
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von

Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen
in der Europäischen Gemeinschaft, Trier

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Sozialrecht, München

Oktober – Dezember 2000
14. Jahrgang

Seiten 291–398
ISSN 0930-861X



CFM

C. F. Müller Verlag
Hüthig

4

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS)

Heft 4, 14. Jahrgang, 2000, Seiten 291–398

Inhalt

Abhandlungen

<i>Die Auswirkungen des Prozesses der Stabilisierung und der Strukturanpassung auf die Frauen in Argentinien</i> Von Laura Pautassi, Buenos Aires	291
<i>Arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeits- und Sozialrecht und im EG-Recht</i> Von Wolfgang Däubler, Bremen.	326
<i>Auf dem Weg zur Sozialunion – Wie »sozial« ist das europäische Sozialrecht?</i> Von Alexander Graser, München	336
<i>Der Schutz bei Arbeitsunfall und Berufskrankheit in den USA und in Österreich im Rechtsvergleich</i> Von Carol Daugherty Rasnic, Richmond und Reinhard Resch, Linz	352
<i>Die Soziale Krankenversicherung der VR China im Wandel</i> Von Xiaoye Wang, Beijing	370
<i>Deutsch-türkisches Seminar über aktuelle Probleme des Arbeits- und Sozialrechts – ein Tagungsbericht</i> Von Eva Maria Hohnerlein, München	387
<i>Dokumentation</i>	397
<i>Mitarbeiter dieses Heftes</i>	398

Ausblick auf die nächsten Hefte

Sakamoto (Tokio): Japan: Pension Reform and Funding Options

Verschiedene Autoren: Entwicklung sozialer Sicherheit unter den Bedingungen der Globalisierung

Fontana (Genua): Elternurlaub in Italien

Verschiedene Autoren: A cross-national review of the changing roles of employment offices in seven countries

Ein Gesamtverzeichnis aller bisher erschienenen Beiträge ist unter
<http://www.mpipf-muenchen.mpg.de/MPISR>
abrufbar.

Alexander Graser, München

Auf dem Weg zur Sozialunion – Wie »sozial« ist das europäische Sozialrecht?

- A. Die EU – Wirtschaftsgemeinschaft oder Sozialunion?
- B. Die soziale Dimension der EU – Eine Bestandsaufnahme aus juristischer Perspektive
 - I. Das Koordinationsrecht
 - II. Das »Wettbewerbssozialrecht«
 - III. Sozial motivierte Regulierung
 - IV. »Weiches Recht«
 - 1. Soziale Rechte im »politischen« und »geographischen« Europa
 - 2. Tendenzen zur »Verhärtung« des »weichen« Rechts
 - V. Prozedurale Regeln
 - VI. Direkte Umverteilung
 - VII. Fazit
- C. Hürden auf dem Weg zur Sozialunion
 - I. Vom Arbeitnehmer- zum Bürgerrecht
 - II. Von Strukturvorgaben zu materiellen Standards
- D. Kann die EU eine Sozialunion werden?

A. Die EU – Wirtschaftsgemeinschaft oder Sozialunion?

Wir brauchen eine »politische Alternative« für das »im neoliberalen Format eingefrorene Markteuropa« – so sieht es *Jürgen Habermas*¹, und mit ihm viele andere². Aber ist die soziale Dimension der EU tatsächlich derart unterentwickelt? Auf den ersten Blick möchte es nicht so scheinen, zumindest nicht aus juristischer Perspektive. Denn das europäische Sozialrecht hat inzwischen einen festen Stellenwert in Wissenschaft und Praxis; Lehrstühle und allmählich auch Lehrbücher³ befassen sich ebenso damit wie der EuGH, die Kommission und zunehmend auch die nationalen staatlichen Institutionen. Hinzu kommen gerade in jüngster Zeit die Vorbereitungen für eine europäische Grundrechtscharta, in die wohl auch soziale Garantien aufgenommen werden sollen⁴. Ist Markteuropa also inzwischen »aufgetaut« und die Sozialunion längst erreicht? Oder trägt der juristische Schein?

1 So *Habermas*, Die Postnationale Konstellation, Frankfurt/Main 1998, S. 149.

2 Ausgehend von derselben Einschätzung fordert beispielsweise auch *Wolfgang Streeck* eine Institutionalisierung der europäischen Sozialpolitik, vgl. Vom Binnenmarkt zum Bundesstaat? Überlegungen zur Politischen Ökonomie in der Europäischen Sozialpolitik, S. 369–421 (S. 391) in: *Leibfried/Pierson* (Hrsg.), Standort Europa – Europäische Sozialpolitik 1998.

3 *Frans Pennings*, Introduction to European Social Security Law, 2. Auflage 1998; *Görg Haverkate / Stefan Huster*, Europäisches Sozialrecht, 1999; *Jürgen Stahlberg*, Europäisches Sozialrecht 1997; vgl. auch den (Loseblatt-)Kommentar zum europäischen Sozialrecht, herausgegeben von *Maximilian Fuchs*.

4 Vgl. den abschließenden Entwurf des Konvents vom 28. September 2000 (»Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union«); er ist im Internet erhältlich unter <http://www.consilium.eu.int> (Stichwort »Grundrechte« – Charta 4487/00); in deutscher Sprache wurde der Text veröffentlicht in »Die Welt« vom 20. 9. 00, S. 9. Zitate aus dem Entwurf ohne weitere Angaben beziehen sich im folgenden auf diese Fassung.

B. Die soziale Dimension der EU – Eine Bestandsaufnahme aus juristischer Perspektive

1. Das Koordinationsrecht

Wenn von europäischem Sozialrecht die Rede ist, so geht es meist um jene Bereiche des Europäischen Sekundärrechts, die sich mit der Koordination der mitgliedstaatlichen Systeme der sozialen Sicherheit befassen⁵. Insbesondere handelt es sich dabei um die Verordnungen 1612/68 und 1408/71. Sie sind rund dreißig Jahre alt, und ihre Wurzeln reichen sogar noch weiter zurück in die Frühzeit der europäischen Integration⁶. Der ursprüngliche Zweck dieser Koordination ist, die Mobilität von Arbeitskräften innerhalb des Gemeinschaftsgebiets zu fördern, indem sozialrechtliche Hindernisse abgebaut werden. Diese Hindernisse bestehen darin, daß Arbeitnehmer, die eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat annehmen, womöglich Einbußen in ihrer sozialrechtlichen Absicherung im Heimatland hinnehmen müssen und gleichzeitig auch in ihrem neuen Aufenthaltsland keine volle Sicherung erhalten.

Bereits diese oberflächliche Betrachtung weckt Zweifel daran, ob das Etikett »Sozialrecht« für diese Regeln zur Koordinierung glücklich gewählt ist. Wäre es nicht angemessener, auch diese Regeln dem Bereich der Marktintegration zuzuordnen? Schließlich geht es – nicht anders als etwa beim freien Warenverkehr – darum, einen europäischen Binnenmarkt ohne regionale Barrieren zu schaffen. Nicht umsonst ist auch eine der vier Grundfreiheiten die primäre Kompetenzgrundlage für diese Normen, nämlich die Gewährleistung der Freizügigkeit nach Art. 39ff. EGV. So betrachtet, ist die Koordination im Bereich des Sozialrechts nur eines von vielen Instrumenten zur *ökonomischen* Integration – und steht in einer Reihe mit beispielsweise der Abschaffung von Zöllen oder der Angleichung technischer Standards. Das Attribut »sozial« erscheint vor diesem Hintergrund irreführend. Denn es ist ja gerade die Marktintegration, die verantwortlich gemacht wird für die Verschärfung des Standortwettbewerbs und damit auch für die fortschreitende Erosion der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit. »Sozial« wäre das Koordinationsrecht demnach nur, weil es sich auf das nationale Sozialrecht bezieht, und nicht etwa – wie es der sonst üblichen Verwendung dieser Bezeichnung entspräche –, weil es eine Korrektur der marktwirtschaftlichen (Verteilungs-)Ordnung bezweckt.

⁵ Dieser Bereich nimmt dementsprechend auch in den Lehrbüchern regelmäßig den größten Raum ein; am deutlichsten ist diese Gewichtung bei Pennings, Fn. 3, (S. 1-204); ähnlich bei Haverkate/Huster, Fn. 3, (S. 81-284).

⁶ Vgl. zum einen die Verordnungen des Rats der EWG Nr. 15 vom 16. 8. 1961 sowie Nr. 38 vom 25. 3. 1964 als Vorläufer der zuvor genannten VO 1612/68; zum anderen die Verordnungen des Rats der EWG Nr. 3 und 4, beide aus dem Jahr 1958, als Vorläufer der zuvor genannten VO 1408/71; eingehend zum Ganzen Andreas Hänlein, Rechtliche Möglichkeiten von Übergangsfristen beim EU-Beitritt der MOE-Staaten im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der sozialen Sicherheit, sub. II 3. und 4 (bislang unveröffentlichtes Manuskript).

Nun läßt sich einiges gegen eine solche Sicht einwenden. So haben sich erstens die Regeln zur Koordination der Sozialsysteme inzwischen beträchtlich von ihrer ursprünglichen Zwecksetzung entfernt. Längst geht es nicht mehr allein um Arbeitnehmer. Vielmehr ist der Kreis der erfaßten Personen Schritt für Schritt auf andere Gruppen (Arbeitsuchende, Auszubildende, Familienangehörige) ausgeweitet worden⁷. Auch wenn der Bezug zur Arbeitnehmerfreizügigkeit noch sichtbar ist, so läßt sich doch erkennen, daß sich die Arbeitnehmerfreizügigkeit allmählich in eine Bürgerfreizügigkeit⁸ verwandelt, wie sie seit Maastricht auch im Primärrecht zwar noch nicht voll verwirklicht⁹, aber doch immerhin angedeutet ist (vgl. Art. 18 EGV).

Aber selbst wenn das Koordinationsrecht sich langsam von seinen Wurzeln als Instrument zur Verwirklichung einer der ökonomischen Grundfreiheiten löst – »sozialer« wird es dadurch nicht. Schließlich steigert es den Wettbewerbsdruck auf die nationalen Systeme sogar noch weiter, wenn nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch andere, potentiell noch bedürftigere Gruppen Freizügigkeit genießen. Das Koordinationsrecht bleibt in diesem Sinne »unsozial«.

Der triftigere Einwand gegen die These vom Koordinationsrecht als »Unsozialrecht« ist deswegen, daß die Deutung dieser Normen als Mittel zur Marktintegration zu eindimensional ist. Denn natürlich haben diese Regeln auch Wirkungen, die »sozial« im Sinne der Korrektur der Marktordnung sind. Man braucht nur von der Vogelperspektive des Standortwettbewerbs in die des einzelnen Arbeitnehmers zu wechseln, den die Koordination regelmäßig davor bewahrt, daß er bei einem Umzug über Landesgrenzen hinweg erhebliche Einbußen in Hinblick auf seine soziale Absicherung hinnehmen muß. Dieser »soziale« Charakter der Koordination wird um so deutlicher, wenn man die Situation des Arbeitnehmers unter Geltung der Koordinationsregeln mit einem Szenario vergleicht, in dem die Marktintegration unter Aussparung der Arbeitskräftefreizügigkeit verwirklicht ist. Das Ergebnis wäre ein womöglich kaum verminderter Systemwettbewerb mit ebenfalls erodierendem Sozialstaat, wobei die Arbeitnehmer zudem in ihren Heimatländern »eingesperrt« und mithin auch noch der Möglichkeit beraubt wären, ihre Lebensverhältnisse und Chancen durch Wanderung zu verbessern. Mit anderen Worten: Wenn ohnehin Marktintegration betrieben wird, dann ist es für die Arbeitnehmer unter Umständen besser, daß sie auch auf die Arbeitskräftemobilität erstreckt wird. Denn das damit verbundene Plus an Wettbewerbsdruck auf das Sozialleistungsniveau könnte durch die Ausweitung auch der Verdienstchancen aufgewogen werden.

Bleibt noch ein dritter Einwand, nämlich daß Liberalisierung dem Wohle aller (oder jedenfalls einer ganz überwiegenden Mehrheit) diene. Weniger

7 Ausführlich zu dieser Entwicklung Guido Schulz, *Freizügigkeit für Unionsbürger*, Frankfurt/Main 1997.

8 Vgl. dazu Schulz ebda., auch Albrecht Randelzhofer, *Marktbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Staatsbürgerschaft*, S. 581 ff. in: ders., Rupert Scholz, Dieter Wilke (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, München 1995.

9 So z. B. Schulz, Fn. 7, S. 338.

Sozialrecht im herkömmlichen Sinne wäre danach »sozialer«, und das neoliberale Format, in dem Europa laut *Habermas* eingefroren ist, wäre auch unter »sozialen« Gesichtspunkten der Idealzustand. »Sozial« und »liberal« würden deckungsgleich, und die Ausgangsfrage verlöre ihren Sinn. Das ist eine Sicht der Dinge – aber bekanntlich nicht die einzige. Unversehens findet man sich im Getümmel der wirtschaftspolitischen Glaubenskriege wieder, und offensichtlich ist hier nicht der Ort, das Schisma der Konfessionen zu überwinden. Vielmehr muß der Hinweis genügen, daß bereits in der Ausgangsfragestellung das Bekenntnis zu jenem Lager enthalten ist, für das »liberal« und »sozial« Gegenbegriffe sind.

Trotz dieser weltanschaulichen Festlegung ergibt sich insgesamt eine ambivalente Bewertung der europarechtlichen Normen zur Koordination der nationalen Sozialrechtssysteme. Zwar tragen sie zunächst zur Marktintegration und damit auch zur allmählichen Erosion der nationalen Sozialrechtssysteme bei. Immerhin jedoch verbessern sie auch die soziale Absicherung zahlreicher Menschen innerhalb der Gemeinschaft.

II. Das »Wettbewerbssozialrecht«

Neben das zuvor behandelte Koordinations- oder auch »Freizügigkeitssozialrecht« ist in jüngerer Zeit ein zweiter »großer Block« getreten: das »Wettbewerbssozialrecht«, wie es in der Literatur jüngst bezeichnet wurde¹⁰. Gemeint sind damit jene Regeln des europäischen Wettbewerbsrechts, die eine Bedeutung für die nationalen Sozialrechtsordnungen erlangen könnten. Diese ohnehin schon vage Umschreibung löst sich weiter auf, wenn man sich vergegenwärtigt, daß auch »Wettbewerbsrecht« ungewöhnlich weit verstanden wird und die Gesamtheit der auf die Verwirklichung des Binnenmarkts gerichteten Regeln umfassen soll¹¹. Strenggenommen wäre damit auch das »Freizügigkeitssozialrecht« erfaßt, so daß der »zweite Block« den ersten schlucken würde.

Die begriffliche Unsicherheit beruht darauf, daß es sich bei diesem »zweiten großen Block« des europäischen Sozialrechts bislang eher um eine – zugegebenermaßen weitreichende – Rechtsfrage als um einen Rechtsbereich handelt¹². Denn der Konflikt zwischen den vielfältigen Regelungen, die den europäischen Binnenmarkt erfassen, und den stark reglementierten nationalen Systemen der sozialen Sicherheit hat gerade erst die Wahrnehmungsschwelle der juristischen Diskussion überschritten. Von einer rechtlichen Lösung ist er noch weit entfernt. Mehr als ein paar aufsehenerregende

10 Die Zitate stammen von *Haverkate/Huster*, Fn. 3, S. 285.

11 Wörtlich lautet die Formulierung bei *Haverkate/Huster*, Fn. 3, S. 285: »... diejenigen Rechtssätze (...), die Bezug zum europäischen Wettbewerbsrecht haben: die der Sicherung des europäischen Wettbewerbs dienen und die Grundentscheidung für einen europäischen Binnenmarkt flankieren.«

12 Auch *Haverkate/Huster*, Fn. 3, S. 285, teilen diese Einschätzung; wörtlich: »... ein Rechtsgebiet im Werden.«

Entscheidungen¹³ und eine zusehends beschleunigte wissenschaftliche Diskussion¹⁴ sind noch nicht zu verzeichnen.

Dennoch läßt sich bereits jetzt absehen, daß an dieser Front keine soziale Dimension für die EU hinzugewonnen werden wird. Vielmehr handelt es sich um ein Rückzugsgefecht der nationalen Sozialrechtsordnungen gegenüber einem weiteren Ausgreifen des bereits vorhandenen liberalen Wirtschaftsrechts der EU. Das Maximalziel aus Sicht des Sozialen wäre die Bewahrung des *status quo* auf nationaler Ebene.

Demnach kann also auch dieser zweite große Teilaspekt des europäischen Sozialrechts nicht dazu beitragen, die *Habermas'sche* Diagnose zu erschüttern – im Gegenteil: Die Bezeichnung »sozial« verdient das so genannte Wettbewerbssozialrecht weniger noch als das Koordinationsrecht, nämlich allenfalls insofern, als das nationale Sozialrecht von seinen – liberalisierenden – Wirkungen betroffen sein könnte.

Zöge man hier eine Bilanz, so würde das europäische Sozialrecht in der Tat schlecht abschneiden. Aber noch ist das Bild unvollständig. Denn es gibt noch einige andere Bereiche, in denen sich die soziale Dimension des Europarechts offenbart.

III. Sozial motivierte Regulierung

Weitet man das klassische Begriffsverständnis des »Sozialrechts« aus und bezieht auch jene Formen der Regulierung mit ein, die sozial motivierte Korrekturen der Marktordnung bezwecken, ohne dabei auf die Instrumente der direkten staatlichen Unterstützung oder der Sozialversicherung zurückzugreifen, so fällt die Bewertung günstiger aus. Man denke etwa an die weitreichenden Anforderungen, die das Europarecht im Bereich der Gleichbehandlung von Männern und Frauen an die nationalen Rechtsordnungen stellt¹⁵. Ebenso könnte man auf die Regelungen des Arbeitnehmer-¹⁶ oder (dann allerdings noch weiter entfernt vom klassischen Sozialrechtsverständnis) Konsumentenschutzes¹⁷ verweisen.

13 Nachweise finden sich etwa bei *Haverkate/Huster*, Fn. 3, S. 285 ff.; speziell für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung und auch mit Nachweisen zur untergerichtlichen Rechtsprechung jüngst *Andreas Hänlein, Jürgen Kruse*, Einflüsse des Europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 215 ff. in: *Winfried Boecken, Andreas Hänlein, Jürgen Kruse, Heinz-Dietrich Steinmeyer* (Hrsg.), Öffentliche und private Sicherung gegen soziale Risiken, Colloquium zum 65. Geburtstag Bernd Baron von Maydells, Baden-Baden 2000.

14 Neben den soeben zitierten Quellen belegt dies vor allem der Umstand, daß in neuerer Zeit zahlreiche Tagungen zu diesem Thema veranstaltet wurden, so z. B. die Tagung des Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und der AOK Schleswig-Holstein mit dem Titel »Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung«, als Buch herausgegeben von *Gerhard Igl*, Wiesbaden 2000; sowie die Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes am 12. und 13. 12. 2000 zum Thema »Soziale Sicherheit und Wettbewerb«; vgl. außerdem die bereits 1995 erschienene Arbeit von *Richard Giesen*, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, Baden-Baden.

15 Art. 141 f. EGV sowie das zugehörige Sekundärrecht; einen Überblick gewährt Abschnitt III. der von *Görg Haverkate* und *Manfred Weiss* herausgegebenen Textsammlung zum »Arbeits- und Sozialrecht der EU«, Baden-Baden 1998.

16 Für einen Überblick über die Aktivitäten der EU auf diesem Gebiet vgl. ebda. Abschnitt IV.

17 Einen Überblick über die Aktivitäten der EU auf diesem Gebiet gewährt Abschnitt I der von *Reiner Schulze* und *Reinhard Zimmermann* herausgegebenen Sammlung mit dem Titel »Basistexte zum Europäischen Privatrecht«, Baden-Baden 2000.

Ohne Frage hat die europarechtliche Regulierung auf diesen Feldern einen beträchtlichen Standard erreicht. Aber die genannten Beispiele stehen keineswegs stellvertretend für das generelle Niveau solcher Regulierung in der EU. Im Gegenteil handelt es sich um Inseln strikter Normierung in einem Meer der Nicht-Regulierung.

IV. »Weiches« Recht

»Nichtregulierung« ist allerdings überspitzt, jedenfalls wenn man auch solche Normen in die Betrachtung einbezieht, die entweder nicht bindend sind oder zwar bindend, aber nicht oder nur eingeschränkt durchsetzbar – kurz: »soft law« in einem erweiterten Sinne¹⁸.

1. Soziale Rechte im »politischen« und »geographischen« Europa

Unter den Normen des politischen Europa, sprich: der EU, fällt der Blick zunächst auf die »Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer«, eine Deklaration der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten aus dem Jahr 1989. Darin finden sich teils als Zielvorgaben, teils als subjektive Rechte formulierte Normen, die sich fast ausschließlich¹⁹ auf Arbeitnehmer und Auszubildende beziehen und von sozialen Rechten für den einzelnen (z. B. Entlohnung²⁰, Ausbildung²¹, soziale Absicherung²²) über Strukturvorgaben für das kollektive Arbeitsrecht (Arbeitnehmermitwirkung im Unternehmen²³ und Tarifvertragswesen²⁴) bis hin zu individuellen Gleichbehandlungsrechten²⁵ reichen. Betrachtet man nur den Inhalt, so war die Gemeinschaftscharta von Anfang an ein höchst ambitioniertes Unterfangen. Aber vielleicht hat sie sich gerade deswegen in puncto Rechtsverbindlichkeit bis heute nicht weiterentwickeln können.

Zur Kategorie des im weiten Sinne »weichen« Rechts kann auch die Europäische Sozialcharta gezählt werden. Dabei handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen einer Vielzahl von europäischen Staaten, längst nicht nur den Mitgliedstaaten der EU. Dementsprechend ist sie (zumindest ursprünglich) kein Teil des supranationalen Rechts der EU. Inhaltlich geht die Sozialcharta, die erst kürzlich erweitert wurde²⁶ und sich insofern noch in

18 Zur Unklarheit dieses Begriffs vgl. etwa *Budislav Vukas, The Diverse Supervisory Procedures in a Comparison*, S. 105 ff. (109 m. w. N.) in: *Bernd von Maydell, Angelika Nußberger, Social Protection by Way of International Law*, Berlin 1996; für einen engeren Begriffsgebrauch, wie er wohl auch verbreiteter ist, vgl. (im selben Sammelband) *Bruno Simma, Markus Zöckler, Law Making by Universal Organizations (Especially the United Nations)*, S. 69 ff. (S. 78 ff.).

19 Ausnahmen sind die Vorschriften zur Absicherung älterer Menschen in §§ 24 f. sowie die Annexregelung zur Mindestsicherung der »vom Arbeitsmarkt Ausgeschlossenen« in § 10 zweiter Spiegelstrich.

20 § 5.

21 § 15.

22 § 10.

23 §§ 17 f.

24 §§ 11 ff.

25 § 16.

26 Die ursprüngliche Fassung stammt vom 18. 10. 1961 (BGBl. 1964 II S. 1262); die neue vom 3. 5. 1996. Beide Texte sind beispielsweise abgedruckt in »The European Social Charter – The Charter, its protocols, the revised Charter«, Council of Europe Publishing, 1997. Im Internet sind sie über www.coe.fr abrufbar.

der Ratifizierungsphase²⁷ befindet, noch deutlich weiter als die Gemeinschaftscharta. Die individuellen Rechtsgarantien sind meist konkreter gefaßt und nicht auf *Arbeitnehmerrechte* konzentriert. Auch ist die Sozialcharta zumindest dem Anspruch nach rechtsverbindlich. Allerdings läßt sich dieser Anspruch, anders als es im supranationalen Kontext der Fall wäre, nur schwer realisieren. Denn die Verfahren zur Durchsetzung der Sozialcharta²⁸ sind noch immer vergleichsweise schwach²⁹, auch wenn in den letzten Jahren in dieser Hinsicht Fortschritte gemacht worden sind³⁰.

Zu den Normen des »geographischen« Europa gehört neben der Sozialcharta auch die Europäische Menschenrechtskonvention. Zwar zielen ihre Garantien nicht primär auf den sozialen Sektor, aber im Einzelfall können sie durchaus als sozial wirkende Grundrechte in Anschlag gebracht werden. Das gilt vor allem für die Art. 6, 8 und 14³¹. Bekanntlich bleiben auch bei der EMRK die Durchsetzungsmechanismen hinter jenen des nationalen oder supranationalen Rechts zurück³². Immerhin jedoch sind sie jenen der Sozialcharta deutlich überlegen, insbesondere im Hinblick auf individuelle Klagbarkeit und gerichtsförmige Ausgestaltung der Verfahren. Freilich sollte man darüber nicht vergessen, daß der Durchsetzung sozialer Rechte über die EMRK wegen des Wortlauts enge Grenzen gesetzt bleiben – trotz dieses Trends zur weiten Auslegung.

2. Tendenzen zur »Verhärtung« des »weichen« Rechts

Freilich würde man der Bedeutung all dieser Normen nicht gerecht, wenn man sie insgesamt als »zahnlos« abtäte. Im Gegenteil liegt die Relevanz solcher »weichen« Rechtsnormen auch – und vielleicht gerade – darin, daß sie mitunter den Weg ebnen für die Entwicklung durchsetzbarer Regeln³³. Und genau diesen Prozeß der »allmählichen Verhärtung« kann man derzeit im Bereich der sozialen Grundrechte in Europa beobachten.

Dabei rücken zunächst die aktuellen Diskussionen über die Einführung einer Europäischen Grundrechtscharta³⁴ ins Blickfeld. Nach dem letzten Stand der Vorbereitungen³⁵ zeichnet sich ab, daß diese Charta, so sie denn tatsächlich

27 Eine Übersicht über den aktuellen Stand findet sich im Internet ebda.

28 Einen allgemeinen Überblick zu diesen Verfahren bietet »The European Social Charter«, COE Publishing, Fn. 26, S. 6 ff.; ausführlicher *Theo Öhlinger*, Standard-Setting Activities by Regional Institutions; Taking the Council of Europe as an Example: The European Social Charter, S. 43 ff. (51 ff.) in: von *Maydell/Nußberger*, Fn. 18.

29 Ausführlich zum Meinungsstand und im Ergebnis wie hier *Öhlinger* ebda, S. 48 ff.

30 Vgl. das »Additional Protocol to the European Social Charter – providing for a system of collective complaints« (ETS No. 158); erhältlich beispielsweise über die Quellen in Fn. 26.

31 Einen aktuellen Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte gewährt *Elisabeth Palm*, Social Rights from the Perspective of the European Court of Human Rights, Vortragsmanuskript für die Jahrestagung des European Institute for Social Security (EISS), Veröffentlichung erfolgt voraussichtlich Anfang 2001 in *Danny Pieters* (Hrsg.), EISS Yearbook 2000.

32 Zu den Durchsetzungsmechanismen vgl. etwa *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, London 1995, S. 571 ff.

33 Differenzierend hierzu *Simma/Zöckler*, Fn. 18, S. 80 ff.

34 Vgl. zu dieser Diskussion statt vieler *Udo Di Fabio*, Eine europäische Charta, JZ 2000, S. 737 ff. (m. w. N.).

35 Vgl. oben Fn. 4.

zustande kommen sollte, auch eine Reihe sozialer Garantien³⁶ enthalten wird. Höchst unwahrscheinlich ist dagegen, daß sie mit mehr als bloß deklaratorischer Wirkung ausgestattet werden wird – jedenfalls nicht von Anfang an³⁷.

Aber man braucht sich nicht auf solche Spekulationen über die künftige Rechtsentwicklung einzulassen, um die These von der »allmählichen Verhärtung« der sozialen Garantien zu belegen. Dabei sind verschiedene Stränge dieser Entwicklung zu unterscheiden.

So läßt sich im »geographischen« Europa – wie bereits angedeutet – zum einen beobachten, wie die im Verhältnis zur Sozialcharta stärker bewährten Garantien der EMRK in der Straßburger Judikatur zunehmend auf den Bereich des Sozialen erstreckt werden. Mit dem Protokoll No. 12³⁸, das demnächst zur Unterzeichnung aufgelegt werden und das den Diskriminierungsschutz ausweiten soll, dürfte dieser Entwicklung künftig weiter Vorschub geleistet werden³⁹. Zum anderen gibt es aber auch die umgekehrte Tendenz, nämlich die allmähliche Verschärfung der prozeduralen Vorschriften zur Durchsetzung von bereits relativ weitreichenden materiellen Regelungen, wie man es bei der Sozialcharta erlebt⁴⁰.

Freilich können, solange man sich im Bereich des *internationalen* Rechts bewegt, nur relativ bescheidene Fortschritte gemacht werden. Aussichtsreicher erscheint insoweit die Strategie, die Verknüpfung der materiellen Garantien vor allem des geographischen Europas, aber auch der EU-Gemeinschaftscharta mit den deutlich stärkeren Durchsetzungsmechanismen des *supranationalen* Rechts zu fördern. Dieses Bestreben ist bereits im Vertrag von Amsterdam deutlich sichtbar geworden. So wurden dort sowohl Sozial- als auch Gemeinschaftscharta erstmals⁴¹ im europäischen Primärrecht verankert⁴². Zwar handelt es sich dabei um eine sichtlich zurückhaltend formu-

36 Näher dazu unten III. 1. inklusive Fn. 63f.

37 Vgl. zu dieser zumindest nach Beendigung der Arbeiten des Konvents allgemein geteilten Prognose Nikolaus Blome, EU wagt großen Schritt zur politischen Union, in: »Die Welt« vom 20. 9. 2000. Freilich sagen zugleich viele vorher, daß es nach der politischen Annahme der Charta »zur Verbindlichkeit ... nur noch ein kleiner Schritt sei«; mit diesem Worten etwa wird ebda. Roman Herzog, der Präsident des Konvents, zitiert.

38 Der genaue Titel ist »Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms«. Der Text ist erhältlich im Internet über die Homepage des Europarats (www.coe.fr), und zwar unter <http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprojets.htm>

39 Mit dieser Einschätzung auch Elisabeth Palm, Fn. 31.

40 Die wesentliche Neuerung ist die Zulassung von Beschwerden durch Nichtregierungsorganisationen mit Beraterstatus beim Europarat sowie von internationalen und beschränkt auch von nationalen Organisationen der Sozialpartner; zur Grundlage vgl. oben Fn. 30.

41 Hinsichtlich der Sozialcharta gilt die Einschränkung, daß sie zwar nicht in Maastricht, wohl aber in der Einheitlichen Europäischen Akte erwähnt worden war. Allerdings fand sie sich damals nur in der Präambel, hatte also weniger Bedeutung als heute. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH haben Präambelteile ein gegenüber dem übrigen Vertragstext vermindertes Gewicht, vgl. dazu Lenz in Lenz, EGV-Kommentar, Präambel Rn. 1.

42 Vgl. Art 136 EGV: »Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten verfolgen eingedenk der sozialen Grundrechte, wie sie in der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 festgelegt sind, folgende Ziele ...«; vgl. auch die Präambel zum EUV, vierter Erwägungsgrund: »In Bestätigung der Bedeutung, die sie den sozialen Grundrechten beimessen, wie sie in der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 festgelegt sind.«

lierte Erwähnung. Aber man kann sie als Einladung an den Europäischen Gerichtshof werten, die Prinzipien beider Chartas in seiner Rechtsprechung zu berücksichtigen.

Daß dies ein probates Mittel zur allmählichen Schaffung verbindlicher Rechtsgarantien sein kann, belegt vor allem die Entwicklung des allgemeinen Grundrechtsschutzes in der EU. Denn auch dort hat der EuGH die ursprünglich relativ »weichen« Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention zu einer der Grundlagen⁴³ seiner Rechtsprechung gemacht, die inzwischen durchsetzbare subjektive Rechte anerkennt⁴⁴ – und das zunächst⁴⁵ ohne einen solchen Anknüpfungspunkt im Primärrecht, wie er jetzt für die sozialen Grundrechte existiert⁴⁶.

Eine solche gerichtlich geförderte »Verhärtung weichen Rechts« ist auch im Bereich sozialer Garantien nicht von vornherein ausgeschlossen. Das zeigt sich daran, daß sich der EuGH in seiner Rechtsprechung auch schon auf die Sozialcharta gestützt hat⁴⁷. Zwar handelte es sich dabei bisher um seltene und eher vorsichtige Bezugnahmen. Aber das könnte sich mit dem neuen primärrechtlichen Anker ändern.

Allerdings sollte man sich auch von dieser Ankopplungsstrategie nicht zu viel versprechen. Nicht umsonst betonen die Gegner sozialer (Grund-) Rechte, daß solche Garantien einer gerichtlichen Durchsetzung regelmäßig weniger zugänglich sind als die klassischen liberalen Freiheitsrechte⁴⁸. Denn anders als bei den Freiheitsrechten geht es regelmäßig nicht um Eingriffsabwehr, sondern um ausgestaltungsbedürftige Leistungsansprüche. Es ist deswegen unwahrscheinlich, daß die sozialen Rechte – ganz gleich, ob sie nun aus der Sozial-, der Gemeinschafts-, der geplanten Grundrechtscharta oder ausnahmsweise auch aus der EMRK stammen – in der EuGH-Rechtsprechung jemals eine Bedeutung erlangen könnten, die an jene der liberalen Freiheitsrechte aus der EMRK heranreicht.

Aber nicht nur der EuGH, auch die gesetzgebenden Institutionen der EU können die Verhärtung auf der Grundlage des neuen Primärrechts vorantreiben. Das zeigt sich insbesondere am Beispiel des Protokolls über die

43 Neben den Bekenntnissen der Mitgliedstaaten in internationalen Verträgen wie insbesondere der EMRK bezieht sich das Gericht vor allem auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten.

44 Vgl. dazu statt vieler *Weiler/Lockhart*, »'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence«, 32 *Common Market Law Review* 51 ff. und 579 ff., aus neuerer Zeit *Bruno de Witte*, *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, S. 859 ff. (insbesondere 867 ff. m. w. N.) in: *Philip Alston* (Hrsg.), *The EU and Human Rights*, Oxford 2000.

45 Inzwischen findet sich eine solche primärrechtliche Bezugnahme in Art. 6 II EUV (Art. F der Maastricht-Fassung).

46 Einen Überblick über diese Entwicklung gewährt zum Beispiel Zuleeg, *Social Rights in the European Community*, S. 59 ff. in: *von Maydell/Nußberger*, Fn. 18; aus jüngerer Zeit *Giorgio Gaja*, *New Instruments and Institutions for Enhancing the Protection of Human Rights in Europe*, S. 781 ff. (793 ff.) in: *Philip Alston* (Hrsg.), *The EU and Human Rights*, Oxford 2000.

47 Vgl. für eine solche Bezugnahme etwa C-24/86 *Blaizot v. University of Liege* [1988] ECR 379, 403; weitere Nachweise finden sich bei Zuleeg, ebda.

48 Vgl. hierzu statt vieler etwa *Budislav Vukas*, Fn. 18, S. 106 f. (m. w. N.).

Sozialpolitik. Schon in Maastricht, als der Widerstand des Vereinigten Königreiches noch die Aufnahme in den Vertragstext verhinderte⁴⁹, war diese Vereinbarung dazu bestimmt gewesen, die legislativen Verfahren bereitzustellen, damit die Bekenntnisse der Gemeinschaftscharta auf europäischer Ebene umgesetzt werden können. Der Vertrag von Amsterdam hat diese Vorschriften nunmehr fast unverändert⁵⁰ inkorporiert.

V. Prozedurale Regeln

Damit ist er nächste Aspekt dieses Überblicks über das Sozialrecht der EU erreicht: die prozeduralen Bestimmungen. Darunter sollen hier jene Normen des europäischen Sozialrechts verstanden werden, die nicht über den Inhalt der europäischen Sozialpolitik Aufschluß geben, sondern darüber, wie sie zustande kommt. Dabei geht es also vor allem um Kompetenznormen, und in dieser Hinsicht hat der Vertrag von Amsterdam wesentliche Änderungen gebracht. So wurden manche Bereiche der Sozialpolitik erstmals explizit⁵¹ für eine Regelung auf europäischer Ebene geöffnet (Art. 137 III EGV). Ferner wurde in anderen Bereichen, die schon bisher zu den Gemeinschaftskompetenzen gehörten, das Entscheidungsverfahren geändert (Art. 137 I, II). Insbesondere ist dort nunmehr keine Einstimmigkeit mehr erforderlich, was die politische Realisation europäischer Regelungen deutlich erleichtern dürfte.

Auch wurde in Amsterdam die Rolle der Sozialpartner gestärkt⁵². So werden sie in Art. 139 I EGV explizit aufgefordert, Vereinbarungen auf europäischer Ebene zu treffen, und auch wenn diese nicht mit gesetzesähnlicher Bindungswirkung ausgestattet sind, so sieht der Vertrag doch vor, daß sie in den sachlichen Grenzen des Art. 137 EGV durch entsprechenden Ratsbeschluß⁵³ zu bindendem Recht gemacht werden können (vgl. Art. 139 II EGV)⁵⁴. Es geht also darum, die konsensbildende Kraft der Sozialpartner auf europäischer Ebene zu mobilisieren und einzubinden.

Insgesamt läßt sich festhalten, daß im prozeduralen Bereich zuletzt erhebliche Fortschritte gemacht worden sind. Abzuwarten bleibt freilich, ob es mit Hilfe dieser neuen Verfahrensregeln gelingen wird, auch das *materielle* Sozialrecht maßgeblich voranzubringen.

49 Eine Darstellung dieser Entwicklung findet sich bei *Haverkate/Huster*, Fn. 3, S. 56 ff., 65 f., 371.

50 Eine Gegenüberstellung der Texte findet sich im Anhang bei *Kathrin Piazzolo*, Der Soziale Dialog nach dem Abkommen über die Sozialpolitik und dem Vertrag von Amsterdam, Frankfurt/Main 1999.

51 Zu den Diskussionen über die schon vorher konstruierbaren Kompetenzen auf europäischer Ebene vgl. *Haverkate/Huster*, Fn. 3, S. 58.

52 Eingehend dazu jüngst *Piazzolo*, Fn. 50, und *Thomas Gilles*, Das Zustandekommen und die Durchführung von Sozialpartnervereinbarungen im Rahmen des europäischen sozialen Dialogs, Frankfurt/Main 1999.

53 Dieser ergeht auf Antrag der Sozialpartner und auf Vorschlag der Kommission.

54 Ein Beispiel für einen nach diesem Verfahren zustandekommenen Rechtsakt ist die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. 6. 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge.

VI. Direkte Umverteilung

Zum Abschluß dieser Bestandsaufnahme bedarf es noch einiger Worte zu jenem Bereich des europäischen Sozialrechts, in dem die EU selbst als umverteilende Instanz auftritt und damit dem klassischen Bild eines Wohlfahrtsstaates am nächsten zu kommen scheint. Die Rede ist von den verschiedenen Strukturfonds⁵⁵, insbesondere dem Sozialfonds, der in Art. 146 ff. EGV normiert ist. Bei näherem Hinsehen jedoch zeigt sich, daß dieser Schein trügt. Denn nicht nur ist das Volumen der Umverteilung verglichen mit den nationalstaatlichen Vorbildern offensichtlich gering⁵⁶, auch und vor allem gibt es einen beachtlichen strukturellen Unterschied. So können die Gelder des Sozialfonds nicht für eine genuin europäische Sozialpolitik verwendet werden, sondern nur zur finanziellen Unterstützung entsprechender Programme der Mitgliedstaaten⁵⁷. Das bedingt erstens, daß die inhaltliche Ausgestaltung primär Sache der nationalen Politik bleibt. Die zweite – und wohl noch gravierendere – Folge ist, daß auch aus Sicht der Begünstigten nicht die EU, sondern die nationale Verwaltung im Vordergrund steht.

VII. Fazit

Die vorangegangene *tour d'horizon* hat erstens gezeigt, daß das europäische Sozialrecht in der Tat unterentwickelt ist. Großenteils sind die einschlägigen Normen gar nicht primär auf soziale Ziele gerichtet – so das Koordinationsrecht und »Wettbewerbssozialrecht«. Ferner sind es – abgesehen von vereinzelt Bereichen verbindlicher Regulierung und bescheidenen Ansätzen einer redistributiven Sozialpolitik – noch immer vorwiegend fromme Bekenntnisse nach Muster der Gemeinschaftscharta, welche die soziale Landschaft Europas prägen. Die These vom »neoliberalen Format Europas« läßt sich also vielleicht relativieren, nicht aber grundlegend erschüttern.

»Eingefroren« jedoch – und das ist das zweite Ergebnis der vorangegangenen Bestandsaufnahme – ist Europa schon seit dem Vertrag von Maastricht und jedenfalls nach Amsterdam nicht mehr. Im Gegenteil zeichnen sich die Entwicklungslinien in Richtung eines sozialeren Europas schon deutlich ab.

C. Hürden auf dem Weg zur Sozialunion

Allerdings sollte dieses verhalten hoffnungsvolle Resümee nicht den Eindruck erwecken, es sei bereits alles Nötige getan. Damit aus der Wirtschaftsgemeinschaft eine Sozialunion erwächst, müssen auch die rechtlichen Strukturen noch einige grundlegende Änderungen erfahren. Zwei Aspekte sind dabei von zentraler Bedeutung.

⁵⁵ Vgl. Art. 159 EGV.

⁵⁶ Eine Übersicht der Ausgaben der EU in verschiedenen Politikbereichen findet sich beispielsweise bei Manfred Kraff, *Der Finanzausgleich in der Europäischen Union*, Bonn 1997, S. 513.

⁵⁷ Auf diese Beschränkung weisen auch *Haverkate/Huster*, Fn. 3, S. 452, hin.

I. Vom Arbeitnehmer- zum Bürgerrecht

Erstens müßte das europäische Sozialrecht seine Konzentration auf das Arbeitsverhältnis aufgeben. Symptomatisch für diese bisherige Orientierung ist die explizite Beschränkung der Gemeinschaftscharta auf die sozialen Grundrechte von Arbeitnehmern. Ebenso tritt sie zutage beispielsweise in den Zuständigkeitslisten des Art. 137 EGV, in denen es primär um die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer geht, in der arbeitsmarktpolitischen Ausrichtung des Sozialfonds oder auch in der hervorgehobenen Rolle, welche die Art. 138f. den Sozialpartnern zudenken.

Freilich soll nicht bestritten werden, daß Arbeitsverhältnis und Arbeitsmarkt zentrale Kategorien der Sozialpolitik sind – auf europäischer Ebene nicht anders als auf nationaler. Es geht deswegen nicht um eine Verlagerung, sondern um eine Ausweitung der sozialpolitischen Bemühungen Europas auf weitere Felder.

Auch soll nicht behauptet werden, daß die Konzentration auf das Arbeitsverhältnis von Anfang an verfehlt war. Im Gegenteil lag es durchaus in der Logik einer zunächst als Wirtschaftsraum konstituierten Gemeinschaft, den einzelnen nicht als Bürger, sondern als Produktionsfaktor wahrzunehmen. Wie die anderen Grundfreiheiten war danach auch die Freizügigkeit vor allem Strukturprinzip, d. h. trotz ihrer Ausgestaltung als subjektives Recht nicht um des Einzelnen willen garantiert, sondern wegen der ökonomischen Wirkungen ihrer Ausübung. Da war es nur konsequent, diese Gewährleistung im Primärrecht auf Arbeitnehmer zu beschränken und sich im Sekundärrecht darauf zu konzentrieren, Hindernisse im nationalen Sozialrecht auszuräumen.

Aber auf dem Weg von der *Wirtschaftsgemeinschaft* zur auch *politischen* Union müssen diese Gewichte verschoben werden, muß das arbeitnehmerorientierte Recht einem stärker bürger- (oder gar einwohner-⁵⁸) orientierten weichen. Diese Entwicklung hat zwar längst begonnen, und oft genug sind ihre Linien in Rechtsprechung wie in Rechtsetzung, im Primär- wie im Sekundärrecht nachgezeichnet worden⁵⁹. Aber sie ist noch lange nicht vollendet. Das haben die Beispiele zu Anfang dieses Abschnitts gezeigt.

Besonders deutlich läßt sich dieser tastende Übergang illustrieren, wenn man die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte für *Arbeitnehmer* den aktuellen Entwürfen einer Grundrechtscharta der EU gegenüberstellt⁶⁰.

58 Beachtlich ist in diesem Zusammenhang die Veränderung, die der Entwurf der Grundrechtscharta, vgl. oben Fn. 4, kurz vor Abschluß der Konventsarbeit in Art. 34 II erfahren hat. Noch in der Fassung von Juli (ebenfalls erhältlich im Internet – vgl. oben Fn. 4 – Charta 4422/00) war in der entsprechenden Norm (Art. 32 II) vorgesehen, daß »workers who are nationals of a Member State and residing in another Member State, and members of their families« das dort vorgesehene Recht auf Sozialleistungen genießen sollten. Nunmehr soll dieses Recht garantiert sein für »everyone residing and moving legally within the European Union«.

59 Mit Blick auf Status des einzelnen vgl. etwa *Randelzhofer*, Fn. 8; im Kontext mit den anderen Grundfreiheiten *Peter Behrens*. Die Konvergenz der wirtschaftlichen Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, S. 145 ff.

60 Vgl. oben Fn. 4.

Enthielt die Gemeinschaftscharta trotz ihres offiziellen Titels bereits vereinzelte Garantien, die sich nicht an Arbeitnehmer richteten⁶¹, so zeichnet sich für die Grundrechtscharta derzeit das Gegenteil ab: Obschon ihr Titel⁶² keine derartige Beschränkung mehr aufweist, bleibt sie inhaltlich der überkommenen Schwerpunktsetzung dennoch weitgehend treu. Schon quantitativ dominieren die arbeitnehmerbezogenen Garantien⁶³, und sie sind überdies auch deutlich strikter gefaßt als die mitunter butterweichen⁶⁴ Deklarationen zur sozialen Sicherheit im allgemeinen.

Nun könnte man einwenden, daß die Fokussierung auf das Arbeitsverhältnis ein Charakteristikum auch vieler nationaler Sozialrechtsordnungen sei und daß es deswegen keinen Grund gebe, einer entsprechenden Ausrichtung des europäischen Rechts – wie auch immer sie entstanden sei – entgegenzuwirken. Allerdings ist es gerade diese Tendenz der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit, die viele für eine zentrale Ursache ihrer gegenwärtigen Probleme halten⁶⁵. Deswegen wäre es zumindest bedenklich, wenn das nationale Recht für die EU in dieser Hinsicht richtungsweisend bliebe. Aber vielleicht könnte umgekehrt eine Umorientierung auf europäischer Ebene die nötige Modernisierung der nationalen Ordnungen vorantreiben.

II. Von Strukturvorgaben zu materiellen Standards

Zweitens müßte sich das Europäische Sozialrecht von seiner Konzentration auf strukturelle Regulierung lösen und zunehmend auch den materiellen (Leistungs-)Inhalt beeinflussen. Mit struktureller Regulierung sind hier jene Vorschriften gemeint, welche die Teilhabe des einzelnen sichern sollen, ohne dabei den Inhalt seiner Rechtsposition zu bestimmen. Dazu zählen etwa Diskriminierungsverbote⁶⁶, Ansprüche auf Zugang zu beispielsweise beruflicher Weiterbildung⁶⁷, Strukturprinzipien des kollektiven Arbeitsrechts wie das Recht auf betriebliche Partizipation⁶⁸ oder das Streikrecht⁶⁹. Auch die *prima facie* materielle Garantie von Gesundheitsschutz gehört bei näherem Hin-

61 Vgl. insbesondere die Titel »Sozialer Schutz« (Nr. 10) und »Ältere Menschen« (Nr. 25).

62 »Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union«.

63 Die soziale Rechte enthaltenden Normen befinden sich primär in Chapter IV. »Solidarity« – obschon sich natürlich auch in den anderen Abschnitten Regelungen finden, die einen »sozialen« Gehalt haben können (Berufsfreiheit, Gleichheitssatz etc.). Von den Normen in Chapter IV. sind die Art. 27–33 vorwiegend arbeitnehmerbezogen, während ohne solchen Bezug nur Art. 34 (»Social security and social assistance«) und Art. 35 (»Health care«) sind.

64 Vgl. insbesondere Art. 32 I: »The Union recognises and respects the entitlement to social security benefits and social services ... (es folgt eine Aufzählung der Bereiche – der Verf.) in accordance with the rules laid down by Community law and national laws and practices«. Eine ähnliche Beschränkung findet sich auch in Art. 33: »Everyone has the right of access to preventive health care and the right to benefit from medical treatment under the conditions established by national laws and practices.«

65 Vgl. hierzu statt vieler *Zacher*, Der Wandel der Arbeit und der sozialen Sicherheit im internationalen Vergleich, ZIAS 1999, S. 1.

66 Solche Normen finden sich derzeit beispielsweise in Art. 20ff. Entwurf der Grundrechtscharta, § 16 Gemeinschaftscharta; siehe auch Art. 7ff. der VO 1612/68 und Art. 3 VO 1408/71.

67 Vgl. beispielsweise Art. 14 I Entwurf der Grundrechtscharta, § 15 Gemeinschaftscharta.

68 Vgl. beispielsweise Art. 27 Entwurf der Grundrechtscharta, § 17f. Gemeinschaftscharta.

69 Vgl. beispielsweise Art. 28 Entwurf der Grundrechtscharta, § 13 Gemeinschaftscharta.

sehen in diese Kategorie, solange sie nicht den Standard, sondern bloß den Zugang zu den tatsächlich gewährten Leistungen umfaßt⁷⁰.

Ebenso wie zuvor gilt auch hier, daß die bisherige Betonung struktureller Regulierung im europäischen Recht historisch durchaus verständlich ist. Schließlich ist dies regelmäßig der deutlich behutsamere Umgang mit der Autonomie der nationalen Gesetzgebung. Und fraglos konnte auf diesem Wege bisher einiges erreicht werden. Dementsprechend gilt ferner auch wie zuvor, daß die strukturelle Herangehensweise nicht aufgegeben, sondern ergänzt werden sollte.

Diese Ergänzung aber tut not. Denn in einem zunehmend integrierten und überdies wachsenden Markt drohen die strukturellen Errungenschaften auf Dauer unzureichend zu sein, um das materielle Sicherungsniveau vor dem Druck des Systemwettbewerbs zu schützen. Zugespitzt: Auch wenn die osteuropäischen Beitrittskandidaten alle strukturellen Vorgaben mustergültig erfüllen sollten, dürfte dies die Sorge deutscher Sozialleistungsträger um ihre Kassenlage kaum zerstreuen. Abhilfe könnte hier nur geschaffen werden, wenn die EU zunehmend auch das materielle Leistungsniveau beeinflussen würde, sei es durch Harmonisierung, sei es durch die Ausweitung der direkten Umverteilung auf europäischer Ebene⁷¹.

D. Kann die EU eine Sozialunion werden?

Die Schritte, derer es auf dem Weg zur Sozialunion noch bedürfte, sind demnach mehr als bloß »rechtstechnische« Korrekturen am bestehenden System. Vielmehr würde sich – wollte man diesen Weg tatsächlich zu Ende gehen – die Gestalt der Gemeinschaft insgesamt wandeln. Aber ist eine solche Transformation wirklich wünschenswert? Und wie sollte sie vollzogen werden?

Zunächst zur Frage des »Ob«. Als eine der zentralen Fragen für die Zukunft der EU ist sie erstens untrennbar verwoben mit den anderen großen Entscheidungen über die sachliche, institutionelle und territoriale Gestalt der EU. Denn man kann nicht über die Sozialunion entscheiden, ohne zugleich über europäische Steuerpolitik⁷², Demokratisierung⁷³ und Osterweiterung⁷⁴

70 So zum Beispiel die Lage bei Art. 35 Entwurf der Grundrechtscharta.

71 In diesem Sinne auch *Miguel Potares Maduro*, Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU, S. 449 ff. (471 f.). in: *Philip Alston* (Hrsg.), *The EU and Human Rights*, Oxford 2000; wörtlich heißt es dort: »... a concept of distributive justice, including a redistribution policy, should be developed at the European level to compensate for the restrictions imposed on the redistribution function at national level and to legitimize the economic integration process with its gains in wealth and efficiency«; vgl. *Graser*, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt? – Eine verfassungs- und sozialrechtliche Untersuchung am Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 2001; ebenso *ders.*: Confidence and the Question of Political Levels – Towards a Multilevel System of Social Security in Europe? in: *Danny Pieters* (Hrsg.), *EISS Yearbook 2000* (beide im Druck).

72 Zu den jüngsten Entwicklungen, insbesondere dem Vorstoß der französischen Ratspräsidentschaft, vgl. etwa *Süddeutsche Zeitung* vom 9. 10. 00, S. 23 »Frankreich für Steuerrat in der EU«; mit dem Vorschlag, eine direkte Steuer auf europäischer Ebene einzuführen, *Ewald Nowotny*, Zur regionalen Dimension der Finanzverfassung der EU, S. 97 ff. (135 ff.); in: *Oberhauser, Alois* (Hrsg.), *Fiskalföderation*

nachzudenken – kurz: ohne eine Vision für das Europa der Zukunft zu haben. Offensichtlich fehlt es daran gegenwärtig noch, auch wenn jedem dieser Einzelthemen seit langem große Aufmerksamkeit zuteil wird. Aber vielleicht gelingt es ja im Zuge der allmählich in Gang kommenden öffentlichen Debatte um die Finalität der EU⁷⁵, auch die Verwobenheit der anstehenden und allesamt drängenden Entscheidungen stärker ins Blickfeld zu rücken.

Zweitens wird man beachten müssen, daß die Möglichkeiten politischer Aufgabenerledigung auf Ebene des Nationalstaates schwinden. Das gilt auch in der Sozialpolitik, vielleicht sogar in besonderem Maße. Und je weiter die transnationale wirtschaftliche Integration fortschreitet, desto weniger erscheint der Erhalt des *nationalen* Sozialstaates noch als realistische Alternative zur Sozialunion. Deswegen muß sich, wer den Sozialstaat nicht der Erosion durch den grenzüberschreitenden Wettbewerb preisgeben will, entweder der Marktintegration widersetzen oder – und das dürfte die weniger unrealistische Alternative sein – versuchen, das »Soziale« jenseits der nationalen Grenzen und damit auch außerhalb der bekannten (national)staatlichen Strukturen zurückzuerobern⁷⁶.

Vor dieser Herausforderung steht man natürlich nicht nur in Europa. Schließlich findet die grenzüberschreitende wirtschaftliche Integration auch nicht nur hier statt, sondern weltweit. Mithin könnten selbst auf europäischer Ebene allenfalls Teillösungen eines größer dimensionierten Problems gefunden werden. Es scheint jedoch, als sei eine solche Renaissance der Politik, wie sie die Rückeroberung des Sozialen jenseits des Nationalstaates bedeuten würde, derzeit allenfalls in jenen supranationalen Strukturen denkbar, deren

lismus in Europa, Berlin 1997; den Vorschlag, eine direkte Steuer einzuführen, macht auch *Joseph Weiler*, *The Constitution of Europe – »Do the New Clothes Have an Emperor?«* and Other Essays on European Integration, Cambridge 1999, S. 354, mit dem Ziel, die Demokratisierung der EU voranzubringen.

- 73 Zum Spannungsfeld Demokratie und Europäische Integration vgl. *Dieter Grimm*, *Braucht Europa eine Verfassung?*, Carl Friedrich von Siemens Stiftung – Themen, Band 60, 1995; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Welchen Weg geht Europa?* München 1997; *Jürgen Habermas*, *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt/M. 1996, S. 189–191; *Wolfgang Streeck* (Hrsg.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie – Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, Frankfurt/M.: Campus 1998; speziell zum Zusammenhang von Demokratie und Wohlfahrtsstaatlichkeit in der EU vgl. *Claus Offe*, *Demokratie und Wohlfahrtsstaat: Eine Europäische Regimeform unter dem Streß der europäischen Integration*, S. 99ff., in: *Wolfgang Streeck* (Hrsg.), ebda.
- 74 Siehe hierzu *Ulrich Becker*, *EU-Erweiterung und differenzierte Integration: zu beitriffsbedingten Übergangsregelungen am Beispiel der Arbeitnehmerfreizügigkeit*, Baden-Baden, 1999; aus ökonomischer Perspektive zum Zusammenhang von europäischer Sozialpolitik und EU-Osterweiterung kürzlich auch *Hans Werner Sinn*, *Eine Quarantänestation auf dem Weg in die EU*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12. 8. 00, S. 13.
- 75 Als Katalysator scheint die Rede gewirkt zu haben, die Bundesaußenminister *Joschka Fischer* im Mai 2000 an der Humboldt-Universität in Berlin gehalten hat. Der Volltext der Rede (»Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration«) sowie zahlreiche Repliken finden sich in einem »Internet-Symposium« mit dem Titel »Responses to Joschka Fischer« unter <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/00/symp.html>
- 76 Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Zielkonflikt zwischen erstens der Förderung der Marktintegration, zweitens dem Erhalt dezentraler politischer Entscheidungsstrukturen und drittens dem Erhalt des Wohlfahrtsstaates *Graser*, Fn. 71.

Entwicklung wir in Europa erleben⁷⁷. Wenn man dieses Ziel also tatsächlich verfolgen wollte, so dürfte das sich supranational integrierende Europa eine günstige – vielleicht sogar auf lange Zeit einmalige – Gelegenheit dafür bieten.

Bleibt die Frage, wer diese Schritte vollziehen sollte, in welchen institutionellen Bahnen eine solche Entwicklung ablaufen könnte. Es ist oft genug beschrieben worden, welche entscheidende Rolle der EuGH in der Vergangenheit als »Motor der (ökonomischen) Integration« gespielt hat⁷⁸. Diese Erfahrung könnte dazu verleiten, auch für die soziale Integration der Zukunft die Hoffnungen primär in die Judikative zu setzen. In der Tat hat sich zuvor ja auch gezeigt, daß gerade bei der allmählichen Verhärtung der allzu zahlreichen »weichen« Rechtsnormen die Gerichte eine wichtige Rolle spielen.

Dennoch dürfte sich diese Hoffnung letztlich als trügerisch erweisen. Denn die grundlegenden Neuorientierungen, die auf dem Weg zur Sozialunion nötig wären, werden sich kaum in Gerichtssälen vollziehen lassen. Eine solche Transformation kann kein noch so fortschrittliches Gericht, keine noch so dynamische Auslegung leisten.

Das könnte pessimistisch stimmen. Jedenfalls taugen die bisherigen Integrationserfolge demnach kaum als Grundlage dafür, auch die künftige Entwicklung zuversichtlich zu beurteilen. Aber die gegenwärtige Konstellation birgt auch Chancen. Sie zwingt dazu, auch die anderen zentralen Probleme der Union offensiv anzugehen. Denn die Sozialunion kann nur erreicht werden, wenn eine demokratisch zu legitimierende gesetzgebende Gewalt⁷⁹ das Heft in die Hand nimmt und die Ökonomie in die Schranken weist.

⁷⁷ Vgl. so bezeichnet es etwa *Joseph Weiler*, *The Transformation of Europe*, 100 *Yale Law Journal* 2403 (2480) – mit einem Nachwort erneut abgedruckt auf S. 10–101 in: *ders.*, *The Constitution of Europe*, Fn. 72, als »the unique contribution of the European community to the civilization of international relations...« (that the idea of community) ... does not extinguish the separate actors who are fated to live in an uneasy tension with two competing senses of the polity's self, the autonomous self and the self as part of a larger community, and committed to an elusive search for an optimal balance of goals and behavior between community and its actors». Ähnlich jüngst *Jean-Marie Guéhenno*, *Die neue Machtfrage*, in *DIE ZEIT* Nr. 51 vom 16. 12. 1999, S. 11 f. (12): »Dank des europäischen Projekts besteht Europas Trumpf darin, daß es bereits seit fünfzig Jahren in einer ständigen Spannung zwischen der funktionalen Logik einer supranationalen Integration und der historischen Bindung an die Idee der Nation lebt.«

⁷⁸ Vgl. etwa *Torsten Stein*, *Richterrecht wie anderswo auch? Der Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften als Integrationsmotor*; in: *Richterliche Rechtsfortbildung: Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*; Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986; für eine neuere Auseinandersetzung vgl. *Joseph Weiler*, *The Least Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*; in: *ders.*, *The Constitution of Europe*, Fn. 72. Auch speziell für den Bereich des Sozialrechts heben *Haverkate/Huster*, Fn. 3, S. 68 ff., die besondere Rolle hervor, die der EuGH bislang gespielt hat – ohne freilich darauf einzugehen, daß viele der vom EuGH initiierten Fortentwicklungen des europäischen Sozialrechts (zumindest auch) der Liberalisierung dienen. »sozial« also nur in dem eingeschränkten Sinne waren, wie er zuvor unter II.1. und 2. beschrieben wurde.

⁷⁹ Damit muß nicht ausschließlich das Parlament gemeint sein; zum Konzept einer primär »gubernativen« Rechtsetzung und ihrer potentiellen Vereinbarkeit mit dem »demokratischen Prinzip« vgl. *Armin v. Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, Heidelberg 2000.