Beispiel ist die Doorn-Erklärung aus dem Jahre 1998. In diesem transnationalen Abkommen von Gewerkschaften und Gewerkschaftsbünden aus den Benelux-Ländern und aus Deutschland wurde eine grenzübergreifende Koordination der Tarifpolitik vereinbart¹¹⁸. Zudem ist die internationale, insbesondere europäische, Konkurrenzsituation schon heute in vielen Tarifverhandlungen auf nationaler Ebene gegenwärtig.

Die Folgerung der *Ales*-Studie, gerade wegen der derzeitigen Unwilligkeit der nationalen Sozialpartner, ihren europäischen Dachverbänden die Kompetenz zum Abschluss bindender Vereinbarungen zu übertragen, müsse diese Befugnis qua Gemeinschaftsrecht begründet werden, vermag vor diesem Hintergrund nicht zu überzeugen:

Vielmehr steht zu erwarten, dass die Vorbehalte der nationalen Sozialpartner gegen auch für sie bindende europäische Kollektivvereinbarungen noch anwachsen, wenn solche Vereinbarungen – gleichsam „an den Akteuren der nationalen Tarifvertragsrechte vorbei“ – durch eine Richtlinie des Rates ermöglicht werden¹¹⁹. Es mag zutref-

¹¹⁵ Nachweise Fn. 96.

¹¹⁶ *Schiek*, in: Däubler (Fn. 26), Einleitung Rn. 810 ff.; auch schon *Schnorr*, Rechtsfragen europäischer Tarifverträge, Sozialer Fortschritt (SF) 1963, 155, 157. Kritisch *Fudickar*, Parteiautonome Anknüpfung grenzüberschreitender Tarifverträge in der Europäischen Union, 2005, S. 87 ff.

¹¹⁷ Dazu schon II 3 c, bb.

¹¹⁸ Dazu etwa *Weiss*, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 967 und *Schiek*, in: Däubler (Fn. 26), Einleitung Rn. 748.

¹¹⁹ Vgl. die Stellungnahme der BDA zu den Vorschlägen der *Ales*-Gruppe (Fn. 58).

fen, dass aus heutiger Sicht nicht abzusehen ist, ob – und wenn ja, wann – ein privat-autonom erteiltes Mandat zum Abschluss drittwirkender Kollektivverträge an die europäischen Sozialpartner zu erwarten ist. Dennoch wäre es vorschnell, daraus den Schluss zu ziehen, dieser Entwicklungsstrang sei nicht mehr ausbaufähig.

bb) Leitbild: Vereinbarungen zwischen zentraler Unternehmensleitung und Europäischem Betriebsrat

Zum Leitbild könnte insoweit die Entwicklung der Beziehungen zwischen zentraler Unternehmensleitung (zUL) und Europäischem Betriebsrat werden¹²⁰. Obzwar der EBR nach den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts¹²¹ als reines Konsultationsorgan ohne eigene Verhandlungsbefugnisse ausgestaltet werden sollte, hat sich die Rechtspraxis nicht in diesen engen Grenzen gehalten: Zunehmend finden sich auch Vereinbarungen zwischen EBR und zUL, die – wie etwa die europaweite Rahmenvereinbarung bei General Motors Europe¹²² – vor allem die Lastenverteilung bei grenzübergreifenden Umstrukturierungen in international tätigen Unternehmen betreffen. Obzwar Rechtscharakter und Verbindlichkeit solcher Vereinbarungen bislang noch völlig ungeklärt sind, zeigt sich hier doch eine Dynamik¹²³, die auch auf das europäische Kollektivvertragsrecht auf unternehmens- und branchenübergreifender Ebene ausstrahlen könnte.

Freilich liegt der entscheidende Unterschied darin, dass transnationale Unternehmen auch heute schon ein Bedürfnis für grenzüberschreitende kollektive Regelungen auf Unternehmensebene sehen. Und auch die Legitimationsfrage stellt sich anders: Der EBR hat kein eigenständiges Verhandlungspotenzial, muss sich mithin auf die Unterstützung und die internationale Solidarität der nationalen Arbeitnehmervertretungen verlassen können¹²⁴. Es ist Sache dieser Gremien, ihm ein Verhandlungsmandat und auch entsprechende Verhandlungsmacht an die Hand zu geben – eine nachgerade klassische Legitimation „von unten“.

2. Folgerungen für ein europäisches Kollektivvertragssystem

a) Grundentscheidung: Gegenseitigkeit oder Eigenständigkeit

Ein transnationales Kollektivvertragssystem auf kollektiv-privatautonomer Legitimationsbasis kann sich an einem Modell der Gegenseitigkeit oder einem Modell der Eigenständigkeit orientieren:

In der Sache geht es dabei um die Frage, wie die Rechtswirkung kollektiver Verträge über Arbeitsbedingungen die Grenzen der europäischen Mitgliedsstaaten überwinden soll. Und für dieses Kernproblem des transnationalen Kollektivvertrags gibt es nur zwei denkbare Lösungen: Entweder muss der Vertrag auf die Mithilfe der anderen Mitgliedstaaten bauen und an jeder Grenze gesetzlich in das jeweilige natio-

¹²⁰ Weiss, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 970 sieht hier einen möglichen Vorläufer des künftigen europäischen Kollektivvertrags.

¹²¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 94/45/EG (Fn. 10).

¹²² Hierzu Weiss, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 970; weitere Beispiele bei Bachner, Die Rechtsstellung des Europäischen Betriebsrats, 1998, S. 226 ff. und Klebe/Roth, Arbeitsrecht im Betrieb (AiB) 2000, 749, 751 ff.

¹²³ Schiek, in: Däubler (Fn. 26), Einleitung Rn. 831: „Katalysator europäischer Arbeitsbeziehungen“.

¹²⁴ Weiss, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 970.

nale Recht integriert werden – oder er muss von vornherein grenzüberschreitende Geltung beanspruchen, sei es kraft Gemeinschaftsrechts oder aus sich selbst heraus.

b) Kooperationsmodell auf Basis des geltenden Rechts

Das geltende Recht erlaubt keinen dieser beiden Wege: Einerseits stößt der Geltungsanspruch nationaler Sozialpartnerverträge an der Staatsgrenze auch an die Grenzen des Territorialitätsprinzips¹²⁵, andererseits kennt das Gemeinschaftsrecht (noch) keinen transnationalen Kollektivvertrag¹²⁶ und die europäischen Sozialpartner haben nicht den Rückhalt bei ihren Mitgliedern, ihn aus eigener Kraft zu schaffen¹²⁷.

Immerhin lässt sich – ohne jede Rechtsänderung – aus der gemeinschaftsrechtlich fundierten Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Tariffähigkeit der nationalen Gewerkschaften nach ihrem Heimatrecht folgern, dass ausländische Gewerkschaften in anderen Mitgliedsstaaten als tariffähig anzuerkennen sind. Sie können daher mit deutschen (oder auch mit ausländischen) Arbeitgebern einen Tarifvertrag nach dem TVG schließen¹²⁸ oder einem bestimmten Unternehmen gemeinschaftlich mit deutschen Gewerkschaften gegenüberreten, um parallele Kollektivverträge abzuschließen. Ebenso können umgekehrt ausländische Verbände oder Unternehmen mit deutschen Gewerkschaften Tarifverträge nach dem TVG abschließen – so geschehen mit dem Tarifvertrag über nach Deutschland entliehene Arbeitnehmer mit Wohnsitz in Frankreich zwischen verschiedenen französischen Zeitarbeitsunternehmen sowie der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) und der Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie (IG BCE) vom 19.12. 2003.

c) Modell der Gegenseitigkeit (Anerkennung nach dem Tarifherkunftsland)

Einen Schritt weiter ginge ein System der gegenseitigen Anerkennung: In einem solchen Modell überspielen Normen des zwischenstaatlichen Rechts, die jeweils in nationales Recht transformiert werden müssen, das Territorialitätsprinzip.

aa) Anerkennung ausländischer Kollektivverträge

Was das bedeutet, illustriert die „Laval“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)¹²⁹: Eine lettische Baufirma hatte einen Auftrag in Schweden übernommen und auf der Baustelle (entsandte) Arbeitnehmer eingesetzt, für die ein lettischer Tarifvertrag galt. Die schwedische Gewerkschaft setzte sich gegen die „Billigkonkurrenz“ aus dem Ausland mit einer Baustellen-Blockade zur Wehr – nach nationalem Recht zulässig, da das schwedische Tarifrecht die Friedenspflicht beschränkt, soweit für den Arbeitgeber kein einheimischer Tarifvertrag gilt.

Der offensichtlichen gemeinschaftsrechtlichen Dimension des Falls (Konflikt der schwedischen „Lex Britannia“¹³⁰ mit der Dienstleistungsfreiheit) soll hier nicht weiter

¹²⁵ Löwisch/Rieble (Fn. 23), Grundlagen Rn. 90 ff. auch zu einer möglichen Durchbrechung des Territorialitätsprinzips über das internationale Privatrecht (Wahl des Arbeitsvertragsstatuts).

¹²⁶ Näher II 3.

¹²⁷ Bereits I c.

¹²⁸ Löwisch/Rieble (Fn. 23), Grundlagen Rn. 96 ff.

¹²⁹ EuGH 18.12. 2007 – Rs. C-341/05, noch nicht in Amtlicher Sammlung = NZA 2008, 159 = DB 2008, 71 = ZESAR 2008, 79 (Laval).

¹³⁰ Näher Köhler, ZESAR 2008, 65, 69 f.

nachgegangen werden¹³¹. Wichtiger für unsere Zwecke ist der rechtliche Ausgangspunkt des Falls, namentlich der Umstand, dass das schwedische Recht den ausländischen Kollektivvertrag nicht als „vollwertigen“ Tarifvertrag anerkennt. Dem hätten die Tarifparteien auch nicht mit den Mitteln des Internationalen Privatrechts begegnen können – das Tarifvertragsstatut ist nicht wählbar¹³².

In einem auf gegenseitiger Anerkennung basierenden System transnationaler Kollektivverträge hingegen hätte sich das „Laval“-Problem von vornherein nicht stellen können: Hier legen die betroffenen Staaten normativ fest, dass die Tarifverträge des jeweils anderen Staats als Tarifverträge auch im Sinne der eigenen Rechtsordnung anzusehen sind.

bb) Historisches Vorbild: Deutsch-polnisches Abkommen über Oberschlesien vom 15.5. 1922

Von rechtsgeschichtlichem Interesse ist insoweit das deutsch-polnische Abkommen über Oberschlesien vom 15.5. 1922¹³³, dessen Art. 159 ff. Vorbild eines transnationalen Kollektivvertragsrechts der Gegenseitigkeit sind¹³⁴. Das deutsche Reich und Polen erkennen in diesem zwischenstaatlichen Vertrag, den beide jeweils in nationales Recht umgesetzt haben, wechselseitig alle Arbeitnehmer- und Arbeitgebervereinigungen in Oberschlesien an und zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Mitglieder (Art. 159 ff.). Diesen Vereinigungen – auch und gerade den ausländischen – werden sodann bestimmte Rechte eingeräumt: Sie dürfen ihre bisherige Tätigkeit aufrechterhalten (Art. 163), sich gegenüber den nationalen Zentralorganisationen verselbständigen (Art. 166) und werden vor Einschränkungen ihrer Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit geschützt (Art. 164). Zentral aber ist die Befugnis, nach Art. 167 des Abkommens gemeinsame Tarifverträge für ganz Oberschlesien abzuschließen. Um das Zustandekommen solcher gemeinsamer Tarifverträge zu erleichtern, verpflichten sich die deutsche wie die polnische Regierung, einen „Bevollmächtigten für Arbeitsfragen“ zu ernennen, dem mit Blick auf die transnationalen Tarifverträge besondere Befugnisse – etwa das Recht, Schlichtungsverfahren einzuleiten oder gemeinsame Tarifverträge für allgemeinverbindlich zu erklären – eingeräumt werden (Art. 165, 169).

Im Ergebnis konnten somit inländische Sachverhalte in ausländischen Tarifverträgen geregelt werden, die das inländische Recht wiederum den hiesigen gleichstellt.

d) Modell der Eigenständigkeit

Der Gegenentwurf, die Alternative für die qualitative Weiterentwicklung des transnationalen Kollektivvertragsrechts, fußt auf der Eigeninitiative der nationalen Sozialpartner. Diese könnten in einem – bislang freilich beispiellosen – Akt grenzüberschreitender Kooperation ein europäisches Gremium bilden, dessen Rechte sich aus seinem autonom verliehenen Mandat ableiten und dessen Verhandlungsergebnis-

¹³¹ Dazu etwa *Reich*, EuZW 2007, 391, 393 ff.; *Kocher*, AuR 2008, 13, 17 und *Temming*, ZESAR 2008, 231, 235 ff.

¹³² *Löwisch/Rieble* (Fn. 23), Grundlagen Rn. 91 mit weiteren Nachweisen; anders *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 1705 ff.

¹³³ Reichsgesetzblatt (RGBl) II 1922, S. 238 ff.; online abrufbar über http://www.zaar.uni-muenchen.de/fileadmin/ZAAR-Dateien/pdf/Dokumentation/historischegesetze/Deutsch-polnisches_Abkommen_RGBl.1922_II_S._237.pdf.

¹³⁴ *Löwisch/Rieble* (Fn. 23), Grundlagen Rn. 109.

se die Sozialpartner zunächst eigenständig durchzusetzen hätten. Ist das Mandat auf den Abschluss bindender Kollektivverträge gerichtet, stünden die transnationalen Verhandlungspartner mithin vor der schwierigen Aufgabe, den Geltungsanspruch ihrer Abkommen selbst festzulegen und über die nationalen Sozialpartner auch einzufordern. Hierher rechnet das bereits erwähnte Statuskontraktmodell¹³⁵.

Rechtstechnisch sollten die Mitgliedsverbände – nach dem Vorbild des § 2 Abs. 2 TVG – den europäischen Dachorganisationen zweckmäßigerweise entsprechende Vollmachten erteilen. Zwar ist eine Legitimation „von unten“ ebenso durch eine Änderung der Satzungen der Dachverbände denkbar (vgl. § 2 Abs. 3 TVG)¹³⁶. Dann aber müsste die Frage nach der Kollektivvertragsfähigkeit der europäischen Spitzenorganisationen beantwortet werden – womit angesichts des nach wie vor fehlenden europäischen Kollektivvertragsrechts Rechtsunsicherheiten vorprogrammiert wären.

Mit Blick auf die Legitimation der europäischen Kollektivverträge ist das Modell der Eigenständigkeit vorzuziehen, weil dieser Ansatz auf das praktisch mögliche Maximum an Selbstbestimmung zielt. Diese große Stärke ist derzeit zugleich seine Achillesferse: Soll es allein auf autonome Selbstregelung der nationalen Koalitionen ankommen, steht und fällt das transnationale Kollektivvertragsrecht mit der Bereitschaft aller Beteiligten zur Kooperation.

e) Gemeinsames Kernelement

In welche Richtung das europäische Kollektivvertragsrecht letztlich entwickelt werden soll: Im Kern muss die normative Regelung von Arbeitsbedingungen im Kollektivvertrag auf einer staatsfreien Entscheidung der Sozialpartner fußen, die sich ihrerseits auf den freien Willen der Normunterworfenen zurückführen lässt. Dazu gehört auch, dass sich die Verhandlungspartner selbst ordnen und selbst entscheiden, welchen Gremien sie die Kollektivverhandlungen übertragen.

Eine hoheitlich verordnete „Euro-Betriebsverfassung“ entgegen den Grundgedanken der Tarifautonomie darf jedenfalls das deutsche Recht nicht hinnehmen, ihrer Rechtssetzung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer fehlte die notwendige Legitimation.

3. Ergebnis

Der Weg der Legitimation von Kollektivverträgen „von unten“ muss nicht nur für Verhandlungen auf Unternehmensebene¹³⁷, sondern auch für unternehmens- oder branchenübergreifende Kollektivverhandlungen als vorzugswürdig erachtet werden. Eine originär gemeinschaftsrechtliche Legitimation würde demgegenüber keinen Vorteil bedeuten. Im Gegenteil droht angesichts der erkannten Verweigerungshaltung der nationalen Sozialpartner die Gefahr, dass die übereilte Verrechtlichung der europäischen Kollektivvereinbarungen zu Gegenstrategien auf nationaler Ebene, vor allem aber zur Abkehr aus dem europäischen Sozialen Dialog, führen könnte. Ein sol-

¹³⁵ Unter 1 b.

¹³⁶ Zu diesen beiden Alternativen einer Legitimation der Regelungsbefugnis von Spitzenorganisationen *Oetker*, in: Jacobs/Krause/Oetker, Tarifvertragsrecht, 2007, § 2 Rn. 141.

¹³⁷ Hierzu schon 1 c, bb.

cher Prozess verschärfte das bereits bestehende Repräsentativitätsdefizit¹³⁸ der europäischen Sozialpartner und würde das schnelle und mutmaßlich endgültige Ende für ein organisch gewachsenes europäisches Tarifsysteem bedeuten.

Gerade mit Blick auf die sich abzeichnende Wandlung des EBR vom Konsultations- zum Verhandlungsgremium muss doch konstatiert werden, dass die Rechtspraxis willens und in der Lage ist, eigenverantwortlich ein transnationales Kollektivvertragssystem auf Gemeinschaftsebene zu errichten. Entscheidend kommt es auf den beiderseitigen Willen zur europaweiten Zusammenarbeit an. Das wiederum setzt ein gewisses Maß an grenzüberschreitender Solidarität der Belegschaften und ein Bedürfnis der Arbeitgeber nach transnationalen Regelungen voraus. Diese Grundlagen müssen wachsen und lassen sich nicht qua Richtlinie vorschreiben.

Bis aber die europäischen Sozialpartner von ihren nationalen Mitgliedern mit einem tarifpolitischen Mandat ausgestattet werden, sollte die EG davon absehen, den Rechtsrahmen eines Kollektivvertragssystems im Sekundärrecht festzuschreiben. Die Vorteile schnellen Handelns können die Risiken für die wirtschaftliche und soziale Entwicklung, die eine drohende Abkehr der nationalen Akteure vom transnationalen Sozialen Dialog mit sich brächte, keinesfalls aufwiegen¹³⁹.

VI. Fazit und Ausblick

Die aktuellen Bestrebungen, ein europäisches System transnationaler Kollektivverhandlungen zu entwickeln, sind als Denkanstoß zu begrüßen. Gelingt es nationalen wie europäischen Sozialpartnern, Arbeitsbedingungen grenzüberschreitend festzusetzen, sollten sich Gemeinschaft und Mitgliedsstaaten in der Sache zurücknehmen – und einen rechtlichen Rahmen für die Verhandlungen zur Verfügung stellen. Freilich müssen diese Bemühungen auf das tarifsysteemkonforme Modell einer autonomen Selbstregelung durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer zielen. Übereilte Verrechtlichung auf Gemeinschaftsebene wirkt – insbesondere, wenn sie dieses Ziel aus den Augen verliert – kontraproduktiv und gefährdet die Akzeptanz transnationaler Kollektivregelungen bei den Normunterworfenen.

Statt aber die viel versprechenden Ansätze einer transnationalen Verhandlungskultur zwischen Unternehmensleitungen und EBR zu beobachten und zu fördern, will die Kommission die EBR-Richtlinie überarbeiten¹⁴⁰ und anstelle frei verhandelter Lösungen verstärkt auf gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Mindeststandards setzen. Hier wird eine gewisse Konvergenz zu den Vorschlägen der *Ales*-Gruppe sichtbar: Sowohl mit Blick auf die europäische Betriebsverfassung als auch mit Blick auf das europäische Kollektivvertragsrecht werden autonome Verhandlungen zunehmend als Hemmschuh der europäischen Rechtsentwicklung begriffen.

¹³⁸ Etwa *Arnold*, NZA 2002, 1261, 1266 und *Gilles*, Das Zustandekommen und die Durchführung von Sozialpartnervereinbarungen im Rahmen des europäischen sozialen Dialogs, 1999, S. 110 ff. Zur Frage der Repräsentativität noch das Gericht erster Instanz (EuG) vom 17.6. 1998 – T-135/96, Slg. 1998, II-2335 = AP Nr. 1 zu EWG-Richtlinie Nr. 96/34 unter Rn. 90 ff. der Gründe (UEAP-ME/Rat) und *Schwarze*, RdA 2001, 208, 210 ff.

¹³⁹ *Weiss*, Festschrift Birk, 2008, S. 957, 974 kritisiert die Vorschläge der *Ales*-Studie als einen ebenso ungedulden wie untauglichen Versuch.

¹⁴⁰ Dazu das Anhörungsschreiben der Kommission an die europäischen Sozialpartner; deutscher Volltext auf http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/2008/ewc_consultation2_de.pdf.

Das mühsame Ringen um Konsens, an dessen Ende vielfach – wenn überhaupt – nur der „kleinste gemeinsame Nenner“ steht, soll durch EG-Richtlinien abgekürzt werden. Die Verfasser erlauben sich die Befürchtung, dass dabei die Gefahren, die dieser schnelle und bequeme Weg für die langfristige Entwicklung des europäischen Arbeitsrechts birgt, im Interesse eines kurzfristigen „Fortschritts“ in Kauf genommen werden.